

L'hypothèse de l'américanisation de la justice française Mythe et réalité

Loïc CADIET

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

RÉSUMÉ. — Le thème de l'américanisation de la justice connaît un grand succès. Mais qu'en est-il vraiment, au-delà du cliché complaisamment relayé par les médias ? L'opinion développée dans cet article est que l'américanisation de la justice relève sans doute, tout à la fois, du mythe et de la réalité. *Du mythe* car il y a peu à craindre *sur le terrain des faits*, de la prétendue américanisation des *pratiques* relatives à la justice : dans l'ordre des *pratiques sociales*, la société française ne devient pas, à l'instar de la société américaine, une société contentieuse ; dans l'ordre des *pratiques judiciaires*, la justice française est loin d'avoir le rôle et les pouvoirs de la justice américaine, expression même du gouvernement des juges. *De la réalité*, cependant, en raison du développement, *sur le terrain des idées*, de l'américanisation des *discours* relatifs à la justice : qu'il s'agisse de vanter les vertus de l'*analyse économique de la justice* ou d'en appeler à l'essor d'une nouvelle *philosophie politique de la justice* faisant du juge l'épicentre de la démocratie, ces discours témoignent d'un mimétisme idéologique de nature à subvertir les fondements traditionnels de la justice française plus sûrement que l'explosion supposée du contentieux.

L'américanisation du droit français est sur la place publique, sinon encore dans la rue. Il suffit que des viticulteurs catalans, victimes d'un orage de grêle qui n'avait pas été annoncé, demandent à *Météo France* réparation de leurs préjudices¹ ou que l'activisme d'un avocat talentueux amène des fumeurs de tabac et leur Caisse primaire d'assurance-maladie à agir en responsabilité contre un fabricant de cigarettes² pour que soit annoncée ou dénoncée, c'est selon, la dérive à l'américaine du droit français³. Nuages de

¹ J.-P. Besset, « Des viticulteurs reprochent à la météo de faire la pluie mais pas le beau temps », *Le Monde* 30 avril 1999.

² R.-P. Paringaux, « Coup de tabac sur Saint-Nazaire », *Le Monde* 2 mai 1999. — V. également, à propos du premier procès en responsabilité contre la SEITA après la mort d'un fumeur, devant le tribunal de grande instance de Montargis, *Le Monde* 10 sept. 1999 et comp., aux États-Unis, la condamnation « historique » des cigarettiers par un tribunal de Miami, *Le Monde* 18 juillet 2000.

³ Comp. L. Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, 1993, n. 192, p. 5-31. — F. Terré, « L'américanisme et le droit français », *Philosophie politique*, n° 7/1995, p. 137-147. — L. Cadiet, « Le [p. 89-115] L. CADIET *Arch. phil. droit* 45 (2001)

grêle et nuages de fumée portés par les vents d'Ouest, vents d'Amérique, contamineraient ainsi la société française, son droit et sa justice. Les médias ne manquent pas de relayer l'information, avec une certaine complaisance, car ce thème-là est de ceux qui parlent aux Français, sensibilisés aux relations sadomasochistes que la France entretient avec les États-Unis d'Amérique⁴. Que ce soit dans la presse « grand public » ou sur un registre plus académique, ces relations ont toujours alimenté une littérature abondante où le meilleur côtoie le pire, l'hymne vibrant à l'Oncle Sam, la virulence d'un anti-américanisme viscéral⁵.

Mais qu'en est-il exactement, au-delà du trop facile « *poids des mots/choc des photos* », au-delà des trop faciles positions de principe qui prennent souvent leur rêve, ou leur cauchemar, pour la réalité ?

Mon sentiment est que l'américanisation de la justice française relève, tout à la fois, du mythe et de la réalité : du mythe car il y a peu à craindre, *sur le terrain des faits*, de la prétendue américanisation des *pratiques* relatives à la justice (I) ; de la réalité car il y a beaucoup plus à redouter, *sur le terrain des idées*, de l'américanisation en cours des *discours* relatifs à la justice (II).

I. — MYTHE : L'AMÉRICANISATION DES PRATIQUES RELATIVES À LA JUSTICE

L'hypothèse de l'américanisation de la justice française peut difficilement être déclinée sur toute la gamme des principaux terrains où elle est supposée se manifester. Il suffit d'envisager les deux aspects les plus communément évoqués pour lui donner corps : *dans l'ordre des pratiques sociales*, la société française deviendrait, à l'instar de la société américaine, une société de plus en plus contentieuse ; *dans celui des pratiques judiciaires*, elle serait de plus en plus le siège, comme aux États-Unis, d'un gouvernement des juges. Mon propos n'est pas de trancher entre détracteurs et thuriféraires de l'américanisation, mais de les renvoyer carrément dos à dos car l'hypothèse de cette américanisation de la justice me paraît largement dénuée de réalité. Qu'ils soient l'expression d'un engouement ou d'une crainte, l'argument de la société contentieuse (A) comme celui du gouvernement des juges (B) me semblent aussi fantasmatiques l'un que l'autre.

A. — Le mythe de la société contentieuse

La société américaine passe pour être une société contentieuse et les avocats américains les agents les plus influents de ce délire procédural principalement localisé,

spectre de la société contentieuse » in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 29-50.

⁴ V. p. ex. le dossier spécial paru dans *Le Nouvel Observateur*, 3-9 juin 1999, sous le titre : « Radiographie d'une hyperpuissance, Faut-il avoir peur de l'Amérique ? ».

⁵ V., en dernier lieu, A. Kaspi, *Mal connus, mal compris, mal aimés, les États-Unis d'aujourd'hui*, Plon, 1999.

d'ailleurs, sur le terrain de la responsabilité civile : le thème des *ambulance chasers*, des suiveurs d'ambulance, propagé par le septième art sur toute la surface de la planète, en est l'illustration la plus topique⁶. De bons connaisseurs des États-Unis n'ont pas manqué d'accréditer cette image de la société américaine, qu'il s'agisse de Michel Crozier ou d'André Kaspi. À la faveur de quelques affaires médiatisées, l'explosion du contentieux observée en France depuis quelques années serait le signe que la France deviendrait, à son tour, une société contentieuse et qu'ainsi, elle s'américaniserait⁷. Que penser de cette première affirmation ? Qu'elle procède d'un raccourci, si ce n'est un court-circuit, inacceptable. D'abord, la plupart des traits caractéristiques de la justice américaine, susceptibles, pour certains, d'expliquer la processivité des Américains ne se retrouvent pas dans le système français : ni *forum shopping*, ni *class actions*, ni *quota litis*, ni jury, ni juges élus. Plus profondément, c'est à coups de contrats et de procès, faisant place aux coups de pistolet, que le droit américain s'est construit, droit d'en bas, négocié au sein de la société civile en deux siècles d'existence, plutôt que droit d'en haut édicté, comme en France, par un État quasiment vieux de dix siècles⁸. Quant à l'augmentation du contentieux en France, il ne suffit pas de la constater pour conclure à l'américanisation. Il faut encore, tout à la fois, en définir les raisons (1°) ainsi qu'en apprécier la mesure (2°), prendre du champ dans le temps et l'espace pour sortir du seul face-à-face franco-américain comme si le monde n'existait pas en dehors de lui.

1°) *Les raisons* de l'augmentation du contentieux tiennent à ce que j'ai appelé, en d'autres lieux, la dilatation de l'offre de droit et l'ouverture de l'accès au droit : il y a de plus en plus de droit que l'on peut mettre en œuvre de plus en plus facilement⁹. Ces phénomènes sont trop connus pour qu'il soit utile d'y insister ici, sauf pour en signaler deux récentes illustrations supplémentaires avec, d'une part, la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants¹⁰ et, d'autre part, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹¹.

Tout au plus pourrait-on s'interroger sur le point de savoir s'il faut y voir un bien ou un mal. La référence à l'américanisation, qui est plutôt conçue comme une marque de péjoration, conduirait à y voir un méfait plus qu'un bienfait. Les *Mélanges* récemment offerts à François Terré ont ainsi été l'occasion, pour Jean Foyer, de dénoncer « la judiciarisation en délire » dans laquelle l'éminent auteur voit un « abus du droit en un nou-

⁶ V. A. Deysine, *La justice aux États-Unis*, PUF, 1998, p. 78-82.

⁷ V. p. ex. F. Terré, *op. cit.*, p. 144.

⁸ V. L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès » in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23-51.

⁹ L. Cadiet, *op. cit.*, n° 6 à 19.

¹⁰ *JO* 7 mars, p. 3536 ; *JCP* 2000, I, 221, n° 24, obs. Cadiet ; *RTD civ.* 2000, 414, obs. Vignon-Rochfeld. — Adde F. Granet, *Protection des enfants : deux nouvelles lois*, *D.* 2000, 343.

¹¹ *JO* 13 avr. 2000, p. 5646, spéc. art. 2 et 3 : « dispositions relatives à l'accès aux règles de droit ». — V. A. Chaminade, « De nouveaux droits pour les administrés », *JCP* 2000, Act. p. 1171 et, pour une vue plus générale, M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, 368.

veau sens », révélateur d'une « évolution funeste de la société et des mœurs »¹². Venant d'un connaisseur si perspicace de la justice française, l'opinion ne doit certes pas être prise à la légère. Il est permis, cependant, de ne pas en partager le pessimisme. Je ne pense pas qu'il y ait déjà lieu de s'inquiéter autant ; je ne pense pas que la société française en soit déjà arrivée à ce point de déliquescence avancée. Sans être la marque d'un optimisme dangereusement béat, mon sentiment est davantage qu'en France, la libération croissante du procès ne va pas jusqu'au délire de la procédure car le droit français dispose, par ses juges ou hors ses juges, des moyens propres à réguler les excès éventuels¹³. Les juges français, *tout d'abord*, ne sont pas les spectateurs passifs de la querelle judiciaire dont les parties, comme aux États-Unis, auraient la maîtrise exclusive au risque qu'elle soit dilatoire et onéreuse. Le juge français, que les codes français de procédure arment suffisamment pour lui permettre de veiller « au bon déroulement de l'instance »¹⁴, a les moyens d'assurer la police juridictionnelle des abus. Les mesures dont il dispose à cet effet ne sont pas seulement procédurales¹⁵, préventives pour les unes¹⁶, sanctionnatrices, donc dissuasives, pour les autres¹⁷ ; elles existent aussi sur le terrain du droit substantiel, une processivité excessive pouvant entraîner la responsabilité civile de son auteur¹⁸, voire sa condamnation pour abus de position dominante¹⁹,

¹² Un mal, selon J. Foyer, « La judiciarisation en délire ou de l'abus de droit en un nouveau sens », in *Mélanges François Terré*, Dalloz PUF Éditions du Juris-classeur, 1999, p. 749-759, spéc. p. 750. — V. également F. Terré, « L'américanisme et le droit français », préc. *supra* note 3, spéc. p. 139 : « Malheureusement l'on observe que la tendance ici dénoncée a été suivie d'effet, car des infiltrations malsaines d'une société trop judiciarisée se sont, d'ores et déjà, manifestées dans notre droit. Insidieusement, diverses actions d'inspiration typiquement américaines pervertissent tant l'action des pouvoirs publics que les libertés publiques les plus essentielles. Il est temps de le dire : l'importation d'un certain américanisme constitue une grave menace pour notre société ».

¹³ L. Cadiet, *op. cit.*, n° 20 à 34, spéc. n° 20.

¹⁴ V. p. ex. Art. 3 NCPC : « Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ».

¹⁵ V. J. Normand, *Les deux approches de l'abus des droits procéduraux*, Rapport final lors du colloque de l'*International association of procedural law*, Louisiane, 27-30 octobre 1998, à paraître, spéc. I.

¹⁶ Pouvoirs d'organisation de la procédure accordés au juge, y compris par voie d'injonction et d'astreinte à l'égard des parties (ex. art. 11, 133, 134, 136, 137, 275, 290, 763, 826, 913, 943, 971 NCPC), obligation faite aux parties de soulever certains moyens de défense au seuil de l'instance (ex. art. 74, 112, 388), ouverture sélective des voies de recours (V. p. ex. NCPC, art. 543 à 545 pour l'appel, art. 580 pour les voies de recours extraordinaires et, plus précisément, art. 585 et 585 pour la tierce-opposition, art. 594 et 595 pour le recours en révision, art. 605 à 608 pour le pourvoi en cassation).

