

## Le juge en France, un statut en pleine évolution<sup>1</sup> ?

Julie ALLARD<sup>2</sup>

*Chercheur qualifiée du FNRS  
au Centre Perelman de philosophie du droit de l'U.L.B.*

RESUME. — La société française est touchée par une inflation du droit et un recours accru au juge qui suscite une crise politique, tant le modèle français, issu de la révolution, se veut anti-judiciaire. Cette crise demande à ce que soit posé sans naïveté la question du statut du juge en démocratie, en considérant à la fois les fondements de ce statut dans notre société et les mutations que ce dernier a subi depuis quelques années, en particulier au contact croissant avec d'autres formes d'organisation politique, contact rendu plus facile encore avec la mondialisation. L'article interroge tout d'abord le statut du juge « bouche de la loi », conception moderne du juge qui hante encore nos représentations de la justice et qui rend difficile la construction d'un statut positif du juge. En effet, cette conception aboutit à un « non-statut » du juge en France, puisque celui-ci est représenté, à la suite de Montesquieu, comme une « puissance invisible et nulle ». Ensuite, acte est pris de la « montée en puissance des juges », qui ébranle nos représentations classiques et exige, précisément, la reconnaissance d'un statut positif et moins fantasmé du juge dans la société française. Enfin, l'article revient sur les contradictions du statut du juge, qui fait l'objet à la fois d'une passion et d'une crise qu'il ne faut pas négliger. L'auteur évoque également les conditions d'un statut positif du juge, qui tienne compte des difficultés de l'acte de juger et s'appuie sur la formulation de nouvelles exigences en matière de narration et d'argumentation pour les décisions de justice.

Mots-clés : juge, mondialisation, montée en puissance des juges

Le statut<sup>3</sup> du juge dans notre société est controversé et suscite beaucoup de passions<sup>4</sup>, notamment parce que la position du juge se trouve au carrefour

1 Ce texte est tiré d'une conférence prononcée à l'Institut d'Études Politiques de Paris, dans le cadre du cours du Professeur Guy Canivet.

2 Je suis redevable à Arnaud Van Waeyenberge de sa relecture et de ses corrections.

3 Il faut peut-être distinguer entre deux aspects du statut du juge : l'un qui résulte de la position du juge dans le procès, et le second de la fonction du juge dans la société, qui est l'objet essentiel de mon propos. La position du juge dans le procès reste toutefois spécifique et instructive pour comprendre le statut du juge dans la société. Premièrement, le juge y est en position de tiers. C'est en tant que tiers, bien sûr, que le juge est impartial (ce qui signifie étymologiquement : « ne pas être partie »). Quel que soit le degré d'intervention du juge dans le procès, celui-ci ne défend pas sa propre cause. Il ne représente d'ailleurs *a priori* aucune cause. Deuxièmement, le juge, par sa décision, fixe la vérité judiciaire. Le juge énonce le verdict (étymologiquement « dire le vrai »). Troisièmement, ce rapport à la vérité ne doit pas nous faire oublier, en même temps, le rapport du jugement au pouvoir : le juge est habilité à exercer une forme de violence, une violence qualifiée de légitime car perpétrée au nom du droit et

d'attentes parfois contradictoires. On exige que le juge interprète la loi avec déférence, mais on lui reproche de raisonner comme une machine, d'être insensible ou inhumain. On attend du juge qu'il règle les conflits avec impartialité et en même temps qu'il entende les souffrances des personnes. On voudrait qu'il soit intransigeant et qu'il puisse pardonner, on souhaite qu'il impose une décision contraignante et qu'il soit capable de douter. On pense qu'un bon magistrat doit préparer ses dossiers, mais que la prudence l'invite à se garder de *tout* décider dans son for intérieur avant l'audience. On réclame que le juge prenne ses responsabilités et en même temps qu'il soit capable de s'effacer. Bref, on lui demande souvent l'impossible.

Ces ambiguïtés sont constitutives du statut du juge. Il ne faut donc pas vouloir à tout prix les gommer au prix d'une vision irénique de la fonction. D'autant que ces ambiguïtés originelles sont doublées aujourd'hui d'une inflation du droit et d'un recours accru au juge, tout à fait inédits dans la société française : les grands débats de société sont souvent posés à l'occasion de procès qui, grâce aux médias qui en sont le relais, permettent à l'opinion publique de se mobiliser. On le voit par exemple dans les affaires récentes liées à la question de l'euthanasie<sup>5</sup> : la justice et la figure du juge ont une emprise grandissante sur la vie collective française.

Mais cette emprise est aussi la source d'une crise politique, tant le modèle français, issu de la révolution, se veut anti-judiciaire. La société française n'est pas nécessairement prête à accepter le nouveau rôle du juge, alors même qu'elle le revendique de plus en plus. Je voudrais poser la question du statut du juge en démocratie sans naïveté, en considérant à la fois les fondements de ce statut dans notre société et les mutations que ce dernier a subi depuis quelques années, en particulier au contact croissant avec d'autres formes d'organisation politique, contact rendu plus facile encore avec la mondialisation.

Tout d'abord, il faudra revenir sur le statut du juge « bouche de la loi », qui est une conception moderne du juge qui hante encore nos représentations de la justice et qui rend difficile la construction d'un statut positif du juge. Ensuite, il faudra prendre acte de la place croissante accordée au juge dans

---

selon le droit. Enfin, quatrièmement, le juge a une fonction sociale de pacification : il doit instaurer de la distance entre les parties et mettre un terme au processus naturel de vengeance : la justice n'est pas un règlement de compte. Sa présence empêche la tentation de se faire justice soi-même. Le juge doit parfois pour cela rendre justice à la place de la partie offensée. Il doit également, par sa présence, garantir un lieu neutre où les parties peuvent se réconcilier. Voir P. Ricœur, *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995.

<sup>4</sup> Les uns voudraient contrôler davantage les juges, les contraindre à plus de fermeté ou exigent d'eux un meilleur rendement. D'autres, au contraire, leur font confiance les yeux fermés pour régler tous les problèmes, dire la vérité historique ou assurer le salut des personnes. Toutes ces postures procèdent d'une certaine naïveté, tant le statut du juge soulève des questions complexes. Le réalisme veut que l'on admette, pour commencer, que la position du juge est ambiguë.

<sup>5</sup> Notamment l'affaire Humbert et le procès du médecin Laurence Tramois et de l'infirmière Chantal Chanel, qui a relancé, en pleine campagne présidentielle en 2007, le débat public sur l'euthanasie.

notre société, évolution au sujet de laquelle Mireille Delmas-Marty parle de « montée en puissance des juges »<sup>6</sup>. Enfin, il faudra être lucide sur les contradictions du statut du juge dans la société, qui fait l'objet à la fois d'une passion et d'une crise.

### I. — LA CONCEPTION MODERNE DU JUGE

Il est de coutume d'opposer le monde des anciens au monde des modernes<sup>7</sup>, le monde moderne étant celui de l'émancipation de l'individu de l'ensemble des autorités établies. Dans ce cadre, il n'est pas étonnant de constater que la société française se méfie par principe de toutes les autorités de l'Ancien Régime, et en particulier des juges. Ceux-ci n'ont pas bonne presse sous l'Ancien Régime, et on dénonce leurs décisions arbitraires. Il faut, écrit en 1764 le célèbre Cesare Beccaria, mettre un frein « au libre cours de la puissance mal dirigée », à cette « froide atrocité », à cette « indifférence des magistrats » aux « gémissements des faibles sacrifiés », aux « tourments barbares multipliés avec une sévérité inutile et prodigue pour des délits non prouvés ou chimériques », et aux « désolations et aux horreurs de la prison »<sup>8</sup>.

L'ordre juridique moderne se construit ainsi sur la base d'un certain nombre de fondements peu favorables au pouvoir du juge. Sans refaire l'histoire de ces fondements et de leur articulation, il faut peut-être insister sur trois d'entre eux qui ont été déterminants pour le statut du juge dans l'ordre juridique français.

Le contrat social, tout d'abord, dans la mesure où il fournit le sens et la légitimité de la vie en société. Il explique comment des individus libres peuvent accepter volontairement de se soumettre à des règles contraignantes. Il donne donc un *télos* à l'ordre juridique, sa raison d'être : en effet, quand les individus sont dans l'état de nature, ils sont certes libres, mais ils ne sont pas sûrs de pouvoir exercer librement leurs droits naturels, car ils sont sans cesse menacés

6 Voir not. : M. Delmas-Marty, « La mondialisation et la montée en puissance des juges », in *Le Dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice, 2007.

7 Le premier serait fondé sur un ordre social immuable, où chaque individu tient la place que lui a accordée sa naissance, de façon naturelle et selon une hiérarchie établie. Le second, à l'inverse, serait un monde où le progrès social est possible et où l'individu peut, notamment à l'aide des règles de droit, s'émanciper du joug de l'autorité. La modernité serait également caractérisée par l'idéologie du progrès. En fait, le progrès social est pensé à l'image du progrès scientifique, en plein essor. La science moderne propose notamment une explication mécaniste et causaliste du monde, qui est désormais perçu comme une grosse horloge (une fois lancée, elle fonctionne seule, automatiquement). Transposée à l'univers social, cette vision typiquement moderne implique un idéal de régularité, qui va profondément marquer le statut du juge dans la société moderne. Napoléon n'hésitera pas à comparer le juge à « une machine physique au moyen de laquelle les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre ».

8 C. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, Paris, Éditions Cujas, 1966, p. 61. Les lois, qui « devraient être des pactes conclus entre des hommes libres, n'ont été le plus souvent que l'instrument des passions d'un petit nombre » (*Ibid.*, p. 60).

par plus fort qu'eux. Il manque un État et des règles juridiques qui leur garantissent ces droits. C'est le sens du contrat social : les individus acceptent de limiter mutuellement leur liberté et de confier une partie de leur puissance à l'État, chargé de protéger leurs droits et de faire respecter les règles de la vie en société. L'État devient alors souverain pour édicter des lois, expressions de la volonté générale. La réciprocité est essentielle au contrat, car l'individu ne renonce à sa liberté naturelle qu'à condition d'obtenir des garanties de la part de l'ordre juridique. Il faut que l'individu soit certain qu'on lui impose la volonté générale, la loi, et non une volonté individuelle, celle d'un juge par exemple.

D'où le deuxième fondement capital de l'ordre juridique moderne : le légicentrisme. Le légicentrisme consacre la primauté de la loi, notamment son antériorité logique. La décision du juge est déduite de la loi, qui la précède et qui la fonde. Pour cette raison, si le juge interprète la loi, il ne doit pas en modifier le sens originel. Le légicentrisme pose ainsi la supériorité de la loi sur l'opinion personnelle de ses représentants. C'est cette antériorité/supériorité de la loi qui fonde en France le statut du juge : la justice n'y est pas l'œuvre des juges, mais ce qu'en dit la loi. Le législateur est ainsi la figure centrale de l'ordre juridique moderne et la figure du juge est perçue négativement *par opposition* à celle du Législateur. Le statut du juge qui en résulte est forcément très limité.