¹⁷ Tel est, notamment, l'objet des amendes civiles : V. p. ex. NCPC, art. 32-1, 559, 581, 628.

¹⁸ Au-delà de la condamnation traditionnelle pour abus du droit d'agir en justice, évoquée aux art. 32-1, 118, 123 NCPC (V. L. Cadiet, *V° Abus de droit*, Rép. civ. — Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2000, n. 5862-5988, spéc. n. 5926-5941), V. p. ex. Paris, 14e B, 16 avr. 1999, *JCP* 2000, I, 205, obs. Caussain et Viandier, acharnement procédural en matière de sociétés.

¹⁹ V., en droit communautaire, TPI 17 juill. 1998, *ITT Promedia NV c/Commission*, soutenue par Belgacom, aff. T-111/96, *Europe* 1998, comm. 310, obs. Simon : « dans des circonstances tout à fait exceptionnelles », le fait d'intenter une action en justice peut être [p. 89-115]

si ce n'est même son placement sous curatelle²⁰. En amont, l'office du juge français consiste également, et même de plus en plus, à favoriser le règlement amiable des litiges²¹, qu'il cherche lui-même à concilier les parties²² ou qu'il en confie le soin à un tiers désigné à cet effet²³. Cette régulation conventionnelle des différends trouve *d'ailleurs*, en dehors du recours au juge, de multiples occasions de déployer ses effets, singulièrement dans les contentieux de masse comme en matière d'assurance, de travail ou de consommation, y compris les rapports locatifs²⁴. L'ensemble de ces moyens contribue assurément à la maîtrise de la litigiousité.

Au demeurant, l'augmentation du contentieux touche la totalité des pays développés et il n'est pas dit qu'elle soit la plus notable aux États-Unis. Une vue d'ensemble indique que si l'augmentation du contentieux civil a été continue depuis le début du siècle, elle s'est progressivement amplifiée à partir des années 1950-1960, pour connaître une accélération plus grande encore, dans la plupart des pays, dans les années 1970-1980, avant de se stabiliser, voire diminuer légèrement à partir des années 1990²⁵ et, plus nettement, à partir de 1995²⁶. Les États-Unis n'échappent pas à ce constat, du moins en matière civile²⁷, et, pour ce qui est de la France, le raz-de-marée est derrière nous²⁸, si

considéré comme une forme de « harcèlement juridictionnel » constitutif d'un abus de position dominante.

²⁰ V. Civ. 1, 19 janv. 1999, *D.* 2000, somm. 101, obs. Delmas Saint-Hilaire ; *Gaz. Pal.* 7-11 mai 2000, 35, note Dwarka : les conditions exigées par l'article 488, al. 3 c. civ. sont remplies lorsque le demandeur *présente* « une personnalité paranoïaque et processive qui le pousse, en dépit de tout bon sens, à entreprendre de multiples procédures, longues et ruineuses », risquant « de compromettre son avenir et celui de sa fille mineure ».

²¹ V. L. Cadiet, *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation*, Dalloz, 1997, p. 123-146, n. 5 à 17.

²² V. p. ex. NCPC, art. 21, 127 et 128.

²³ V. p. ex. NCPC, art. 131-1 à 131-15 ; 831-1 et 832-1 à 832-10.

²⁴ V. L. Cadiet, *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation* préc., n. 27 et 28 ; *Les jeux du contrat et du procès* préc., n. 30.

²⁵ En ce sens également pour la France, J. Foyer, *op. cit.*, 751. Mais l'opinion n'est pas unanimement partagée : V. p. ex. Justices 2000/1, p. 8, se demandant : « Comment se fait-il que la demande judiciaire ne cesse de grandir comme si, au moins, partiellement, elle remplaçait les luttes collectives et le recours au pouvoir politique ? ».

²⁶ À quelques années près, le phénomène est notamment observé pour le Danemark, l'Espagne, la France, la Hongrie, voire l'Italie. Il ne l'est pas pour la République tchèque, ni pour l'Allemagne ; mais, pour ce dernier pays, l'augmentation durable du contentieux est vraisemblablement à mettre sur le compte de la réunification : V. L. Cadiet, *La formation juridique dans une société contentieuse en évolution*, Rapport général, XIe congrès de l'*International association of procedural law*, Vienne 1999, à paraître chez Kluwer, spéc. II.

²⁷ V. R. L. Marcus, « Malaise of the Litigation Superpower », in A. A. S. Zuckerman (ed), *Civil justice in crisis — Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, 1999, p. 71-116, spéc. points 2 et 5, notamment en matière contractuelle, ce qui est également le cas en France. — V. E. Serverin, « De la statistique judiciaire civile et des usages », *RIDE* 1999/2, p. 281-294, spéc. p. 293.

²⁸ Si l'on s'en tient aux dernières statistiques publiées (*Les chiffres-clés de la Justice*, oct. 1998, p. 12 et oct. 1999, p. 12), le nombre d'affaires civiles introduites au premier et au second degrés de juridiction a diminué de 3,1 % entre 1996 et 1997 et de 0,9 % de 1997 à 1998. Cette diminution bénéficie aussi aux Cours d'appel (- 2,5 et - 2,1 %) ainsi qu'à la Cour de cassation, le premier président Canivet ayant indiqué, lors de la dernière audience [p. 89-115]

tant est, du reste, qu'il y ait eu raz-de-marée. L'affirmation est en effet contestée. Pour Évelyne Serverin, singulièrement, il convient d'être prudent dans l'utilisation des statistiques judiciaires et des erreurs d'interprétation des comptes de la justice ont sans doute été commises dans l'appréciation des flux de contentieux au cours des quelques décennies écoulées, donnant parfois à tort l'impression d'une litigiosité exacerbée²⁹. En vérité, ce qui a fait problème, en France, c'est beaucoup moins l'augmentation du nombre de procès que l'insuffisance des moyens mis à la disposition de l'institution judiciaire pour les traiter³⁰. Malgré l'effort remarquable accompli depuis trente ans et malgré l'irritation que ce rappel provoque chez certains³¹, il n'en reste pas moins que le nombre de juges professionnels est aujourd'hui à peu près identique à ce qu'il était en 1857 (environ 6 000) et que, si le nombre de magistrats a augmenté de 6 % entre 1985 et 1995, le contentieux civil a progressé de 60 % pendant la même période.

L'américanisation n'est pour rien dans le développement du contentieux et encore moins dans l'impression suscitée par ce développement. En France comme à l'étranger, que ce soit aux États-Unis ou ailleurs, le phénomène tient simplement au développement des droits politiques, civils, économiques et sociaux : démocratisation des régimes politiques et libéralisation des systèmes économiques se traduisent, mécaniquement, par un accès au droit plus largement ouvert aux citoyens³². Les dix dernières années, qui viennent de suivre la chute du mur de Berlin, en apportent une illustration exemplaire s'agissant des pays d'Europe centrale et orientale. Sur ce point, je partage tout à fait l'opinion exprimée par François Terré, dans son article sur *L'américanisme et le droit français*, selon laquelle « il était probablement fatal, voire souhaitable, qu'une certaine protection des droits et des libertés conduise à privilégier la fonction d'accueil de l'institution judiciaire par rapport à quelque fonction dissuasive. Surtout dans la vision d'Occident, le procès devant un juge impartial et désintéressé est le modèle classique de référence. Et à cet égard la France et les États-Unis peuvent se recommander de la même tradition libératrice ». Non point influence d'un pays sur un autre, mais identité des causes sinon communauté des origines. Et il faut encore tenir compte de l'importance

solennelle de rentrée, que le nombre d'affaires reçues avait diminué de 8,5 % en 1999 (*JCP* 2000, n° 5, Act. p. 185).

²⁹ E. Serverin, « De la statistique judiciaire civile et des usages » préc. — C'est seulement en 1981 que se généralisent et se stabilisent les procédés de collecte d'informations permettant de disposer de séries homogènes. Le *Compte général* disparaît alors pour être remplacé par l'*Annuaire statistique de la justice* qui présente de nouvelles séries à partir de 1979. Seulement, ce document reprenait les séries antérieurement publiées par le *Compte général*, donnant l'impression d'une continuité statistique, alors que les changements intervenus sur les sources et les définitions avaient modifié la nature de l'information recueillie. Or, dans leur souci de disposer de séries longues, les auteurs des rapports sur la justice ont eu tendance à « jeter des ponts » entre les différentes périodes, gommant à la fois les différences statistiques et les évolutions de procédure. C'est pourquoi, ramenée à de simples « taux d'accroissement », l'activité judiciaire tend à être lue comme le produit d'une litigiosité exacerbée.

³⁰ V. d'ailleurs en ce sens F. Terré, *op. cit.*, p. 144.

³¹ V. p. ex. R. Exertier, « Manquerons-nous de magistrats demain ? » *Gaz. Pal.* 31 mars-1er avr. 2000, 11, pour lequel l'insuffisance de l'effectif des magistrats ne vaut que pour les membres du parquet.

³² Ce que reconnaît lui-même F. Terré, *op. cit.*, p. 144.

réelle du phénomène qui n'offre pas davantage prise à l'affirmation de l'américanisation de la justice française.

2°) *Quant à cette mesure*, une comparaison internationale des contentieux civils apporte un éclairage tout à fait salubre de nature à tempérer un certain nombre d'idées reçues. Les indications recueillies lors d'une enquête réalisée dans la perspective du dernier congrès de l'*International association of procedural law* permettent de dresser un tableau de la litigiosité dans un certain nombre de pays³³. La litigiosité est ici définie comme le nombre d'affaires pour 100 000 habitants ; elle prend appui, en principe, sur le nombre d'actions en justice introduites en une année sans toujours distinguer, toutefois, selon qu'il s'agit d'actions sur le fond ou non (référé, requêtes...). Sans doute, ce tableau n'a pas toutes les vertus d'une parfaite rigueur scientifique, mais il fournit du moins des ordres de grandeur qui suffisent à illustrer le propos.

Or, il résulte de ces chiffres que si la litigiosité d'un pays se mesure au nombre de procédures engagées par ses habitants, alors la France est un pays moyennement contentieux, avec 3 000 affaires pour 100 000 habitants, tandis que les pays d'Europe centrale, Autriche en tête avec 11 000 affaires, apparaissent comme des pays plus contentieux que les autres et qu'à l'inverse, l'Espagne, le Canada et le Danemark semblent l'être beaucoup moins, le Japon apparaissant comme le pays le moins contentieux, avec 350 affaires pour 100 000 habitants.

Pour les États-Unis, les instruments de mesure sont plus aléatoires en raison de l'éclatement du système judiciaire américain qui tient à la fois à l'étendue géographique et à la structure fédérale du pays³⁴. Les *statistiques nationales* disponibles ne concernent que les juridictions fédérales³⁵, ce qui n'est guère probant car ces juridictions passent pour accueillir seulement 2 % du contentieux³⁶. Quant aux *statistiques locales*, si elles sont nombreuses, leur grande hétérogénéité rend difficile une généralisation des données à l'échelle du pays, de l'aveu même des observateurs les mieux informés de la justice américaine : comment interpréter l'indication selon laquelle « chaque année plus de 100 millions de dossiers sont déposés devant les juges américains, l'équivalent d'un procès par adulte »³⁷, lorsque le nombre d'affaires pour 100 000 habitants était de 20 321 dans le District de *Columbia*, ce qui le place au sommet du tableau international de la litigiosité, avec un taux 6 fois supérieur à celui de la France, et de 1 167 dans l'État du *Tennessee*, ce qui le place en bas du même tableau, avec un taux 3 fois inférieur à celui de la France³⁸ ?

³³ V. L. Cadiet, *La formation juridique dans une société contentieuse en évolution* préc., spéc. 2.1

³⁴ V. R. L. Marcus, *op. cit.* p. 78.

³⁵ 108 affaires/100 000 habitants (*Source* : S. Katcher, Associate director, East asian legal studies Center, University of Wisconsin Law School), données fondées sur la population de 1991 (252 millions d'habitants) et sur le nombre d'affaires introduites en 1996 devant les *US district courts*.

³⁶ V. B. Ostrom and N. Kauder, *Examining the Work of State Courts* (1993), 11 (repr. 1995), cités par R. L. Marcus, *op. cit.*, p. 78, note 52.

³⁷ A. Deysine, *La justice aux États-Unis*, préc., spéc. p. 4.

³⁸ V. R. L. Marcus, *op. cit.*, p. 78-79.