Mais ce tableau du statut moderne du juge serait incomplet s'il n'était soutenu par un troisième fondement de l'ordre juridique : la séparation des pouvoirs. Ce principe, bien connu, répond à une logique des pouvoirs et des contre-pouvoirs. Il faut en effet répartir le pouvoir de l'État pour éviter que quelqu'un n'en abuse. Il faut, selon l'expression de Montesquieu, que le pouvoir arrête le pouvoir. On entend par là qu'il faut limiter le pouvoir des juges, en leur imposant le « texte précis de la loi »<sup>9</sup>. Le frein aux abus de pouvoirs des juges dénoncés par Beccaria consiste alors à structurer le droit écrit, à le rendre complet, clair, hiérarchisé, de manière à ce qu'il s'impose au juge. La mise en place du Code civil français illustre concrètement cette philosophie. En même temps, la séparation des pouvoirs implique en retour que les juges soient protégés et indépendants. La séparation des pouvoirs débouche donc sur une définition du statut du juge dans un État de droit qui peut être interprétée de façon ambiguë. La séparation des pouvoirs limite la marge de manœuvre du juge et, en même temps, sacralise son indépendance.

Cette séparation, acquise dans tous les États de droit, n'est pas interprétée de la même façon selon les traditions juridiques et politiques. Dans la tradition continentale, et plus particulièrement en France, on a considéré que le pouvoir du juge ne pourrait être contrôlé et limité qu'en vidant la fonction de tout caractère personnel : le juge est un anonyme, qui ne juge pas en son nom, mais au nom de la loi. C'est à cette condition seulement que l'on peut lui garantir

<sup>9</sup> L'expression est de Montesquieu, qui identifie le jugement idéal au « texte précis de la loi » (Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Livre XI, Chap. VI, Paris, Flammarion, 1979, p. 330). On trouve une opinion similaire chez Beccaria, selon lequel le juge se doit d'écouter « la voix constante et fixe de la loi » (C. Beccaria, *op. cit.*, p. 70).

l'indépendance. C'est donc dans ce sens qu'on a interprété en France le principe de la séparation des pouvoirs<sup>10</sup>.

L'anonymat du juge garantit la sécurité juridique, qui suppose une application du droit prévisible et égale pour tous. On présuppose ainsi que le citoyen n'a de sécurité juridique que s'il a accès à un juge qui fonde ses décisions sur un droit *déjà donné*, auxquels les décisions ne changent rien. Idéalement, la sécurité juridique implique même que la décision du juge est identique quel que soit le juge qui la rend. Ce prérequis est fondateur du statut du juge dans la mesure où il assure l'interchangeabilité du tiers, et au fond le caractère impersonnel de la fonction de juge. Quelle que soit la personnalité du juge, le justiciable est assuré que c'est la loi qui est appliquée. C'est ainsi qu'il faut comprendre la recommandation de Montesquieu dans *L'Esprit des lois* : « On craint la magistrature, et non les magistrats »<sup>11</sup>. Dans la tradition de droit continentale, la justice est de ce fait perçue comme une prestation de l'institution, dont les différents juges ne sont que des serviteurs interchangeables<sup>12</sup>. Parce que la fonction de juger est impersonnelle, le juge est perçu en France comme un fonctionnaire de l'État, un délégué de sa souveraineté<sup>13</sup>.

Cela contraste fortement avec les systèmes de *common law*, au sein desquels la justice résulte d'une décision rendue par un homme (*judge made law*). Dans

10 L'image du juge comme bouche de la loi, image moderne à laquelle souscrit encore bien volontiers la société contemporaine, résulte de ces trois fondements. Du contrat social, on retiendra l'idée qu'on ne se soumet à des lois contraignantes que parce que ces lois nous garantissent l'exercice réel de nos libertés. Du légicentrisme, on retiendra que la volonté générale seule fait office de loi contraignante. Et de la séparation de pouvoirs, on tirera l'idée que la décision judiciaire se limite à rappeler la loi, et non à l'interpréter, l'adapter et encore moins la formuler.

11 Montesquieu, *op. cit.*, p. 301. « Craindre la magistrature permet sans doute aux hommes de rester dans le droit chemin ; craindre les magistrats relève de la peur » (S. Goyard-Fabre, *La Philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, p. 323).

12 Juger devient ainsi, chez les modernes, une fonction impersonnelle, alors qu'il s'agissait d'une vertu très personnelle chez les Anciens, et notamment chez Aristote. Aristote concevait en effet la prudence dans le jugement comme une vertu intellectuelle, ou une sagesse pratique spécifique. Aristote ne faisait pas de cette sagesse un don naturel, mais une manière de se conduire ou d'être à la hauteur sans se réfugier derrière une règle de conduite ou une règle déontologique. La vertu du juge, la sagesse pratique, consistait pour Aristote à prendre les bonnes décisions en situation. Le discours politique moderne est précisément un discours qui se passe des vertus, bien qu'on en trouve la trace chez la plupart des penseurs, et notamment chez Montesquieu. Chez ce dernier, la vertu (républicaine) n'est pas une qualité personnelle du juge, qui lui permet de prendre les bonnes décisions en situation, mais à l'inverse sa capacité à s'effacer au profit de la loi. Les vertus au sens aristotélicien varient trop d'une personne à l'autre, selon son histoire et son expérience. On ne peut les contrôler. Le bon exercice de la justice ne peut reposer sur de telles capacités incertaines, mais seulement sur un droit précis et complet, accompagné d'une méthode de jugement infaillible, qui s'impose à tous les juges de la même façon indépendamment de leurs convictions personnelles. S'effacer au profit de la loi signifie bien, chez les modernes, juger en dépit de ses convictions personnelles.

13 Mais il ne faut pas s'y tromper : l'anonymat des juges en France correspond aussi à une sacralisation de la justice. Comme l'a souligné Paul Ricœur, le juge « rend » la justice, précisément parce qu'elle ne lui appartient pas.

ce cas, le juge porte la responsabilité directe de ce qu'il a décidé. Un juge américain, par exemple, signera sa décision, rédigée à la première personne, alors que jamais un juge français ne rend ses décisions en son nom propre. La personnification des jugements est telle aux États-Unis que, dans les décisions collégiales, les opinions individuelles de tous les juges ont voix au chapitre. Les juges y avancent ouvertement les raisons qui justifient leur décision ou, éventuellement, les raisons pour lesquelles ils n'approuvent pas la décision prise par la majorité des autres magistrats.

Dans ce système, la légitimité des décisions, ainsi que le principe de sécurité juridique, ne seront donc plus garantis comme en France par l'effacement du juge. Au contraire, dans les pays de *common law* comme les États-Unis, on aura plutôt tendance à garantir la légitimité et la sécurité juridique par la référence à des précédents. Or qu'est-ce qu'un précédent, sinon la décision d'un autre juge qui fait autorité ? On voit bien qu'il y a en *common law* une reconnaissance à peine implicite de la valeur *per se* des décisions de justice de qualité. Et ce qui fonde la qualité, justement, d'un précédent, ce n'est pas la technicité impersonnelle de la motivation, mais au contraire l'épaisseur des arguments que cette décision avance à son appui. Autrement dit, en *common law*, contrairement à ce qu'on peut voir en France, on aura plutôt tendance à contrer l'arbitraire en assurant une large publicité au raisonnement du juge, ce qui l'oblige à se justifier, et non en cherchant à brider ce raisonnement grâce à l'autorité de la loi.

La volonté de notre société d'effacer le pouvoir du juge, l'impossibilité de lui accorder un statut positif, remonte à la révolution française et à la codification. Le Code gomme le pouvoir du juge car il permet de penser qu'un texte peut contenir la solution à tout litige. Autrement dit, comme le veut le mythe révolutionnaire, toute affaire tranchée par la justice a *déjà* été jugée par le code dont le juge n'est que le porte-voix. C'est ce que laissait espérer cette harangue de Robespierre : « Ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre que la loi ».

## II. — LA MONTEE EN PUISSANCE DES JUGES

Cette représentation idéalisée du juge, presque mythologique, ne fait plus l'unanimité. On s'interroge en France sur le « gouvernement des juges » : les juges seraient-ils en passe de remplacer ceux qui nous gouvernent traditionnellement, en prenant à leur place les décisions politiques qui engagent<sup>14</sup> ? Il est vrai que le statut du juge et son ambivalence à l'égard du pouvoir politique se sont radicalisés depuis, en gros, la Seconde Guerre

14 Le lien entre ces deux présupposés – « l'office du juge est de nature politique » d'une part, et « les juges gouvernent à la place des législateurs » d'autre part – est précisément ce qui est brouillé par la mondialisation, qui fournit au juge, mais aussi à d'autres acteurs, l'occasion de jouer des rôles politiques nouveaux. On le sait, la mondialisation favorise des modes d'action politique qui ne sont plus de l'ordre du gouvernement, mais plutôt de la gouvernance.

mondiale. On assiste en fait depuis 1945 à deux phénomènes qui se renforcent mutuellement. D'une part, on constate un processus de juridisation des relations sociales, qui se caractérise par une extension du droit dans des domaines de plus en plus nombreux de la vie en société. Cela se traduit en particulier par un recours accru au juge, c'est-à-dire une judiciarisation des rapports sociaux. C'est le constat d'Antoine Garapon dans *Le Gardien des promesses* : « Ces dernières décennies ont vu le contentieux exploser et les juridictions croître et se multiplier, se diversifier et affirmer chaque jour un peu plus leur autorité. Le juge se manifeste dans un nombre de secteurs de la vie sociale toujours plus étendu »<sup>15</sup>. On se tourne donc de plus en plus vers le juge pour résoudre des problèmes qui, autrefois, étaient résolus ailleurs, notamment au sein de la cellule familiale. On peut donc parler d'une montée en puissance des juges, c'est-à-dire d'une augmentation de leur pouvoir et de leur influence dans toutes les grandes démocraties contemporaines.

D'autre part, deuxième phénomène, la montée en puissance des juges est renforcée par la mondialisation du droit. La mondialisation entraîne en effet un déclin du rôle central joué par les États-Nations. L'État est doublement supplanté. Premièrement, il n'est plus la seule source du droit positif applicable sur son territoire. Les sources supranationales se sont multipliées ces dernières décennies. Ainsi la *Convention européenne des droits de l'homme* et le droit communautaire, par exemple, ont contribué en France à affaiblir la loi nationale et la pyramide des normes, sans que la demande de justice ne décroisse, bien au contraire. Le juge a donc répondu à la demande en s'appuyant sur ces sources, ce qui lui a permis de gagner en autonomie par rapport à son droit national. D'autre part, deuxième perte pour l'État : celui-ci n'est plus immunisé contre une action des juges, y compris de ses propres juges. Les sources supranationales du droit donnent en effet au juge national des moyens de contrôler son propre État. Avec la dénationalisation du droit, non seulement l'État n'est donc plus, comme autrefois, le pourvoyeur unique du droit, mais il n'est plus non plus au-dessus du droit : l'État est devenu lui-même justiciable. Et cela contribue évidemment à l'émancipation du juge à l'égard de son propre État, qui bouleverse son statut. Désormais, plus le juge paraît autonome par rapport à son État, plus il est crédible dans sa fonction de contrôle et plus il fait autorité.

Il faut donc lire conjointement la montée en puissance des juges dans la société et la crise de la souveraineté de l'État. Les deux phénomènes prennent en effet leur source après la Seconde Guerre mondiale, à partir de trois constats forcés par l'expérience du crime contre l'humanité. En premier lieu, l'expérience de l'holocauste débouche sur une crise de la politique traditionnelle, car un gouvernement peut procéder à l'extermination de ses propres citoyens. Il faut donc instaurer des garde-fous pour protéger les citoyens de leur gouvernement. L'expérience totalitaire montre non seulement que l'État doit être contrôlé davantage, mais aussi qu'il est difficile de faire

15 A. Garapon, *Le Gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 20.

confiance à l'État pour se contrôler lui-même. Bien sûr, en 1945, l'idée des droits de l'homme n'est pas neuve. Mais il faut admettre que cette idée est restée impuissante à empêcher le pire. Il faut donc rendre les droits de l'homme plus contraignants, et créer des instruments positifs de contrôle et de mise en œuvre au-delà des gouvernements – c'est la fonction de la justice constitutionnelle –, et au-delà de l'autorité de l'État lui-même – c'est la fonction de la justice supranationale des droits de l'homme.