Il est hasardeux de trouver, dans ces données, l'expression d'une quelconque américanisation de la société française. L'argument de la société contentieuse n'est pas pertinent en considération de la réalité française ; mais l'est-il vraiment au regard de la société américaine elle-même ? Peut-on analyser la situation américaine comme la situation française est analysée ? À supposer que l'affirmation selon laquelle la société américaine est contentieuse ait un sens, ce sens est peut-être davantage à rechercher dans l'état d'esprit processif des Américains, dans leur rapport au droit et leur manière d'envisager le traitement d'un conflit qu'en raison du nombre de procès effectivement portés devant les juridictions américaines. Le tableau offert par la France est d'une autre nature car s'ils semblent y recourir plus facilement, la justice française n'attire pas spontanément les Français qui lui préfèrent, dans toute la mesure du possible, d'autres modes de règlement de leurs différends. Plus fondamentalement, le droit ne fait pas vraiment partie de la culture française, qui est plutôt de type administratif que de type juridique, et je partage tout à fait l'opinion selon laquelle c'est aux énarques français, et non pas aux avocats français, qu'il faut comparer les avocats américains³⁹. Cette raison-ci conduit aussi à douter de la pertinence de l'argument tiré du gouvernement des juges.

B. — *Le mythe du gouvernement des juges*

J'insisterai moins sur ce deuxième aspect de l'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire. Mes observations partiront simplement du constat qu'à travers la réminiscence de la crainte exprimée jadis à l'égard de l'équité des parlements, c'est bien le même risque d'une politisation de la fonction du juge et d'une appropriation de la production du droit que traduit l'argument du gouvernement des juges. François Terré manifeste parfaitement ce sentiment lorsqu'il expose que l'admiration suscitée chez certains praticiens français du droit par le droit des États-Unis repose sur les vertus supposées d'un modèle de droit sans l'État, centré sur la primauté du *judge made law*, remède idéal « contre les excès en tous genres du légalisme »⁴⁰. Et d'ajouter : « Le danger n'est pas illusoire. C'est celui du gouvernement des juges. [...] La menace est très réelle, [...] il faut se méfier d'un pouvoir judiciaire s'érigeant en autorité supérieure à toutes les autres. Le passé, ici, n'est pas vainement invoqué. Toutes imbues d'américanisme, ces âmes apparemment généreuses et se disant éprises d'égalité et de liberté aboutissent, *volens nolens*, au développement d'un arbitraire des juges contre lequel nous croyons savoir qu'une certaine Révolution de 1789 a été réalisée »⁴¹. Je partage absolument cette idée qu'il faut se méfier d'un pouvoir judiciaire s'érigeant en autorité supérieure à toutes les autres. Seulement, la menace est-elle aussi réelle que cela, du moins *dans les faits* ? Je ne le pense pas. Sans doute, l'évolution contemporaine du droit français manifeste une indéniable montée en puissance du juge (1^o). Mais, en dépit du souhait ou de la crainte que d'aucuns pourraient nourrir à cet égard, cette promotion doit être relativisée (2^o) et ne peut donc être considérée comme l'expression, ni même le signe d'un quelconque gouvernement des juges.

³⁹ A. Deysine, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁰ F. Terré, *op. cit.*, p. 137.

⁴¹ F. Terré, *op. cit.*, p. 138-139.

1°) Les *manifestations de cette montée en puissance* sont bien connues ; elles s'observent dans chaque ordre de juridiction et à tous les niveaux de la hiérarchie judiciaire. Je me contenterai ici d'en rappeler la liste sommaire où se côtoient, pêle-mêle, la création de nouvelles juridictions et la promotion du juge unique, la constitutionnalisation de notre droit et son internationalisation qui libère le juge national du strict respect de la loi interne sur laquelle il doit faire primer la norme communautaire ou conventionnelle ⁴², l'intervention croissante du juge dans les relations contractuelles et familiales aussi bien que dans le fonctionnement des groupements, singulièrement les sociétés, ou dans le contrôle de l'application de la législation économique par les autorités de régulation ⁴³, la judiciarisation de la vie politique et la médiatisation de la vie judiciaire qui favorise, selon Jean Foyer, les postures justicialistes ⁴⁴, la consécration croissante de nouveaux principes généraux du droit et la diversification des missions du juge civil lui-même qui a cessé d'être seulement « la bouche de la loi » dans le règlement des litiges opposant des intérêts particuliers ⁴⁵.

Sur ce terrain, l'usage que la Cour de cassation elle-même a fait du pourvoi dans l'intérêt de la loi et du recours à l'*amicus curiae* dans l'affaire dite des mères porteuses a valeur de symbole ⁴⁶. Le pouvoir créateur du juge s'exerce aujourd'hui au-delà de la seule interprétation des règles de droit. Le juge œuvre à la définition même du contenu de la règle. Il y est associé lorsque le législateur lui laisse le soin de déterminer la substance des notions-cadres, des standards, dont l'usage en législation s'est considérablement développé au cours de ces trente dernières années : l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de la famille, l'intérêt social et l'intérêt de l'entreprise, l'excès et l'abus, à la suite de l'ordre public, les bonnes mœurs et la bonne foi ⁴⁷ : il est devenu ce que Gérard Timsit appelle un « auteur-acteur » de la norme ⁴⁸. Cette libération de la fonction judiciaire franchit un degré supplémentaire lorsque pouvoir est carrément donné au juge, tantôt par la loi, tantôt par la convention des parties, d'édicter lui-même la norme applicable à la solution

⁴² La loi interne serait-elle conforme à la Constitution ? Oui, car cette déclaration de conformité n'exclut pas le contrôle de conventionnalité, ce que reconnaît le Conseil constitutionnel lui-même : V., à propos du débat suscité par les lois de validation au regard de l'article 6 § 1 Conv. EDH, N. Molfessis, « Le contrôle de conventionnalité d'une loi conforme à la Constitution », *RTD civ.* 1999, p. 236-242. En revanche, le juge judiciaire, pas plus que le juge administratif, ne peuvent juger de la conformité de dispositions constitutionnelles aux engagements internationaux de la France : V. Ass. plén. 2 juin 2000, cité *infra* note 65 et, sur la compatibilité de ces deux sortes de solution, N. Molfessis, *obs. préc.*

⁴³ V., là-dessus, R. Libchaber, « Une nouvelle lutte pour le droit ? » *RTD civ.* 1999, p. 738-741.

⁴⁴ J. Foyer, *op. cit.*, p. 757-758.

⁴⁵ V. L. Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices* n. 9, 1998, p. 87-107.

⁴⁶ Ass. plén. 31 mai 1991, *D.* 1991, 417, rapp. Chartier, note Thouvenin ; *JCP* 1991, II, 21752, concl. Dontenwille, note Terré. — V. également M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes... », *RTD civ.* 1992, 489.

⁴⁷ V. p. ex. G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Les cours de droit, 1971, ainsi que *Regards sur le titre III du livre III du code civil — Essai de lecture d'un titre du Code*, Les cours de droit, 1976, spéc. n° 69-76.

⁴⁸ G. Timsit, *Archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 161 et s., spéc. p. 195 et s., les développements consacrés au « procès de régulation ».

du litige particulier : il en va ainsi dans les hypothèses, plus fréquentes qu'on le croit, où le juge est amené à statuer selon l'équité, en amiable composition dit-on aussi ⁴⁹. Elle atteint enfin son point extrême lorsque le litige trouve sa solution dans une conciliation des parties par le juge : remarquable est, à cet égard, l'article 21 du nouveau Code de procédure qui fait de la conciliation judiciaire un principe directeur du procès ⁵⁰.

La liste ne manque pas d'impressionner et l'on ne parle pas des pouvoirs désormais exercés par les juridictions pénales à l'encontre des décideurs publics ⁵¹. Faut-il craindre pour autant le spectre du gouvernement des juges après le spectre de la société contentieuse ? Est-ce un effet de mon optimisme natif, mais je ne le crois pas. La montée en puissance du juge doit être relativisée et peut s'interpréter autrement que comme la consécration du gouvernement des juges.

2°) Deux séries d'observations permettent de *relativiser la promotion contemporaine du juge* parmi les autorités constituées.

En premier lieu, le gouvernement des juges dont on nous rebat les oreilles est « au plus haut point », selon Michel Crozier, « l'expression du mal américain » ⁵² car il est lié à une problématique constitutionnelle propre aux États-Unis ⁵³. Si l'on en croit Thierry Renoux, l'expression « Gouvernement des juges » a été précisément créée par Édouard Lambert, en 1921, pour décrire la politique de ségrégation raciale menée par la Cour suprême des États-Unis ⁵⁴. Cette problématique constitutionnelle est caractérisée, non seulement par le fédéralisme de la structure étatique ⁵⁵ mais, surtout, par une conception rigoureuse, pour ne pas dire rigoriste, de la séparation des pouvoirs, très éloignée de la conception de Montesquieu ou de Locke pour qui « l'existence du pouvoir

⁴⁹ V. L. Cadiet, *L'équité dans l'office du juge civil* préc. — V. p. ex., très caractéristique de ces glissements insensibles de la juridiction à la conciliation en passant par l'équité, Paris, 5^e B, 22 nov. 1996, *Juris-data* n. 024089 : « il y a lieu de nommer un médiateur afin de parvenir à une solution équitable du litige opposant les parties ».

⁵⁰ « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». — V. *supra* A, 1°) et J. van Compernelle, « Vers une nouvelle définition de la mission de juger : du syllogisme à la conciliation des intérêts » in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 495-506.

⁵¹ V. F. Galletti, *Le juge pénal, nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus ? Une manifestation d'un droit administratif en mutation*, préf. L. Constans, L'Harmattan, 2000 et, en législation, la réaction traduite par la L. n. 2000-647, 10 juill. 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels (*JO* 11 juill., p. 10484), sur laquelle V. S. Petit, « Une nouvelle définition des délits d'imprudence », *Gaz. Pal.* 9-11 juill. 2000, p. 2-12.

⁵² M. Crozier, *Le mal américain*, Fayard, 1980, p. 247-278, spéc. p. 277.

⁵³ Cette spécificité inexportable du système américain s'observe sur d'autres terrains : V. p. ex. G. Calvaès, *L'« affirmative action » dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998. — Comp. G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC* 1999, p. 243-280.

⁵⁴ T. Renoux, « Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ? À propos des responsabilités pénales et politiques », *JCP* 1999, I, 161, spéc. n° 23.

⁵⁵ Sur cet aspect, V. A. Deysine, *op. cit.*, p. 11-13.

judiciaire [...] n'impliquait aucune sublimation de la Justice »⁵⁶. Dans ce pays où le Président ne peut dissoudre le Parlement et où le Parlement ne peut renverser le Président, la procédure d'*impeachment* n'équivalant pas à une motion de censure⁵⁷, la concurrence qui s'établit au sein de ce « duo infernal » profite nécessairement au pouvoir judiciaire qui est, au sens plein, un troisième pouvoir, placé en situation d'arbitre, et que symbolise la Cour suprême des États-Unis avec force et majesté⁵⁸. Cette Cour mérite pleinement l'épithète qui lui est attribuée puisqu'elle exerce, tout à la fois, les fonctions attribuées en France au Conseil constitutionnel, au Conseil d'État et à la Cour de cassation⁵⁹ qui ne sont donc, par contraste, que des Cours suprêmes au petit pied et dont la division interdit, par hypothèse, toute référence à un quelconque Gouvernement des juges avec ce que cela suppose d'unité organique et de cohérence politique.

Qu'ils soient nommés par les deux autres pouvoirs⁶⁰ ou élus par les citoyens⁶¹, les juges américains sont recrutés, en toute hypothèse, à partir de considérations largement politiques, ce qui en fait une pièce à part entière du système politique des États-Unis. Ainsi que l'écrit André Kaspi, « les juges occupent dans la culture américaine une place qu'on ne saurait comparer à celle qu'ils tiennent dans la culture française »⁶². Au juge américain, il est naturel de tout demander : interpréter la Constitution, en contrôler le respect, y compris de sa propre initiative, ce qui n'est pas rien, dire le droit comme on peut le dire en *common law*, mais aussi prendre parti sur les grandes questions intéressant la politique (comme les découpages électoraux et la possibilité de poursuivre un président en cours de mandat) ou la société (comme la ségrégation raciale, la peine de mort, l'avortement, l'énergie nucléaire, le droit d'obtenir la livraison d'une *pizza* à domicile). Pour le juge américain, la référence à l'activisme judiciaire, conçu comme une activité de nature politique, a un sens bien réel qui ne soulève d'ailleurs pas d'objection majeure. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, qu'une chaîne de télévision, *Court TV*, soit exclusivement dédiée à la justice à raison de dix-huit heures par jour sur le réseau câblé et à tout moment sur son site Internet⁶³. Mais, à l'inverse, comment, dans ces conditions, craindre raisonnablement que la montée en puissance du juge français signifie la consécration d'un gouvernement des juges ? En France, l'activisme judiciaire est plus technique que politique en ce qu'il se caractérise simplement par un pouvoir d'intervention dans le règlement judiciaire des conflits, la

⁵⁶ J.-D. Bredin, « Un gouvernement des juges ? » *Pouvoirs*, 68/1994, p. 77-85, spéc. n° 5.

⁵⁷ V. E. Zoller, « Entre le pénal et la politique, la procédure d'*impeachment* », *Justices*, n. 2, 2000, p. 91-111.

⁵⁸ V. A. Kaspi, *op. cit.*, p. 107-121, spéc. p. 107.

⁵⁹ A. Deysine, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁰ Ce qui est le cas de la plupart des juges fédéraux, à commencer par les *Justices*, membres de la Cour suprême.

⁶¹ Ce qui est le cas de la plupart des juges d'États, à 80 % environ. Ces élections ressemblent à des élections politiques ; elles donnent lieu à des campagnes électorales comme les élections politiques, ce qui n'est pas sans soulever, comme pour les élections politiques, des problèmes de financement : que dire de l'indépendance des juges élus lorsque les campagnes des candidats aux fonctions de juge sont financées à 80 % (chiffre fréquemment avancé) par les cabinets d'avocats ?

⁶² A. Kaspi, *op. cit. et loc. cit.*

⁶³ A. Deysine, *op. cit.*, p. 3.

marche de l'instance, voire la matière du litige. Mais ce pouvoir-là est organisé par les règles de procédure et ne peut s'affirmer que dans le respect croissant du droit au procès équitable. En revanche, sauf à encourir la sanction de l'excès de pouvoir, le juge français ne peut prendre de décisions politiques⁶⁴ et ne peut juger de la conformité des dispositions constitutionnelles aux engagements internationaux de la France⁶⁵. Quant au Conseil constitutionnel, qui est le juge le plus proche de la sphère politique⁶⁶, s'il a pour mission de contrôler les actes émanant du pouvoir législatif, il ne dispose pas d'un « pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement » et, surtout, il ne peut arbitrer un conflit entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif⁶⁷. Certes, il s'est arrogé, au fil de ces dernières années, un certain nombre de pouvoirs qui ne sont pas sans soulever des difficultés : ainsi, à propos du contrôle de constitutionnalité des règles de droit en vigueur⁶⁸ ou par le biais des réserves d'interprétation⁶⁹. Mais si ces pouvoirs traduisent une juridictionnalisation de sa fonction, ils ne transforment pas pour autant le Conseil constitutionnel en Cour suprême car il ne peut jamais avoir le dernier mot.

En vérité, et *en second lieu*, cette montée en puissance du juge dans le paysage institutionnel français obéit à sa propre logique qui est celle d'un rééquilibrage des fonctions au sein de l'appareil étatique⁷⁰. On ne mesure sans doute pas assez, dans l'opinion publique, l'état de dépendance dans lequel l'institution judiciaire française s'est trouvée au sortir de la Révolution. L'honneur était sauf ; les magistrats retrouvaient le *décorum* et la solennité des Palais de Justice ; les tribunaux supérieurs recouvraient le droit de s'appeler *Cours*, mais la magistrature, fortement épurée, était mise au pas par un pouvoir exécutif quasiment absolu jusqu'au milieu du XIX^e siècle⁷¹. Le droit lui-même avait été enfermé dans des codes par Napoléon ; il était tout entier dans la loi dont la

⁶⁴ Sauf à encourir la censure de sa décision pour excès de pouvoir : V. F. Kernaleguen, *Institutions judiciaires*, Litec, 2^e éd. 1999, n. 51-52.

⁶⁵ « La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle » : Ass. plén. 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, *JCP* 2000, IV, 2261, sur lequel V. D. Chagnollaud, « La Cour de cassation confirme la supériorité de la Constitution sur les traités », *D.* 2000, n. 24, p. V.

⁶⁶ Par son mode de composition et la nature de ses attributions, au point, d'ailleurs, que certains auteurs s'abstiennent d'en traiter, à l'égal des autres juridictions, dans leur présentation des institutions judiciaires : V. spéc. R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 8^e éd. 1998, n. 26. Ceux qui en traitent le présentent, parfois, dans la catégorie des « juridictions politiques » : V. p. ex. F. Kernaleguen, *op. cit.*, n. 299-308.

⁶⁷ V. T. Renoux, « Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ? A propos des responsabilités pénales et politiques », préc., spéc. n. 30. — D'où les réserves à l'égard de l'opinion, parfois exprimée à l'occasion du récent débat sur le quinquennat (V. p. J. Julliard, « Le quinquennat, et après... », *Le Nouvel Observateur* 1er-7 juin 2000, p. 59), selon laquelle seul un régime présidentiel permettrait d'assurer un vrai équilibre des pouvoirs.

⁶⁸ V., là-dessus, N. Molfessis, « Désordre (anti) constitutionnel », *RTD civ.* 1999, p. 724, 729.

⁶⁹ V., en dernier lieu, à propos de la récente loi sur le pacte civil de solidarité, N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP* 2000, I, 210.

⁷⁰ En ce sens, rapp. T. Renoux, « La réforme de la justice en France : le juge et la démocratie », *Gaz. Pal.* 21-22 janv. 2000, 2 : « la justice française se délivre aujourd'hui de l'emprise du pouvoir exécutif auquel elle a été longtemps soumise en France ».

⁷¹ V. R. Badinter, « Une si longue défiance », *Pouvoirs*, 74/1995, p. 7-12.

Cour de cassation était instituée gardienne grâce aux vertus disciplinaires du pourvoi en cassation⁷². L'ambiance dominante était donc celle des casernes et un légicentrisme rayonnant brillait de tous ses feux, réduisant à rien les autres foyers de la production du droit. La justice française part donc de très loin, si ce n'est de zéro, et la montée en puissance du juge français n'est que la reconnaissance, au profit de la fonction juridictionnelle, de la part qui lui revient naturellement dans l'organisation des pouvoirs constitutionnels ; ce n'est rien d'autre que la conquête d'une indépendance minimale par rapport au pouvoir législatif et, surtout, au pouvoir exécutif⁷³. Le déclin du légicentrisme au cours du XX^e siècle a fait le reste, offrant aux acteurs du jeu social de nouvelles plages de liberté qu'ont investies la convention et la juridiction⁷⁴.

Qu'à la faveur du rééquilibrage en cours depuis 1958, avec des hauts et des bas, des zones de frictions apparaissent, pouvant donner l'impression que les magistrats français disposent de pouvoirs excessifs, notamment dans le traitement judiciaire d'affaires mettant en cause des hommes politiques, ce n'est pas étonnant, c'est même normal, mais la justice française ne saurait être réduite à une poignée de juges d'instruction particulièrement en vue, utilisant habilement les ressources d'une procédure pénale jugée archaïque par certains et, comme l'écrit Jean-Denis Bredin, confortant « leur pouvoir absolu par l'absolu pouvoir des médias »⁷⁵. L'institution judiciaire française évolue. Des ajustements sont donc à trouver, dont la mise au point demande du temps car, situés au cœur du nouveau dispositif institutionnel, ils ne doivent pas être conçus à la légère, qu'il s'agisse, bien sûr, de la conception du procès pénal⁷⁶, du statut du parquet et des liens entre la responsabilité pénale et la responsabilité politique, mais aussi de la composition du Conseil supérieur de la magistrature⁷⁷ ou du régime de la responsabilité des magistrats qui ne peut guère demeurer dans son état actuel, fondé qu'il est sur l'exigence d'une faute lourde⁷⁸. Robert Badinter résume parfaitement les termes du

⁷² La définition actuelle du pourvoi en cassation continue de porter la trace de ces origines : « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit » (art. 604 NCPC).

⁷³ V. T. Renoux, *op. cit.*, n° 16 à 21, spéc. n° 17. À méditer, de ce point de vue, l'étonnant pouvoir d'autoriser un mariage posthume que l'article 171 C. civ. reconnaît encore au Président de la République avec, du reste, la bénédiction bienveillante de la Cour de cassation : V. p. ex. Civ. 1, 30 mars 1999 : *JCP* 1999, IV, 1986 ; *RTD civ.* 1999, 606, obs. Hauser. Ce pouvoir devrait relever de l'autorité judiciaire tout comme relève désormais de la justice (précisément, de la toute récente « juridiction régionale de la libération conditionnelle » : COJ, art. L. 143-1 et L. 143-2, réd. L. n. 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* 16 juin, p. 9038, art. 127), et non plus du ministre de la Justice, le droit d'accorder la libération conditionnelle des détenus condamnés aux plus longues peines privatives de liberté (V. CPP, art. 730, mod. L. 15 juin 2000, art. 125).

⁷⁴ V. L. Cadiet, *Les jeux du contrat et du procès préc.*, n. 3.

⁷⁵ J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁶ V. déjà L. n. 2000-516, 15 juin 2000 préc., sur laquelle V. not. F. Le Guehec, « Aperçu rapide », *JCP* 2000, Act. p. 2223 et s.

⁷⁷ R. Badinter, « Il faut fixer les garanties institutionnelles. Indépendants mais responsables ! » *Le Nouvel Observateur* 10-16 sept. 1998, p. 57. — T. Renoux, *La réforme de la justice en France...* préc., p. 4-5.

⁷⁸ COJ, art. L. 781-1. — V. G. Wiederkehr, « La responsabilité de l'État et des magistrats du fait de la justice — Panorama général », *Justices* n. 5, 1997, p. 13-24. — V. également T. Renoux, *op. cit.*, p. 5-6.

débat : « la contrepartie de la dépendance d'hier était l'irresponsabilité des magistrats. La conséquence nécessaire de leur indépendance est leur responsabilité »⁷⁹, ce qui ne signifie pas, bien sûr, qu'il faille permettre que la responsabilité d'un magistrat puisse être directement recherchée par les justiciables⁸⁰.

Ces nouvelles conquêtes de la justice, au demeurant, doivent être doublement pondérées. *D'une part*, elles ne se sont pas faites avec une augmentation corrélative des moyens alloués à la justice. La montée en puissance du juge se fait sur fond de crise de la justice et cette crise de la justice est avant tout matérielle, financière, budgétaire. Ce tableau n'est guère compatible avec l'idée du gouvernement des juges. Gouvernement des juges, s'interroge Jean-Denis Bredin ? Non, « plutôt une administration sous-équipée, où chacun essaie de bien tenir sa fonction »⁸¹. Les moyens de M. Kenneth Star sont sans comparaison à côté de ceux dont dispose M^{me} Eva Joly, même avec la création d'un pôle financier au tribunal de grande instance de Paris. Comment négliger, *d'autre part*, qu'aient été favorisés, dans le même temps, les occasions et les moyens d'éviter le recours au juge. Judiciarisation ici, déjudiciarisation là, les juges ayant souvent eu le sentiment d'être dépossédés d'une part naturelle de leur fonction. Ce sentiment, ajouté à la carence des moyens, a contribué, au sein de la magistrature, à alimenter une crise de conscience qui participe aussi de la crise de la justice. « Nous agissons vite la menace d'un gouvernement des juges, quand le vrai danger n'est pas celui d'une Justice toute-puissante, mais d'une Justice à l'abandon »⁸². Dans ce paysage, il y a moins à craindre de la prétendue américanisation des pratiques relatives à la justice que de l'américanisation en cours des discours relatifs à la justice.

II. — RÉALITÉ : L'AMÉRICANISATION DES DISCOURS RELATIFS À LA JUSTICE

L'américanisation est sans doute plus sensible dans l'ordre des idées que dans celui des faits. Depuis Lafayette, les Français ont souvent tendance à considérer comme moderne tout ce qui peut venir de l'autre côté de l'Atlantique, ce qui conduit à établir un lien systématique entre américanisation et modernisation⁸³. Une partie de *l'intelligentsia* française succombe parfois au même tropisme, encore que son questionnement soit davantage celui de la post-modernité que de la modernité au sens weberien du terme⁸⁴. Ce lien apparaît très nettement dans les discours relatifs à la justice où deux

⁷⁹ R. Badinter, *op. cit. et loc. cit.*

⁸⁰ En ce sens également, V. M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », *JCP* 1999, I, 174, qui souligne avec raison que la consécration d'une responsabilité personnelle pouvant être établie directement favoriserait un phénomène de personnalisation de la justice qui n'est pas opportun.