En deuxième lieu, il faut reconstituer le monde commun, perdu dans l'holocauste. Il faut recréer du lien entre les hommes, de nouvelles solidarités, fondées sur leur commune appartenance à l'humanité, et non sur une communauté sociale particulière. Les grands procès pour crimes contre l'humanité sont ainsi très rapidement investis de ce rôle de réconciliation, de réparation, de reconstitution de l'humanité de l'homme. Et les juges en sont alors perçus comme des acteurs centraux.

Enfin, en troisième lieu, le formalisme juridique est en crise, car on ne peut plus accepter n'importe quelle politique sous prétexte qu'elle épouse les formes juridiques. Il faut donc redonner de la substance politique au droit et valoriser les vertus prudentielles des magistrats, ces vertus qui les rendent capables de bien juger.

Pour toutes ces raisons, le procès de Nuremberg marque un tournant dans la montée en puissance des juges : au moment où tout s'effondre, où la guerre a fait table rase des anciennes solidarités, où les corps politiques sont dévastés ou divisés par les différents courants qui veulent se partager le gâteau de la victoire, un procès est organisé, dont on attend qu'il répare les cicatrices laissées par la guerre et l'holocauste.

On peut penser que le procès de Nuremberg a échoué dans cette tâche, mais il a profondément marqué les esprits<sup>16</sup> et a fait paraître l'importance et l'utilité du pouvoir de juger. Ce procès a laissé entrevoir à la fois l'insuffisance des règles juridiques – « Il n'y a pas de règles pour ce qui est sans précédent »<sup>17</sup> disait Hannah Arendt à propos du procès Eichmann –, et la possibilité qu'une juridiction surmonte les défauts de l'ordre juridique en prenant la responsabilité de juger quand même. Assurément, le statut du juge s'en est trouvé modifié, puisque l'œuvre de justice lui a été confiée presque indépendamment des lois en vigueur<sup>18</sup>. Arendt souligne en effet, à propos des procès pour crimes contre l'humanité, « l'insuffisance du système juridique en vigueur et des notions juridiques courantes qui ont trait au massacre administratif organisé par un appareil d'État. En examinant de plus près cette question, on découvre, dit-elle, que les juges, dans tous ces procès, ne prenaient en

16 Si la notion de « crime contre l'humanité » est aujourd'hui inscrite au cœur de la plupart des régimes juridiques, au sein des législations, c'est le Tribunal de Nuremberg qui a le premier institutionnalisé la notion d'humanité, en l'insérant dans l'article 6 de ses statuts. Article qui, ayant la lourde tâche de définir les crimes contre l'humanité, se contente d'énumérer : « L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime entrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

17 H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, 1966, p. 322.

18 Dans ses *Considérations morales*, Arendt souligne en effet combien les hommes sont, en matière politique et morale, moins dépendants du contenu des règles qu'habituellement à posséder de telles règles. « Ils sont habitués à ne jamais se décider » (H. Arendt, *Considérations morales*, Paris, Rivages Poche, 1996, p. 55).

considération que les *actes* monstrueux. Ils jugeaient librement en quelque sorte, sans s'appuyer vraiment sur les précédents et les critères juridiques qu'ils invoquaient pourtant avec plus ou moins de bonheur, pour justifier leurs décisions »<sup>19</sup>.

Le rôle confié aux juges à Nuremberg et, depuis, à la justice pénale internationale, a donc profondément modifié la logique du droit, comme le souligne le sociologue Ulrich Beck : « C'est grâce à un procès qui se déroule par-delà toute souveraineté nationale que l'on parvint à couler l'atrocité de l'extermination systématique des juifs organisée par l'État dans des concepts juridiques et des procédures judiciaires [...]. Ce n'était pas seulement une nouvelle loi ou un nouveau principe, mais une nouvelle logique du droit qui était introduite ici »<sup>20</sup>.

L'expérience totalitaire a assurément participé au déclin de la souveraineté de l'État que l'on connaît aujourd'hui et elle a contribué à placer les juges sur le devant de la scène. En cela, la logique du droit contemporain est réellement différente de ce que laissaient supposer les fondements de l'ordre juridique moderne. Le contrat social, tout d'abord, est profondément remis en question par la supranationalisation du droit : en effet, l'État n'est plus uniquement garant de la justice, mais aussi justiciable. Le juge n'est donc plus ce délégué de la souveraineté de l'État, qui s'insérait dans les relations entre les individus pour les départager. Il est toujours tiers, mais dans un sens nouveau : il s'insère désormais dans la relation entre les individus et l'État lui-même.

Le légicentrisme, ensuite, est mis à mal par le déclin de la loi, aujourd'hui désacralisée. La loi a perdu de sa légitimité et de son efficacité, pour diverses raisons, et notamment du fait de la complexité du monde : la loi semble inadaptée pour répondre aux problèmes qui surgissent de ce monde technologique en pleine évolution. Elle arrive toujours trop tard, ou elle est trop nationale, là où les problèmes, comme l'écologie ou l'Internet, ne le sont plus. Dans de nombreux cas, la loi paraît incomplète, et on attend donc du juge qu'il supplée ce déficit.

La séparation des pouvoirs, enfin, est maintenue, mais au profit de la figure du juge cette fois. Le pouvoir judiciaire affirme de plus en plus son rôle de contrôle des autres pouvoirs, et le fonde sur son émancipation à l'égard de l'État. Le juge a ainsi été désigné comme le gardien ultime à la fois de la Constitution au niveau interne et des Conventions et des Pactes au niveau international<sup>21</sup>.

Dans certains pays, il a fallu du temps pour admettre que le pouvoir judiciaire pouvait exercer ce contrôle, car il implique que c'est le juge qui a le dernier mot sur le droit, et non le législateur. En France, la controverse est nourrie par la dualité juridictionnelle, c'est-à-dire le fait qu'il existe un ordre juridictionnel administratif distinct de l'ordre juridictionnel judiciaire. Après la révolution, on a en effet cherché à soustraire le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et l'administration au contrôle des juridictions, au motif que celles-ci ne disposaient pas d'une légitimité suffisante pour juger les actes émanant d'autorités procédant du suffrage universel ou agissant au nom de l'intérêt général. L'institution d'une juridiction administrative, le Conseil d'État, en 1799 visait à permettre tout de même un contrôle des actes de l'administration, mais seulement par une juridiction spécifique, distincte de l'autorité judiciaire.

19 H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, op. cit., p. 321.

20 U. Beck, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Aubier, 2004, p. 328-329.

21 Les droits de l'homme sont devenus comme le droit du droit, donc au fond ce qui permet au juge de prendre ses distances avec le droit considéré dans son sens le plus formel.

La montée en puissance des juges dans les démocraties contemporaines provoque la crise de ce modèle. Elle n'est pas seulement le fruit de l'activisme de certains juges, mais aussi une tendance de la société qui ne croit plus aux immunités. Ainsi voit-on en France depuis quelques années des ministères perquisitionnés, ou des élus condamnés, en dépit justement de la dualité juridictionnelle. Or, écrivait Tocqueville, « ce n'est pas accorder un privilège particulier aux tribunaux que de leur permettre de punir les agents du pouvoir exécutifs quand ils violent la loi. C'est leur enlever un droit naturel que de le leur défendre »<sup>22</sup>.

### III. — LES CONTRADICTIONS DU STATUT DU JUGE DANS LA SOCIÉTÉ

Le statut du juge dans la société reste habité de contradictions. On a vu que la mondialisation du droit a contribué à l'émancipation des juges à l'égard de leur État, à l'égard du pouvoir politique classique et à l'égard des contrôles prévus par le système. On a vu également que cette émancipation semble participer d'une évolution positive de la société, d'un accroissement des droits accordés et reconnus aux citoyens. Mais on ne peut nier que cette émancipation pose aussi certains problèmes. On peut notamment s'inquiéter de décisions qui ne rencontreraient pas l'adhésion des communautés nationales auxquelles elles s'appliquent. On perdrait ainsi le lien entre le juge et le citoyen, entre la communauté et son droit, ce lien que le philosophe Jürgen Habermas considère comme indispensable à la justice. Il faut en effet, écrit-il, que les destinataires de la norme, puissent s'en considérer comme les auteurs potentiels<sup>23</sup>. L'émancipation du raisonnement du juge coïncide-t-elle vraiment avec un progrès de la démocratie ?

Parce que la réponse à cette question reste incertaine, la montée en puissance des juges correspond à la fois à une passion du juge et à une crise du juge<sup>24</sup>. La passion du juge<sup>25</sup> s'inscrit dans un désir romantique de justice, qu'Aristote évoquait dès le VI<sup>e</sup> siècle avant J.-C. « Toutes les fois qu'il y a contestation, on se réfugie près du juge. Mais aller au juge, c'est aller à la justice, car le juge nous apparaît comme la justice vivante et personnifiée »<sup>26</sup>. Cette passion du juge est également cultivée dans l'imaginaire chrétien occidental : Dieu lui-même est le premier juge des hommes, omniscient et omnipotent. C'est lui qui sert de modèle, c'est devant lui que le juge, au Moyen Âge,

22 A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 173.

23 Voir J. Habermas, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997.

24 L'expression s'inspire du livre édité par Jacques Lenoble : J. Lenoble (éd.), *La Crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996.

25 L'expression est de Marie-Anne Frison-Roche, qui désigne ainsi un désir romantique de justice, dont les juges sont comme la cristallisation : « Le juge apparaît alors comme celui qui soigne les malheurs » et qui ressent, mieux que la loi impersonnelle du législateur, les sentiments de justice et d'injustice (M.-A. Frison-Roche, « Le désir de justice et le juge. Entre romantisme judiciaire et politique institutionnelle », in *Le Banquet*, n° 14, 1999, p. 106).

26 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Chap. IV, Paris, Livre de Poche, 1992, p. 205.

est comptable de ses jugements. C'est aussi Dieu qui émancipe le juge des pouvoirs temporels.

On peut donc penser que l'autonomisation accrue des magistrats et l'engouement actuel pour le juge cherchent à re-sacraliser la justice, pour retrouver un peu de la transcendance perdue au moment de la laïcisation de la société. Mais cette passion pour le juge peut aussi conduire à des impasses. L'enthousiasme naïf pour la toute-puissance de la justice peut jouer contre la justice elle-même. En effet, les attentes à l'égard du juge, comme relais des droits de l'homme notamment, sont parfois démesurées et risquent de renvoyer l'image de l'impuissance du juge. On espérait Dieu, et on n'a trouvé que des hommes, humains trop humains<sup>27</sup>.

Ainsi la société éprouve-t-elle une crainte réactive à l'égard du juge, notamment face à ce que les médias appellent des « dérapages judiciaires » (comme l'affaire d'Outreau par exemple), et auxquels les politiques semblent incapables de répondre. Ils font mine de découvrir avec le grand public les difficultés posées par le travail du juge, et ils s'indignent au lieu de s'interroger en profondeur sur le rôle des juges, sur leur formation ou sur leurs responsabilités. Antoine Garapon admet que « le juge reste une question politiquement incorrecte »<sup>28</sup>, une question n'ayant pas vraiment acquis de dignité politique ni d'existence intellectuelle.