⁸¹ J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 83.

⁸² J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 85.

⁸³ V. p. ex. J.-P. Fitoussi, « La gauche et la tentation du "modèle américain" », *Le Monde*, 26 avril 1999.

⁸⁴ Sur ces notions, V. J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? » in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21-46 à la conclusion duquel nous souscrivons : « la post-modernité juridique apparaît à la fois comme une anti-modernité et une hyper-modernité : rompant avec les canons de la dogmatique juridique [p. 89-115]

thèmes sont subtilement combinés, celui d'une nouvelle pensée économique de la justice (A) et celui d'une nouvelle philosophie politique de la justice (B)⁸⁵. Si l'on n'y prend garde, ce mimétisme idéologique est nature à subvertir les fondements traditionnels de la justice française plus sûrement que l'augmentation supposée du contentieux. Or, cette subversion, dont il est permis de penser qu'elle n'est pas opportune, repose au surplus sur des prémisses discutables.

A. — *Le thème de la nouvelle pensée économique de la justice*

Cette déclinaison renvoie à la réalité de l'évolution contemporaine de l'institution judiciaire. Sommée par la rationalisation des choix budgétaires de « gérer » efficacement ses « stocks » et ses « flux » d'affaires, la justice devrait aujourd'hui plus qu'hier répondre aux exigences de l'efficacité économique⁸⁶. Cette nouvelle mentalité va de pair avec l'aspiration des clercs du droit des affaires à être pleinement des hommes d'affaires du droit⁸⁷ et elle rencontre parfois, chez les magistrats eux-mêmes, un écho bienveillant quand elle n'est pas présentée, carrément, comme une condition essentielle de la modernisation de la justice : c'est ainsi qu'un rapport récent sur les réformes à introduire dans la procédure civile française a pu être présenté, par un auteur, comme l'acte fondateur d'une « nouvelle économie politique de la justice »⁸⁸. La logique de la concurrence internationale n'est pas pour rien dans cette évolution comme l'ont illustré les négociations du commerce international au cours desquelles les grands cabinets anglo-saxons poussaient à la qualification de l'exercice du droit dans la catégorie des prestations de service assimilées aux prestations commerciales (*business services*) et soumise, à ce titre, au principe de libre concurrence⁸⁹. De là à considérer que la justice, au sens insti-

moderne, elle n'en reste pas moins fidèle aux valeurs qui forment l'essence de la modernité ; et c'est cet amalgame qui constitue sans doute sa véritable spécificité ».

⁸⁵ Le programme est clairement annoncé par A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice* préc., p. 53 : « Il faut inaugurer une nouvelle discipline – l'économie politique de la justice, ce que les Anglo-Saxons appellent *court policy* ou *court management*, et une philosophie politique du juge : autant de choses dont nous manquons aujourd'hui dans notre pays ».

⁸⁶ V. déjà « Justice et économie », *Justices*, n° 1, 1995, spéc. l'avant-propos, p. 1-6 : *Les jeux de la justice et de l'économie*, par L. Cadiet et S. Guinchard.

⁸⁷ V. Y. Dezalay, « Des justices de marché au marché international de la justice », *Justices*, n° 1, 1995 préc., spéc. p. 121-133.

⁸⁸ V. A. Garapon, « Vers une nouvelle économie de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », D. 1997, chron. 69-72, spéc. 72 : « Un tel pragmatisme annonce-t-il une américanisation de notre conception de la justice ? [...] Le mérite de ce rapport est d'alimenter de manière constructive les débats qui s'annoncent nombreux sur la modernisation de notre justice ».

⁸⁹ Mais, contre cette tendance, l'Organisation mondiale du commerce, issue des négociations du GATT, tente de donner un ordre juridique, voire juridictionnel au jeu de la concurrence internationale : V. L. n° 94-1137 du 27 décembre 1994 autorisant la ratification de l'accord instituant l'OMC, signé à Marrakech le 15 avril 1994 (*JO* 28 déc., p. 18536) et, là-dessus, *Les Notes Bleues de Bercy*, n. 186 du 1er au 15 juill. 2000, n. spécial OMC : *L'Organisation mondiale du commerce et son tribunal*. — Sur la question des rapports entre l'OMC et les prestations de services juridiques, V. en dernier lieu Y. Martinet, « L'OMC et les services juridiques : point d'actualité », *Gaz. Pal.* 30 juin-1er Juill. 2000, p. 43-45.

tutionnel, est une entreprise comme les autres et, au regard des normes qu'elle produit, un bien comme un autre semblablement soumis aux lois du marché et aux logiques de l'analyse économique, il n'y a qu'un pas que certains n'hésitent pas à franchir, pour lesquels la privatisation de la justice et son insertion dans le marché sont le seul remède efficace aux maux actuels regroupés sous l'expression « crise de la justice »⁹⁰. Et l'on glisserait ainsi, insensiblement, de la justice servante de l'économie à la justice asservie à l'économie. Serait-il inévitable ce glissement subreptice ? La justice française serait-elle donc condamnée à se plier aux « nécessaires adaptations du droit aux exigences de notre temps »⁹¹, qui rendent « l'approche économique inéluctable »⁹² ? Qu'il soit permis de prendre du recul par rapport à cette manière de penser. Il ne suffit pas d'affirmer, péremptoirement, que telle réforme récente de la procédure civile française traduit « l'irruption d'une pensée économique de la justice »⁹³. Autant que je puisse en juger, comme simple juriste, cette opinion encourt deux reproches au moins, qui ont en commun une méconnaissance du *versant français* (1°) comme du *versant américain* de l'analyse (2°).

1°) *Côté français*, l'hymne à la nouvelle pensée économique oublie, ou feint d'oublier, un peu vite, que la conception française de la justice n'a pas été ignorante, jusque-là, de toute considération économique, tant s'en faut. Le système français n'a pas attendu que les lumières de l'analyse économique du droit lui parviennent du Nouveau Monde pour traduire, dans ses règles, les nécessités d'une bonne gestion de la régulation judiciaire des litiges. Depuis le XII^e siècle où sont établies, avec la consolidation de la monarchie capétienne, les premières fondations de la justice française, l'histoire de la procédure civile est jalonnée d'événements qui traduisent un souci d'intendance, qui est déjà une manière d'économie de la justice attestant de l'importance des considérations économiques dans le choix des règles d'organisation judiciaire comme dans celui des règles de procédure civile.

Du point de vue de *l'organisation judiciaire*, la création des tribunaux de commerce au XVI^e siècle en est la plus remarquable illustration : offrir une justice simple et rapide aux marchands, c'était un engagement de l'État que le chancelier Michel de L'Hospital, sensible à l'intérêt du négoce, sut imposer à la communauté des gens de robe, au premier rang desquels se trouvait le Parlement de Paris⁹⁴. Et c'est parce que cette juridiction ne correspond plus aux besoins actuels du contentieux économique, qui n'est plus réductible aux seuls litiges des marchands entre eux, qu'elle est aujourd'hui l'objet d'une réforme⁹⁵. Participe de ces mêmes préoccupations économiques la création de la juridic-

⁹⁰ V. B. Lemmenicier, « L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ? », *Justices*, n° 1, 1995 préc., spéc. p. 135-146.

⁹¹ A. Garapon, *op. cit.*, p. 69.

⁹² A. Garapon, *op. cit.*, p. 71.

⁹³ A. Garapon, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁴ R. Szramkiewicz, « Les tribunaux de commerce – Une longue histoire dans la justice économique », *Justices* n. 1, 1995, p. 7- 14.

⁹⁵ V. E. Guigou et D. Strauss-Kahn, « La réforme de la justice commerciale », *JCP* 1998, Act. p. 1893. Le projet de loi relatif aux tribunaux de commerce et modifiant le Code de l'organisation judiciaire a été adopté par le Conseil des Ministres du 18 juillet 2000 : V. *Le Monde* 19 juillet 2000, p. 8 et *Gaz. Pal.* 30- juill.-1er août 2000, p. 23.

tion de l'intendant, ancêtre de la justice administrative qui est, historiquement, une justice de l'économie et comme le pendant, dans le domaine de l'action administrative, des juridictions consulaires pour les litiges d'intérêts privés : même souci de simplicité, de rapidité et de gratuité, même souci d'échapper aux inconvénients de la justice des Parlements⁹⁶. L'on pourrait également rattacher à cette tradition économiste de la justice la création des statistiques judiciaires, outil privilégié de l'analyse économique de la justice, qui remonte à la fin du XVIII^e siècle, en liaison avec le développement de la gestion centralisée des services de l'État⁹⁷ et ce sont encore les mêmes préoccupations qui expliquent l'histoire judiciaire du XX^e siècle, qu'il s'agisse de l'adaptation des ressorts des juridictions, de la rationalisation de la carte judiciaire ou du développement du juge unique en toute matière, y compris en matière pénale et en matière administrative⁹⁸.

Les règles de procédure n'ont pas davantage échappé aux considérations de bonne gestion économique des procès. La première codification de la procédure civile réalisée par Colbert en 1667 répondait à des motivations politiques autant qu'à des exigences économiques et la dernière en date, réalisée au cours des années 1970 à l'initiative de M. Foyer, est tout à fait exemplaire par son souci d'économie procédurale. Ce code, que l'on a pourtant critiqué pour être un code de professeurs⁹⁹, ce qui n'est d'ailleurs exact qu'en partie¹⁰⁰, est l'illustration même du souci d'offrir aux acteurs du procès civil les moyens d'une maîtrise efficiente de l'espace et du temps procédural¹⁰¹ et si toutes les utilités de ce code moderne n'ont pas été exploitées, la responsabilité en revient largement, au-delà du manque récurrent de moyens, à ceux qui, magistrats et avocats, ont la mission quotidienne d'en faire vivre les dispositions. Il est notable, d'ailleurs, que les maux auxquels ce code entendait déjà remédier il y a trente ans¹⁰² appellent à l'étranger depuis une dizaine d'années, singulièrement aux États-Unis et en Grande-Bretagne, des solutions qui ne sont pas sans rappeler les principes sur lesquels il repose. Ce que Richard L. Marcus nomme « *the rise of managerial judging* »¹⁰³, décliné en *case management, small claims, fast-track et multi-track*, n'est pas si éloigné de notre administration de la mise en état avec ses circuits court, moyen, long. Quant à l'intrusion

⁹⁶ Y. Gaudemet, « Monde économique et justice administrative : la mesure d'une critique », *Justices* n. 1, 1995, p. 45-52.

⁹⁷ E. Serverin, *De la statistique judiciaire civile et de ses usages* préc., spéc. I, p. 283-286. Depuis lors, l'activité de comptage n'a pas cessé de s'étendre, du point de vue des juridictions concernées comme au regard des informations collectées. Mais si les publications statistiques sont ininterrompues depuis 1827, il faut attendre 1981 pour que le système se stabilise du point de vue des unités de compte et des champs de collecte.

⁹⁸ Significative, à cet égard, était la loi n. 95-125 du 8 fév. 1995 relative à l'organisation juridictionnelle et à la procédure civile, pénale et administrative (*JO* 9 fév., p. 2175) composant, avec la loi n. 95-9 du 6 janv. 1995, de programme relatif à la justice (*JO* 8 janv., p. 381) et la loi n. 95-64 du 19 janv. 1995, relative au statut de la magistrature (*JO* 20 janv., p. 1042), la partie législative d'un plan pluriannuel pour la justice.

⁹⁹ V. A. Garapon, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁰ Puisque les professionnels de la justice y étaient majoritaires : V. J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, n. 14.

¹⁰¹ V. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^e éd., 2000, n° 68-70.

¹⁰² Trente, vingt-cinq ou vingt, selon le point de départ adopté. V. Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998.

¹⁰³ R. L. Marcus, *op. cit.*, p. 101.

remarquable du juge dans ces procédures anglo-saxonnes, qui passent pour être l'archétype de la procédure accusatoire, elle est classiquement de facture très continentale : les premiers commentateurs de la récente réforme anglaise y voient d'ailleurs la consécration d'un devoir de coopération du juge et des parties ¹⁰⁴, ce qui correspond très exactement à la philosophie des principes directeurs du procès selon les articles 1^{er} à 24 de notre nouveau code de procédure civile.

2°) Manière d'annoncer que le *versant américain* ne présente pas forcément les caractéristiques que lui prêtent les propagandistes français de la nouvelle pensée économique de la justice. Prétendre que la toute dernière réforme de la procédure civile réalisée à la fin de 1998 manifeste « l'irruption d'une pensée économique de la justice » ¹⁰⁵ n'est pas seulement inexact en ce que cela implique l'absence de toute considération économique antérieure. L'assertion est également discutable en ce qu'elle suggère que l'analyse économique de la justice, tel un *fiat lux* venu de l'autre côté de l'Atlantique, aurait toutes les caractéristiques d'une pensée cohérente et homogène, ce qui est douteux. L'économie de la justice n'est pas d'une pièce et la justice n'est pas réductible au calcul économique.

L'économie de la justice n'est pas d'une pièce ¹⁰⁶.

L'économie de la justice est diverse par son objet. De nature tantôt macro-économique, tantôt micro-économique, elle s'intéresse, non seulement à l'analyse économique de *l'institution judiciaire* dans son ensemble, de sa rentabilité interne et du rapport coût-avantages de la régulation judiciaire par rapport aux modes de solution des litiges, mais aussi à l'analyse économique de *la décision judiciaire*, de son processus d'élaboration, de son contenu et de ses conséquences au regard du litige réglé dans le cas particulier. Surtout, en amont, *l'économie de la justice est diverse dans sa conception même*. Il n'y a pas une « pensée économique de la justice », mais plusieurs types d'analyses qui sont loin d'utiliser les mêmes outils et de poursuivre les mêmes finalités. Si ce n'est que le *Law and Economics* est le fait d'économistes, il y a loin de l'économicisme, ou réductionnisme, de l'*École de Chicago*, reposant sur l'idée que l'individu opère des choix rationnels en fonction de ses préférences, à *l'approche institutionnaliste*, voire *systémiste* contemporaine qui répudie toute proposition d'alignement du système judiciaire sur le fonctionnement marchand, en passant par *l'approche interactionniste* d'Hayek. La distinction faite par certains auteurs entre une économie politique et une économie marchande de la justice ¹⁰⁷ n'a guère de sens car le marché est au cœur de l'économie. Il vaut mieux affirmer haut et fort que la spécificité de la justice interdit de faire de la rationalité économique le *seul* critère d'appréciation de l'efficacité de l'institution judiciaire : ce n'est pas parce que tout *peut* être mis en équation que tout *doit* être mis en équation.

¹⁰⁴ V. J. Bell, « L'Angleterre : à l'aube d'une réforme radicale de la procédure civile », *RGDP* 1999, p. 307-319, spéc. p. 318-319. — J. Martin, « Administration de la justice et techniques de management : l'exemple anglais », *RIDE* 1999/2, 267.

¹⁰⁵ A. Garapon, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁶ V. C. Barrère, « Les approches économiques du système judiciaire », *RIDE* 1999/2, 153. — V. également pour une présentation plus générale, T. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte « Repères », 1999.

¹⁰⁷ A. Garapon, *op. cit.*, p. 72.

La part du droit est dans cette nuance, qui doit prendre en compte d'autres contraintes et d'autres finalités, car la justice n'est pas réductible au calcul économique.

Avec beaucoup de finesse, deux auteurs ont récemment illustré un aspect des *contraintes* liées à la spécificité de la justice ¹⁰⁸. Sans doute, la combinaison de la raréfaction des ressources de l'État et de l'accroissement du besoin de justice, offre et demande, autorise une « lecture économique » de la justice. Pour autant, « il n'existe pas de "marché judiciaire" véritable où l'ajustement réciproque entre offre et demande créerait une information publique – le prix sur un marché classique – grâce à laquelle les qualités des prestations de chaque juge pourraient être connues et évaluées à l'avance, à travers un système de prix efficient et juste, garantissant la maximisation du bien-être social ». Cette impossibilité tient à l'incertitude du justiciable quant à la qualité de la décision judiciaire car « aucune garantie sérieuse n'est offerte actuellement aux citoyens sur la qualité des juges [...] qui décident de leur liberté et de leurs biens ». L'information leur est cachée ; elle est asymétrique en faveur des magistrats. À supposer que les conditions du recrutement des juges puissent offrir un certain nombre de garanties quant à leur compétence (ce qui est discuté) ce prérequis, contrôlé *ex ante*, n'est pas la garantie de la performance effective du magistrat, la qualité de la décision judiciaire ne pouvant être contrôlée *ex post* sans risquer de mettre à mal le principe d'indépendance de la magistrature. Surtout, le critère économique de productivité, qui relève de l'efficience, est-il bien approprié pour estimer la qualité des décisions judiciaires ?

La lenteur a certes un coût, mais l'œuvre de justice s'inscrit nécessairement dans la durée ¹⁰⁹, ce qui conduit à tenir compte des finalités propres de la justice ¹¹⁰. La théorie des choix rationnels qui est au cœur de l'analyse économique du droit, du moins dans la conception qu'en retient l'*École de Chicago*, n'est pas compatible avec la rationalité juridique car celle-ci n'est pas de nature mathématique ; elle est de nature déontique : les raisons d'agir de l'individu ne sont pas réductibles à ses préférences ; l'individu agit aussi par devoir ; or, « l'obligation est logiquement inexprimable par une logique mathématique ». L'élaboration pas plus que l'application du droit ne peuvent donc être

¹⁰⁸ S. Harnay et I. Vigouroux, « L'indépendance du juge : qualité de la décision judiciaire en présence d'asymétries informationnelles », *RIDE* 1999/2, p. 185-205.

¹⁰⁹ L'acte de juger permettant grâce au procès, comme le montre si bien Paul Ricoeur (*Le Juste*, Ed. Esprit, 1995, p. 185-192, spéc. p. 185), le passage d'une « finalité courte » – trancher un conflit, mettre fin à une incertitude – à une « finalité longue » – contribuer à la paix sociale. Sur les rapports du temps économique et du temps judiciaire, V. J.-M. Coulon, « Réflexions sur la durée de la justice et le temps économique », *RIDE* 1999/2, p. 235-238, qui montre bien, au-delà de l'incompatibilité spontanée des deux temps, que le procès sait faire place, en son sein, à des procédures d'urgence permettant au juge de prendre avec célérité les mesures que la nature du litige impose et que, à l'inverse, le temps économique est lui-même d'une assez grande diversité : le temps immédiat des marchés financiers n'est pas celui de la production agricole ; les dérapages sanitaires de certaines filières agroalimentaires disent assez le risque qu'il y a à aller plus vite que la musique, à brusquer le cours naturel des choses. Tout est question d'équilibre, la synchronisation des temps pouvant être assurée par la maîtrise négociée de la procédure entre les parties et le juge, ce qu'on nomme *le contrat de procédure*, le développement de la médiation judiciaire et, plus amplement, l'essor actuel des modes alternatifs de règlement des conflits. — V. également J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

¹¹⁰ F. Facchini, « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation », *RIDE* 1999/2, p. 207-221.

réduites à la simple question du choix des règles les plus efficaces ; en droit, la règle est bonne ou mauvaise, indépendamment de ses effets, de sorte que « la résistance du droit à l'analyse économique du droit n'est pas le simple fait d'un corporatisme, d'une peur de la concurrence des économistes, de l'absence de compétences mathématiques des hommes du droit, de leur manque d'attrait pour la littérature anglo-saxonne, de la prétendue coloration politique libérale de l'analyse économique du droit ou d'une grande inutilité pour les professionnels du droit », mais qu'elle s'explique par « l'erreur » de l'analyse économique du droit elle-même « d'avoir pensé pouvoir construire une théorie générale des comportements humains uniquement sur l'acte de choisir » en ignorant que « l'homme a une conscience, des intentions et des traditions ».

En faisant la critique de la nouvelle pensée économique de la justice, dans sa version réductionniste, mon propos n'est pas de tomber dans le travers d'un antiaméricanisme primaire aussi stupide que son contraire ¹¹¹. Il ne s'agit pas de diaboliser l'analyse économique de la justice, mais de dénoncer simplement l'illusion consistant à transposer en France, sans autre forme de procès, si je puis dire, des analyses ou des solutions forgées par une histoire et une société qui ne sont pas les nôtres ¹¹². Au contraire, si elle n'est pas une panacée, l'analyse économique du droit demeure cependant un *instrument* susceptible de contribuer utilement à l'évaluation, voire à la définition même des politiques publiques. Les juristes ne sauraient s'en désintéresser, que ce soit dans l'ordre de la législation ou dans celui de la jurisprudence, et ils sauraient d'autant moins s'en désintéresser que cette prise en considération ne rompt pas de manière radicale avec la tradition française de l'administration judiciaire ¹¹³. Les juristes français ont donc à fournir un effort de compréhension et d'acceptation de l'analyse économique du droit dans toute la mesure où cette dernière peut être *légitimement* reçue, ce qui est sans doute le cas du contentieux économique, y compris le contentieux pénal économique comme Marie-Anne Frison-Roche a eu l'occasion de le montrer dans les pages de la *Revue internationale de droit économique* ¹¹⁴. Les réserves qu'appellent les discours

¹¹¹ V. not. T. Ferenczi, « Les impasses de l'antiaméricanisme », *Le Monde* 9 juin 1999. — E. Suleiman, « Les nouveaux habits de l'antiaméricanisme », *Le Monde* 29 sept. 1999. André Kaspí souligne bien le caractère très français de cette problématique, *op. cit.*, p. 25-26, tenant sans doute au fait qu'« entre les Français et les Américains, les points communs ne manquent pas. C'est ce qui les unit et les sépare [...] L'Amérique s'étonne que la France puisse exprimer les mêmes prétentions qu'elle. La France cesse d'être le phare de l'humanité et croit que les États-Unis lui ont volé ce rôle » (p. 283).

¹¹² Rappr. M.-A. Frison-Roche, dans son commentaire de l'ouvrage précité de Thierry Kirat, *RTD civ.* 1999, 760, spéc. p. 761 : « si l'analyse économique du droit connaît une extension beaucoup plus grande sur le continent américain au point de servir à la réorganisation de tout le système juridique, c'est aussi bien pour des raisons contingentes (formation des juristes, moindre division des disciplines universitaires) que pour des raisons plus profondes (histoire des doctrines, évolution des économies, structures des systèmes juridiques) ».

¹¹³ Il faut donc saluer l'initiative du CREDES de l'Université de Nancy II, qui a organisé les 28 et 29 juin 2000 un important colloque international sous le titre *L'économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles juridiques ?*, à paraître en 2001.

¹¹⁴ M.-A. Frison-Roche, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », *RIDE* 1999/2, p. 223-234. Un terrain d'étude particulièrement accueillant au calcul économique est celui du régime des intérêts de retard dans le procès : V. P. Ancel et M. Cottin, « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard [p. 89-115] »

contemporains sur la nouvelle pensée économique de la justice doivent être relayées par une analyse critique de la deuxième forme prise par l'américanisation de la pensée judiciaire, celle de la nouvelle philosophie politique de la justice.

B. — *Le thème de la nouvelle philosophie politique de la justice*

Ce thème soulève une vaste question qu'il ne sera possible ici que d'effleurer. Au surplus, cette nouvelle philosophie est davantage suggérée par ses promoteurs, de manière impressionniste, voire équivoque, qu'explicitement formulée. Cette réserve étant faite, sur quoi donc repose cette nouvelle philosophie politique du juge (1°) et quelles objections appelle-t-elle (2°) ?

1°) Cette nouvelle philosophie dite politique de la justice repose essentiellement sur l'idée que la justice est devenue le lieu où s'élaborent les arbitrages sociétaux, ce qui conduirait, ni plus ni moins, deux siècles après l'époque des premières révolutions démocratiques, à une redéfinition de la démocratie. Ce phénomène, commun à la plupart des démocraties occidentales, toucherait davantage le système français, traditionnellement centré sur un État conçu comme source du droit et ordonnateur des rapports sociaux. Cette *idée centrale* s'accompagne d'un corollaire et d'une conséquence.