La tradition politique héritée de la Révolution a plutôt tenté d'évacuer la question du statut du juge que de la résoudre<sup>29</sup>. La place du juge dans la société française est donc un statut *par défaut*. Antoine Garapon parle à ce propos de refoulé, tant les juges en France ont du pouvoir, et tant ce dernier n'a pas de statut reconnu. Le juge en France a un statut de non-pouvoir, alors qu'il a peut-être dans ces mains plus de pouvoir que le juge de *common law*, dont le prestige est pourtant socialement établi. Ce dernier, en effet, partage le plus souvent le pouvoir de juger avec un jury, qui tranche seul les questions de fait (tandis que le juge apprécie les questions de droit). La fonction du juge de

27 Cette exigence de justice, dit encore A. Garapon, est absolue, générale et universelle. Absolue, parce que tout le monde est justiciable, et notamment les hommes politiques de la justice pénale ordinaire. Générale, parce qu'aucun thème n'est épargné, y compris ce qui relève de la morale. Universelle, parce qu'elle concerne désormais l'homme en tant qu'homme, ce dont témoigne l'importance qu'ont pris dans notre société les procès pour crimes contre l'humanité.

28 A. Garapon, *op. cit.*, p. 30.

29 La méthode pour vider de son contenu la question du pouvoir du juge consiste donc à cantonner le juge au droit, tandis que la politique est laissée au législateur et aux représentants du peuple en général. Cette séparation du droit et de la politique, typiquement moderne, est renforcée par le positivisme qui caractérise nos systèmes juridiques. Selon le positivisme, le juge applique du droit, mais n'a pas vocation à créer du droit, ce qui est une fonction politique antérieure à l'application du droit. Tout notre système dépend de l'idée selon laquelle le droit appliqué *découle* de la politique. La fonction du juge y paraît cloisonnée, parce qu'a-politique dans un double sens. D'une part, le raisonnement du juge doit être politiquement neutre. Il doit se fonder exclusivement sur le droit *par opposition à la politique*. D'autre part, le juge doit être préservé de l'influence, voire des menaces, que pourraient exercer les politiques à son égard.

*common law* sera donc limitée : il ne dit pas le vrai (à l'inverse du juge français dont le verdict est un *veri-dictum*). De ce fait, la séparation des pouvoirs en *common law* est d'ordre procédural – elle a lieu à l'intérieur même du jugement, divisé entre le juge et le jury – alors que la séparation des pouvoirs en France est exclusivement pensée sur le mode institutionnel. Pour cette raison, le juge français, que les institutions déclarent être un non-pouvoir – une simple autorité –, concentre paradoxalement dans ses mains la totalité du pouvoir de juger. En France, les juges sont d'ailleurs omniprésents dans la procédure, non seulement pendant le procès, mais aussi avant (avec le juge d'instruction) et après le procès (avec le juge d'application des peines).

Comment est-on arrivés à un tel paradoxe ? En cherchant à limiter le pouvoir du juge, la tradition française lui a en fait ouvert, à l'intérieur des procédures judiciaires, un champ presque illimité d'actions. L'ordre juridique français n'a donc pas vraiment limité le pouvoir du juge, il a seulement caché ce pouvoir en proclamant de façon institutionnelle un statut de non-pouvoir. Montesquieu, tout en attribuant au juge une autorité particulière, s'empresse de qualifier cette autorité de « nulle » et, surtout, « d'invisible »<sup>30</sup>. Le mythe révolutionnaire<sup>31</sup>, illustré par le statut du juge bouche de la loi, n'est donc peut-être pas seulement une naïveté, mais a vocation à cacher quelque chose. C'est le paradoxe auquel aboutit la séparation des pouvoirs à la française : d'un côté on veut se prémunir de l'arbitraire, de l'autre on se déleste de tous les moyens de contrôler l'arbitraire.

Car plus il est caché, plus le pouvoir du juge s'exerce hors de tout contrôle. En refoulant le pouvoir du juge, en interdisant l'expression publique de ce pouvoir, on a laissé au juge le champ libre pour exercer ce pouvoir dans l'ombre. L'anonymat des juges et l'opacité de leurs raisonnements dans la tradition de droit continentale accroît le sentiment d'inquiétude : les décisions prises dans le for intérieur du juge et en vertu de son intime conviction paraissent incontrôlables, et parfois même incompréhensibles.

À l'inverse, le juge de *common law* subira davantage de contrôles. En effet, à partir du moment où la société confère au juge un statut politique central, elle est aussi plus exigeante et lui demandera de se justifier davantage. La publicité imposée aux détails de la motivation et des opinions individuelles illustre les contraintes, notamment argumentatives, qui pèsent sur le juge en *common law*.

La tradition française entretient au contraire l'idée que moins le juge a besoin de se justifier, plus sa décision revêt de l'autorité. Moins elle est argumentée, plus on suppose qu'elle a été facile à prendre et qu'elle exprime par

30 L'introduction d'un tiers – le juge – répond à une logique de neutralisation du pouvoir. Le principe de l'indépendance de ce tiers ne découle donc pas de la reconnaissance de la spécificité de son action – le jugement –, auquel la tradition continentale moderne semble ne prêter aucun intérêt en tant que tel.

31 Le seul à vouloir, c'est le législateur. Mais il s'agit bien sûr d'une fiction, tant le législateur est une figure mythologique. Le législateur, défini comme l'auteur de la loi, est une abstraction, puisqu'il y a de nombreux représentants du peuple (et pas UN législateur) et que ceux-ci ne sont pas toujours d'accord entre eux.

conséquent la loi. Le caractère concis des décisions de justice françaises, censé illustrer l'effacement du juge au profit de la loi, est la preuve qu'on ne veut pas que les juges se justifient publiquement. De sorte qu'aujourd'hui le juge français se retrouve dans l'impossibilité de justifier longuement les décisions parfois audacieuses qu'il doit prendre, à moins d'affaiblir par là même son interprétation de la loi. Autrement dit, le juge en France n'a pas les moyens de justifier ses choix interprétatifs sans courir le risque de discréditer son propre statut. D'où une profonde crise de la justice : le citoyen est de plus en plus confronté aux décisions de justice, qui interviennent dans des domaines de plus en plus nombreux et, en même temps, il ne lui est pas permis de comprendre les décisions et de s'en approprier les raisons.