Le *corollaire*, dans l'ordre de la production du droit, est que le droit ne serait plus produit par l'État mais négocié au sein de la société civile « à la manière des précédents dans le monde de *Common Law* »¹¹⁵ ; ce droit dispensé par le juge deviendrait « le nouvel organisateur de nos sociétés acéphales »¹¹⁶ et les juges, « anciens greffiers du pouvoir » se reconvertiraient en « grammairiens des rapports sociaux »¹¹⁷. La *consé-*

dans le procès civil », *RIDE* 1999/2, p. 239-252 : selon que les intérêts de retard commencent à courir du jour de la *demande en justice* (modèle *déclaratif*) ou selon qu'ils courent à partir de la *décision de justice* (modèle *constitutif*), le coût du procès est supporté plutôt par le débiteur ou plutôt par le créancier. Le droit français fait une place aux deux systèmes ; mais si le modèle déclaratif demeure le principe, il est largement concurrencé par la montée en puissance du modèle constitutif. Or, ce modèle n'est pas neutre ; il s'inscrit dans une logique qui étend l'intervention du juge dans la régulation des relations privées, ce qui soulève une question de principe. Débiteur ou créancier, c'est toujours sur une partie que la loi fait reposer le coût de la durée du procès. La solution n'est pas sans justifications : la procédure civile est affaire d'intérêts privés. Mais ces justifications ne sont pas sans limites dès lors que « les parties n'ont pas l'entière maîtrise de la gestion du temps de traitement par l'État de leurs contentieux », dès lors que le déroulement du procès ne dépend pas seulement de leur diligence, « mais également de la capacité du tribunal à y répondre ». Ne serait-il donc pas légitime, dans ces conditions, que l'État assume en définitive sa part du coût de la durée du procès ? L'interprétation jurisprudentielle du droit au procès équitable, qui comprend le droit à un jugement dans un délai raisonnable, rend tout à fait pertinente la question. Rationalité juridique et rationalité économique mêlent ainsi leurs eaux. Le calcul économique soulève plus de difficultés, en revanche, lorsque le juge est requis de trancher des questions « d'honneur ou d'affects » ce qui renvoie, pour l'essentiel, au contentieux civil des personnes et au droit pénal.

¹¹⁵ *Justices* 2000/1, p. 41.

¹¹⁶ A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice préc.*, p. 44.

¹¹⁷ A. Garapon, *op. cit.*, p. 43.

quence, majeure dans l'ordre de la théorie des pouvoirs, est que la justice deviendrait extérieure à l'État, distincte de l'État, et non plus seulement des pouvoirs législatif et exécutif : il y aurait en quelque sorte, d'un côté, l'État, réduit à ses deux fonctions législative et exécutive, et, de l'autre, la Justice, épice de la démocratie moderne¹¹⁸ alors que le pouvoir législatif serait « voué à un inéluctable déclin » et qu'il conviendrait de constater « l'abaissement de la fonction exécutive devant le pouvoir judiciaire »¹¹⁹.

Tout n'est pas faux dans cette analyse.

Il est certain que ni l'État, ni la société civile ne sont plus aujourd'hui ce qu'ils étaient il y a deux siècles, que les rapports entre le parlement, le gouvernement et la justice ont pareillement évolué. Ainsi que je l'ai indiqué plus haut¹²⁰, le déclin de l'État autoritaire et interventionniste, issu de la monarchie capétienne et consolidé par Napoléon, a certes favorisé, tout à la fois, la montée en puissance de la fonction judiciaire ainsi que la contractualisation des rapports sociaux ; l'internationalisation des sources du droit et la décentralisation de l'action administrative depuis une vingtaine d'années jouent également leur rôle dans cette partition.

2°) Mais tout n'est pas vrai non plus¹²¹ et, surtout, c'est la lecture catégorique, pour ne pas dire rigoriste ou absolutiste¹²², qu'on nous propose de ces évolutions et l'interprétation de leurs conséquences qui m'apparaissent devoir être discutées, pour quatre raisons au moins.

¹¹⁸ V. *Justices* 2000/1, p. 9, soulignant « la mutation majeure de la société politique qu'indique et qu'impulse l'avancée de la justice » et ajoutant « Que l'on s'entende bien. L'interrogation porte moins sur le développement d'une institution judiciaire qui gagnerait ce que les institutions concurrentes perdraient, que sur l'invention d'une nouvelle configuration politique ». — V. également A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice préc.*, p. 44 : « Ne nous y trompons pas, c'est à une transformation très profonde et très déroutante de nos démocraties à laquelle nous assistons ».

¹¹⁹ *Justices*, 2000/1, p. 8, où l'affaire *Clinton* est citée en exemple.

¹²⁰ V. *supra* I, B, 2°).

¹²¹ Par exemple, à propos de l'affaire *Clinton*, les analyses d'É. Zoller, *De Nixon à Clinton, malentendus juridiques transatlantiques*, PUF, 1999, qui tire la leçon de la suppression, à la suite de l'affaire *Clinton*, de l'institution du Procureur indépendant né à la suite de l'affaire du *Watergate* (*N. Le Monde* 2 juill. 1999, p. 3). Cette leçon est la nécessité de limiter les pouvoirs de l'institution judiciaire au profit des organes élus de l'État car « le seul moyen d'éviter l'arbitraire des poursuites, c'est de faire en sorte que les Procureurs soient choisis, nommés et instruits par ceux-là mêmes en qui le peuple a placé sa confiance. De plus, c'est encore le bulletin de vote qui sanctionne l'absence de poursuites contre ceux qui les méritent et qui, le cas échéant, garantit, par l'alternance, que justice soit faite. C'est pourquoi, pour garantir la liberté et le respect du droit, il faut que les Procureurs restent dans la main d'un pouvoir élu ».

¹²² V., au contraire, bien que partant de constats similaires, l'analyse plus pondérée, quant au statut et au rôle de la puissance publique, de B. Brunet, *Les modes alternatifs de règlement des litiges. — Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit*, *Gaz. Pal.* 21-23 déc. 1997, p. 2. Si l'on peut voir, dans cette évolution, le passage, décrit par les sociologues et les philosophes, d'une société moderne à une société post-moderne, ce n'est pas pour autant que la société post-moderne se construit exclusivement contre la société moderne. Comme l'a montré J. Chevallier, *op. cit. supra* note 84, la post-modernité est hyper-modernité autant qu'anti-modernité.

D'abord, pourquoi ce masochisme, pourquoi se faire autant de mal ? Pourquoi tenir un discours qui, en définitive, malgré quelques précautions inévitables, aboutit à encenser la modernité du système américain en stigmatisant l'archaïsme du système français¹²³, ce qui expliquerait d'ailleurs le succès, à l'exportation, du modèle juridique américain¹²⁴ ? Ici encore, l'opposition a-t-elle même un sens ? La manière de l'exprimer qu'ont les nouveaux philosophes de la justice a quelque chose d'extraordinairement caricatural¹²⁵. Je n'y reconnais pas mon système juridique¹²⁶ et je ne suis donc pas sûr qu'un juriste américain y reconnaîtrait le sien. La justice américaine, en effet, ne cesse d'être critiquée depuis le fameux article de Roscoe Pound il y aura bientôt un siècle¹²⁷. Le fondement libéral sur lequel elle repose, ce que Richard Marcus a appelé « *the liberal ethos* »¹²⁸ est même discuté, sinon remis en cause : la conception purement accusatoire du procès civil n'est plus ce qu'elle y était et l'évolution contemporaine du système américain donne l'occasion d'observer la montée en puissance de la loi, singulièrement de la loi fédérale. Et puis, n'y a-t-il pas quelque prétention à affirmer que le monde a tellement changé en vingt ou trente ans qu'il nous est devenu étranger¹²⁹ au point qu'il faudrait inventer de nouvelles théories, fourbir de nouveaux outils intellectuels comme si, sur notre vieille terre, rien ne se transformait, mais au contraire tout se perdait et tout se créait ?

Surtout, je n'arrive pas à concevoir cette externalisation de la justice par rapport à l'État, ce que les promoteurs de la nouvelle philosophie de la justice appellent, obscurément, le « décentrement de l'État »¹³⁰, qui aurait été un « relais [...] historiquement nécessaire », mais qui serait « devenu aujourd'hui un obstacle »¹³¹. Je n'arrive pas à penser ce nouveau pouvoir dont on nous dit qu'il « ne se pense pas encore comme tel »¹³², cette justice ainsi placée en état d'apesanteur institutionnelle dont je ne dis-

¹²³ Même si les causes en sont recherchées du côté de l'influence prétendument salutaire du modèle américain, n'est-ce pas, au contraire, à « *The French renaissance* », que *Times* a consacré un de ses numéros de printemps de l'année 2000 ?

¹²⁴ A. Garapon, *Common Law et droits romano-germaniques à l'heure de la mondialisation*, IHEJ, 2000, inédit. Plus qu'à ses mérites intrinsèques, l'exportation du modèle juridique américain doit surtout son succès à la puissance économique et financière des États-Unis.

¹²⁵ Deux représentations du rôle du droit : Loi sacrée/règle du jeu, Deux sources du droit : Code/Judge made law, Deux raisonnements juridiques : Syllogisme déductif/raisonnement inductif, Deux hiérarchies de juristes : Droit d'universitaires/droit de praticiens, Deux figures du juge : Enquêteur/arbitre, Deux conceptions du procès : Exercice de souveraineté/droits individuels.

¹²⁶ Qui, à mes yeux, ne saurait être égalé, depuis bien longtemps, à la loi sacrée, au code, au syllogisme déductif, à un droit d'universitaires, au juge enquêteur et au procès conçu comme un exercice de souveraineté. V. not., à propos de l'équité, qui contredit au moins quatre des six termes de cette série, L. Cadiet, *L'équité dans l'office du juge civil* préc.

¹²⁷ R. Pound, « The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice », 29 Rep. of the ABA 395 (1906).

¹²⁸ R. L. Marcus, *op. cit.*, p. 96.

¹²⁹ *Justices* 2000/1, p. 7.

¹³⁰ *Justices* 2000/1, p. 40.

¹³¹ A. Garapon, *La justice à l'épreuve de la démocratie* préc., p. 44.

¹³² *Justices* 2000/1, p. 40. — Adde A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice* préc., p. 43 : « les juges voient leur venir entre les mains d'un pouvoir que, très largement, ils n'ont pas désiré : comment pourraient-ils faire grise mine de cette bonne fortune ».

cerne pas, alors, ce qui pourrait fonder sa légitimité et limiter son empire¹³³. Je n'arrive pas, intellectuellement, à le concevoir¹³⁴ et je n'entends pas, politiquement, le concevoir¹³⁵. La justice est en effet le point aveugle de la théorie politique française ; elle ne peut que l'être en raison du statut de « puissance nulle » que lui assignait Montesquieu¹³⁶. Au discours néo-libéral, inspiré par la toute-puissance politique de la justice américaine¹³⁷, je préfère opposer, au risque de sombrer définitivement dans l'archaïsme, un autre discours fondé sur l'idée que « l'institution judiciaire est l'une des composantes majeures de l'État républicain »¹³⁸, que « l'État de droit, fondé sur le respect de la légalité républicaine à tous les niveaux de prise de décision, ne saurait conduire à un quelconque arbitraire ou règne sans partage des juges »¹³⁹, que le juge est

¹³³ Rapp. T. Renoux, *Justice et politique : pouvoir ou contre-pouvoir ?* préc., spéc. n. 22 à 27, exprimant l'opinion que « le droit procède de la décision politique et non l'inverse » et que « la légitimité de la justice est dérivée (parce qu') elle est seconde, face à la légitimité première qui procède de l'élection au suffrage universel », de sorte que « seul le Constituant, le peuple souverain – mais jamais aucun juge – peuvent avoir le dernier mot ».

¹³⁴ J'entends bien que la « justice » peut être rendue sans qu'elle apparaisse comme l'expression de la puissance publique. Des litiges sont aujourd'hui réglés sur l'internet et le commerce international possède désormais un mécanisme de règlement des différends. Mais, sur ces nouveaux territoires, encore vierges d'État, la régulation des conflits relève davantage du contrat que de la juridiction.

¹³⁵ Au demeurant, tous les praticiens de la justice n'entonnent pas, tant s'en faut, cet hymne à la toute-puissance des juges : V. p. ex. R. Martin, « L'impossible gouvernement des juges », *D.* 1998, n° 25, *Dern. act.*, y compris chez les magistrats : V. p. ex. M. Dobkine, « La question judiciaire : un enjeu pour la justice ou pour le politique ? » *D.* 1998, n° 15, *Dern. act.*, pour lequel « le juge est formé à juger. Il apprend à raisonner en droit, il apprend surtout à appliquer la règle de droit. Avant d'être symbole, la justice est technique, maîtrise indispensable d'un *corpus* juridique qu'il ne convient pas tant de connaître que de savoir appliquer. Art d'interprétation avant tout, sujet à des règles dont le juge ne saurait s'affranchir au risque de ne plus être juge. La loi borne ainsi l'office du juge dont elle délimite l'infranchissable périmètre ». — *Adde* Y. Benhamou, « Le retour en grâce des juges ? » *Gaz. Pal.* 24-25 déc. 1997, p. 2-8, spéc. p. 6-8.

¹³⁶ Montesquieu, *Esprit des lois*, Livre XI, chap. VI. — Dans ces conditions, que veut dire exactement A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice* préc., p. 45, quand il parle, quant à lui, de « pouvoir neutre » ?

¹³⁷ Dont sont vantées la « solidité » et la « résistance aux intempéries historiques » : A. Garapon, *op. cit.*, p. 46. Mais comment négliger les très sévères critiques dont cette conception est l'objet aux États-Unis même ? V. *supra* J.-F. Spitz, *Le rapport entre le juge et la démocratie*, un auteur comme M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton, 1998, allant jusqu'à dénoncer le rôle anti-démocratique de la Cour suprême.

¹³⁸ R. Badinter, « Non à l'OPA des juges », *Le Nouvel Observateur*, 27 nov. -3 déc. 1997, p. 65.

¹³⁹ T. Renoux, *op. cit.*, n° 23. — V. également B. Mathieu, « L'"affaire Dumas" ou les déboires de la présomption d'innocence », *D.* 2000, n° 14, Point de vue, p. V : « c'est une erreur de croire que la séparation des pouvoirs exige l'érection d'un pouvoir juridictionnel totalement autonome. La séparation des pouvoirs nécessite la collaboration entre pouvoirs. Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser et seul le pouvoir arrête le pouvoir comme l'a écrit Montesquieu qui considérait, par ailleurs, que le pouvoir du juge était potentiellement le plus dangereux d'entre les pouvoirs. La figure d'un juge, grand prêtre et régulateur suprême de la vie sociale est inquiétante. Elle l'est d'autant plus que le juge dispose aujourd'hui, notamment par le recours aux droits fondamentaux, et au mécanisme de conciliation avec l'intérêt général, d'un système de référence relativement plastique ».

fait pour juger les cas particuliers et non pas pour décider des politiques publiques ¹⁴⁰, qu'il n'y a pas donc pas lieu de lui reconnaître une fonction politique à côté de cette fonction technique, de toute façon éminente, qui s'incarne dans le service public de la justice, que je ne conçois pas comme une « justice de services » ¹⁴¹.

En outre, la nouvelle philosophie politique de la justice, en ce qu'elle a partie liée avec la promotion contemporaine de l'individualisme, conçu comme absolutisation du moi, et du communautarisme, conçu comme absolutisation du clan ¹⁴², porte en elle les ferments d'un éclatement des valeurs d'égalité et d'universalité que l'État républicain a pour mission d'assurer à travers ses trois fonctions législative, exécutive et juridictionnelle, chacune d'elle devant y contribuer dans les limites de sa propre mission et dans le respect absolu des deux autres, « nul, si ce n'est le peuple souverain, ne pouvant [...] imposer son point de vue aux autres » ¹⁴³. Il est permis de ne pas vouloir d'un État « groupusculaire » où les juges seraient les arbitres des intérêts communautaires ¹⁴⁴, dans un espace public, déserté par les pouvoirs législatif et exécutif, et conçu comme une « communauté de communautés » ¹⁴⁵, dans lesquelles chacun serait occupé « à la tâche infinie d'être soi » ¹⁴⁶.

Cette conception est contestable *enfin*, non seulement en raison du lien qu'elle rompt entre le juge, l'État et la société, mais aussi en raison du lien qu'elle crée entre le juge, le droit et le marché, la nouvelle philosophie politique de la justice laissant voir ainsi les liens étroits qu'elle entretient avec la nouvelle pensée économique de la justice. Cette complicité, Antoine Garapon l'exprime très clairement : « au même titre que le marché avec lequel il présente beaucoup de points communs, ce droit plus dirigé par le juge que par le législateur se pose comme un possible régulateur des relations entre étrangers », et d'ajouter : « le marché, comme le juridique, proposent de faire du commun avec de l'égoïsme, du collectif avec de l'individuel, de la reconnaissance sans amour. Marché et droit participent d'un même idéal d'autorégulation des intérêts privés dans un espace public éclaté, parcellaire, où chacun voit midi à sa porte et chaque juriste voit le monde à travers son cas », pour finir sur cette conclusion que « le dogme juridique et l'utopie du marché se rejoignent dans la promotion du pouvoir de personne

¹⁴⁰ Que le *parquet* soit associé à leur mise en œuvre, c'est une autre affaire, que l'on peut admettre.

¹⁴¹ V., au contraire, A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice* préc., p. 51.

¹⁴² V. A. Garapon, *La justice, point aveugle de la théorie politique française ?* préc., p. 56 et p. 58. — *La démocratie à l'épreuve de la justice* préc., p. 44-49 : « Une inversion de poussée », spéc. p. 44 : « On pourrait, en effet, décrire la situation contemporaine comme une inversion de poussée : alors que la citoyenneté avait le projet d'incorporer chacun dans un grand corps collectif agissant au nom de tous, le droit est aujourd'hui investi du rôle inverse, à savoir de prévenir une telle incorporation, vécue désormais comme un enrôlement de force dans une unité collective ignorante de la particularité de chacun ».

¹⁴³ T. Renoux, *La réforme de la justice en France...* préc., p. 4.

¹⁴⁴ Rapp. P. Fraisseix, « De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé », *D.* 2000, 61.

¹⁴⁵ A. Garapon, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁶ A. Garapon, *La démocratie à l'épreuve de la justice*, p. 44. Cette idéologie du développement personnel est du reste contestée aux États-Unis même : V. p. ex. C. Lasch, *La Culture du narcissisme*, Climats, 2000. — O. Zuaz, *Le siècle américain*, Fayard, 2000.

avec la collaboration de tous »¹⁴⁷. On saura cependant gré à notre auteur de concéder que ce programme commun du marché et du droit est « à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle pour le sujet démocratique : une bonne pour ceux que la nature ou la famille a bien dotés, une moins bonne pour les autres »¹⁴⁸. La possibilité de la moins bonne nouvelle suffit, de mon point de vue, à discréditer le programme dans son ensemble. En dépit des trente dernières années écoulées, au cours desquelles, deux siècles après, se serait accomplie la seconde révolution démocratique, je continue de penser, à la suite de Lacordaire, qu'entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, c'est la loi qui libère, la liberté qui opprime et que le service d'autrui est une tâche au moins aussi exaltante que la tâche infinie d'être soi. Ce programme-là n'a rien perdu de son actualité, ni en France, ni à l'étranger. Parce qu'elle n'est pas un instrument d'action collective, la justice n'est pas le meilleur vecteur de la justice sociale.

Plutôt que d'avoir, avides ou inquiets, la lunette braquée à l'ouest, les Français seraient bien inspirés de ne pas tourner le dos à d'autres évolutions qui se jouent à Bruxelles, Luxembourg ou Strasbourg. La contemplation des mérites ou des défauts du système américain ne saurait nous dispenser de nous interroger, sans verser dans l'illusion des grands soirs qui finissent en petits matins, sur les manières d'améliorer notre propre système, pas à pas, législature après législature, gouvernement après gouvernement (et non pas justice après justice, ce qui n'a pas de sens)¹⁴⁹. On peut toujours glosier sur le point de savoir si l'américanisation est une éventualité ou une réalité, un bien ou un mal. Il est absolument certain en revanche que l'europanisation de notre système juridique en général et de notre système judiciaire en particulier est à l'œuvre dans le fonctionnement quotidien de nos institutions. Or, cette europanisation, dans laquelle Mireille Delmas-Marty voit à juste titre un modèle de pluralisme ordonné¹⁵⁰, emprunte à tous les pays qui participent à la construction européenne, sans qu'aucun de ces pays ne se trouve, *a priori*, en position d'hégémonie : de cet assemblage, fruit d'une négociation permanente, les instruments juridiques et les institutions juridictionnelles de l'Union européenne mais aussi du Conseil de l'Europe¹⁵¹, portent la marque. L'europanisation est ce que les pays d'Europe en font. Nous nous condamnerions en nous en désintéressant et en nous enfermant, bardés de certitudes, soit dans le splendide isolement de notre bonne conscience, soit dans le culte immodéré d'un modèle qui n'est pas le nôtre. Il nous appartient donc d'avoir une claire idée de cet enjeu pour pouvoir défendre auprès de nos partenaires, dans ce creuset où se construit la société européenne,

¹⁴⁷ A. Garapon, *op. cit.*, p. 48, ce qui veut peut-être dire que le délitement du lien social, dont l'État n'est plus en mesure d'assurer la cohérence, fait des individus des étrangers les uns par rapport aux autres.

¹⁴⁸ A. Garapon, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁹ Rappr. É. Suleiman, « Les nouveaux habits de l'antiaméricanisme », *Le Monde*, 29 sept. 1999, 17 qui, à propos de la contestation ambiante du modèle économique américain, observe à juste titre que « déplacer vers l'extérieur la responsabilité de ses maux, c'est refuser d'admettre que le débat sur le libéralisme et ses effets, loin de concerner cette lointaine Amérique, est au premier chef un débat qui doit être mené au sein de la société française ».

¹⁵⁰ M. Delmas-Marty, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, p. 43-48, spéc. p. 46.

¹⁵¹ V. M. Delmas-Marty, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, p. 421 et s.

les principes et les valeurs qui ont fait ce que nous sommes et auxquels nous sommes attachés¹⁵². Sans aller jusqu'à faire, comme Nicolas Tenzer, l'« éloge de la puissance française »¹⁵³, nous avons, dans ce nouvel ensemble géo-politique en cours de constitution, à proposer, ainsi que le suggère André Kaspi, « un modèle qui ne repose pas sur les mêmes fondements que le modèle dont nous ne voulons pas »¹⁵⁴, un modèle juridique tout autant que politique, économique et social, modèle de régulation tout autant que modèle de développement, reposant sur l'harmonieuse conjugaison, sous le contrôle de l'État et de ses institutions, dont la justice, de l'économie de marché et des droits de l'homme¹⁵⁵, de la concurrence et de l'intérêt général¹⁵⁶. Il suffit d'un peu de confiance en soi, donc d'ambition, pour considérer que l'Europe est une « chance pour inventer une autre façon » de vivre en société. À cette condition, on peut être convaincu avec Daniel Cohn-Bendit, une fois n'est pas coutume, « qu'à l'avenir, ce sont les Américains qui nous imiteront »¹⁵⁷.

12 Place du Panthéon
75231 Paris CEDEX 05
loic.cadiet@wanadoo.fr

¹⁵² Rappr. C. Brossat, *La culture européenne : définitions et enjeux*, Bruylant, 1999. — V. également J. Durrieu, *Le Conseil de l'Europe : naissance d'une conscience européenne*, Les Rapports du Sénat, n. 430, 1999-2000. — Pour une analyse beaucoup moins optimiste, V. J. Foyer, *op. cit.*, p. 757, II *in fine* et p. 759, B.

¹⁵³ N. Tenzer, « Éloge de la puissance française », *Le Monde*, 9 sept. 1999.

¹⁵⁴ A. Kaspi, *op. cit.*, p. 276-277.

¹⁵⁵ Rappr. M. Delmas-Marty, *L'espace judiciaire européen... préc.* — V. également B. Marre, *De la mondialisation subie au développement contrôlé...*, Rapport d'information n. 1824, DIAN, 1999. — — *Vers une démocratie planétaire ?* Rapport d'information n. 2477, DIAN, 2000.

¹⁵⁶ V. M. Rocard, « Les services publics sont un levier pour l'Europe », *Le Monde*, 4 juill. 2000, p. 22. — Comp. L. Rapp, « Du modèle de régulation par l'État au modèle de régulation par le marché », *Ann. univ. Toulouse*, t. XLV, 1997, p. 129-136.

¹⁵⁷ D. Cohn-Bendit, « L'Europe imite l'Amérique ? Inventons le contraire », *Le Monde* 6-7 juin 1999.