Les citoyens se trouvent désarmés par cette justice à double visage : d'un côté une justice la tête haute, qui paraît arrogante et ne prétend pas se justifier, de l'autre les « ratages judiciaires » médiatisés, qui montrent une justice tête baissée. Évidemment, l'une et l'autre sont indissociables : la décision du juge nous fait d'autant plus peur qu'elle nous paraît soudainement humaine, nous qui étions habitués, à la suite de Montesquieu, à fantasmer le juge comme un « être inanimé », une simple machine. On découvre soudainement ce que les modernes nous avaient justement interdit de penser : les qualités premières d'un juge ne sont pas juridiques. Car la justice ordinaire est difficile à rendre. Pour les décisions les plus terribles à prendre, le droit est rarement d'un très grand secours : mettre quelqu'un en prison, retirer un enfant à ses parents, expulser des personnes de leur logement, raccompagner quelqu'un à la frontière ne posent la plupart du temps aucune difficulté juridique, mais beaucoup de difficultés d'un tout autre ordre.

Le fait de chercher à définir le rôle du juge exclusivement en termes de « statut institutionnel » a permis de ne pas poser l'autre question qui fâche à propos des juges, à savoir : « comment bien juger ? ». Au fond, le statut du juge « bouche de la loi » permet d'éviter cette question. Dès, lors le statut du juge est en même temps idéalisé et fragilisé. Alors que l'on fait appel au juge de façon croissante, on le craint en même temps de plus en plus. Ce n'est peut-être plus tant d'ailleurs son pouvoir que l'on craint aujourd'hui, que les défaillances de son pouvoir. En effet, l'inquiétude émane en partie de la déception que l'on peut ressentir envers le pouvoir judiciaire, et répond sans doute aux attentes démesurées que la société nourrit parfois à son égard<sup>32</sup>. C'est au fond le décalage entre le modèle idéal et la pratique réelle, avec ses difficultés propres, qui pose peut-être le plus de problèmes à l'heure actuelle.

32 Une partie de la crainte éprouvée à l'égard du juge aujourd'hui résulte de cette intuition que nous avons que sa tâche est difficile et le constat forcé que le juge n'est pas toujours à la hauteur de cette tâche. Dans le cadre de la montée en puissance des juges, la société doit donc faire face à deux constats qui, mis ensemble, suscitent la crise du juge, c'est-à-dire la crise de sa légitimité intellectuelle et démocratique : on découvre en même temps que le juge a une autonomie normative, qu'il crée du droit, et que le jugement par lequel il crée du droit est un jugement faillible.

Nous sommes en manque d'un nouveau modèle de légitimité. On peut d'ailleurs se demander si, en France, le statut du juge n'est pas resté un sujet tabou : comme le pouvoir du juge est d'emblée perçu comme un abus de pouvoir, il ne peut susciter que de la crainte, une crainte qui empêche de construire un statut positif du juge, tel qu'on l'observe notamment aux États-Unis. Le statut positif du juge aux États-Unis passe, comme on l'a vu, par une exigence à l'égard de la qualité des décisions rendues. Il se traduit également par ce qu'on appelle en anglais l'*accountability*, c'est-à-dire la capacité nécessaire du juge à rendre compte de ses choix et à rendre des comptes sur ses responsabilités. La qualité intellectuelle et morale des juges américains est si centrale pour ce statut du juge, que certains d'entre eux sont élus, et d'autres, comme les juges de la Cour suprême, doivent, avant toute nomination, passer l'épreuve d'une audition sénatoriale, retransmise à la télévision, durant laquelle ils sont interrogés sur leur passé professionnel, leurs convictions intimes ou leurs options interprétatives.

Une telle intervention du pouvoir politique passerait, peut-être, en France pour contraire à la séparation des pouvoirs. Mais la nomination ou l'avancement de nos juges, pour être moins transparents, sont-ils vraiment moins politiques ? Il faut d'ailleurs peut-être se méfier de l'expression de « montée en puissance » des juges. Le terme laisse penser que la judiciarisation de la société est une évolution dangereuse, une menace, comme si autrefois, dans l'État de droit démocratique traditionnel, le juge avait été privé de pouvoir. Le fait de parler aujourd'hui de « montée en puissance des juges » ne serait-il pas plutôt le symptôme de notre incapacité à conférer un statut d'autorité au juge, qui ne soit plus invalidé par la dyade puissance/ impuissance ?

Pour conclure, on peut rappeler que la logique contemporaine du droit et de la mondialisation bouleversent les fondements de l'ordre juridique moderne et le statut du juge qui en découle. De plus, la mondialisation met les cultures juridiques et les juges au contact les uns des autres, de sorte que les systèmes vont s'influencer mutuellement et même parfois s'enchevêtrer. On voit ainsi les modèles de *common law* inspirer notre droit et nos juges, et contribuer ainsi à des changements du statut du juge dans notre société.

Peut-être faut-il même souligner que le juge est un acteur de ce changement de statut. Le dialogue qu'il instaure volontairement avec d'autres juges issus de systèmes juridiques hétérogènes illustre les distances qu'il peut prendre avec son système juridique et son État. Mais ce dialogue traduit aussi son souci de rendre des décisions de qualité et d'être à la hauteur de la difficile tâche que la société semble de plus en plus lui assigner.

jallard@ulb.ac.be