

LA QUESTION DU JUGE

SERAIT-CE, COMME ON LE PRÉTEND souvent, le souvenir de l'arbitraire de nos anciens parlements ? Ou l'effet d'un vieil antijuridisme français déjà perceptible chez Pascal, plus affirmé chez Voltaire, et éclatant dans l'œuvre de Victor Hugo¹ ? Voire une trace de l'hostilité révolutionnaire pour l'« aristocratie thémistique » ? Nul ne sait au juste pourquoi, en France, on a du mal à prendre les juges au sérieux. Notre pays est aussi prompt à s'indigner et à s'emballer pour des « affaires » que lent à honorer ses juges. Il pourrait bien s'agir d'un refoulement au sens freudien tant, dans notre pays, le juge a de pouvoir. La question, précisément parce qu'elle est cruciale, serait évitée, et l'énergie révolutionnaire déployée à lutter contre le juge n'aurait d'équivalent que l'importance que ce dernier continue d'avoir dans l'imaginaire de nos institutions, sinon dans leur réalité. Les étrangers sont souvent impressionnés, par exemple, par la majesté lapidaire des arrêts de la Cour de cassation : comme si, chez nous, le juge n'avait pas à se justifier. Obnubilé par le prestige du juge anglais, on en oublie l'effort d'argumentation exigé de lui. Se risque-t-on à imaginer des réformes ? Les esprits ne tardent pas à s'échauffer et le trouble-fête est taxé d'anglomane, c'est-à-dire de mauvais Français. Nous ne sommes toujours pas parvenus à modifier la procédure pénale ou constitutionnelle, en dépit de multiples tentatives. Le refoulement se complique, alors, d'un blocage.

C'est que le juge reste une question *politiquement incorrecte* n'ayant toujours pas acquis la pleine dignité démocratique. Nous avons encore du mal à concevoir que la démocratie dans nos pays occidentaux

1. Jean-Noël Jeanneney, *L'avenir vient de loin*, Paris, Éd. du Seuil, 1994, p. 137-163.

ne s'entend plus seulement comme la volonté générale mais comme une tension entre celle-ci et des principes qui lui sont indisponibles ; juge et texte fondateur (Constitution, Déclaration universelle des droits de l'homme, traités, etc.) forment désormais un couple légitime.

Le rôle du juge est aux yeux de beaucoup *juridiquement inconsistant* : on ne lui reconnaît toujours pas la possibilité d'être, dans certains cas, diseur de droit. Que gagne-t-on à nier l'évidence, si ce n'est à accuser le retard avec les débats étrangers ? Le dialogue germano-américain auquel contribuent de plus en plus d'Israéliens, d'Espagnols, d'Italiens et de Belges passe au-dessus de l'Hexagone. Il a fallu près de vingt ans pour traduire Dworkin ou Rawls.

14 La justice, enfin, a longtemps été reléguée au rang de question *intellectuellement inexistante*, ne constituant pas un « champ » autonome pour les sciences sociales, ni une authentique source d'interrogation philosophique. Le discours philosophique dominant jusqu'à une date récente n'appréhendait la question juridique qu'en termes de « stratégie », comme « des techniques de domination et de distinction ». État de droit et État totalitaire étaient fourrés dans le même sac. Dans *Surveiller et Punir*, qui a eu un immense retentissement parmi les professionnels, Foucault ne considère la justice et la prison que comme une « microphysique du pouvoir ». Ces thèses ont trouvé un terrain particulièrement favorable dans notre pays où rien ne vient médiatiser le face-à-face entre le sujet et l'État. La tradition française passe directement de la philosophie morale à la philosophie politique sans trop se préoccuper de la philosophie du droit, qui n'est toujours pas enseignée dans les facultés. Pire, on est allé jusqu'à refouler notre propre tradition : des auteurs comme Duguit, Hauriou ou Gurvitch ne sont pas réédités, sauf... en Italie ! Ce « singulier retard¹ » de la philosophie sur les évolutions actuelles prive les citoyens de repères pour le débat et les professionnels de principes pour l'action. La manière dont les juges se représentent leurs fonctions correspond de moins en moins à ce qu'ils font effectivement.

La justice est le plus souvent abordée de manière émotionnelle, réactive, défensive. On décrit une institution « en crise », « abandonnée », « sinistrée », etc. Tout discours semble empêtré dans une sorte de misérabilisme qui n'a d'égal que la démagogie du pouvoir politique, le corporatisme des juges ou le sensationnalisme de la presse (la place qu'a

1. A. Renaut, L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 51.

occupée l'affaire du petit Grégory est littéralement effarante). En France, on agite volontiers l'épouvantail italien du gouvernement des juges ou le spectre américain du délire processuel. Il faut dépasser l'opposition jacobin *versus* anglomane, à laquelle a souvent été réduit le débat sur la justice ces dernières années, en comprenant que les deux systèmes sont soumis à des défis communs qu'il leur appartient de relever avec leurs ressources propres.

La caricature empêche de prendre l'exacte mesure de ce qui se passe. C'est pour toutes ces raisons qu'il est difficile de trouver le « ton juste » pour bien poser la question du juge. L'emprise grandissante de la justice sur la vie collective est « un des faits politiques majeurs de cette fin de XX^e siècle¹ ». Mais de quel fait s'agit-il ? D'une percée de son rôle réel ou d'une avancée de son intervention potentielle ? D'une réalité ou d'une nouvelle idéalisation ? La question du juge doit-elle se limiter à sa réalité institutionnelle ou ne doit-elle pas également s'étendre à son sens figuré qui témoigne d'une nouvelle représentation de l'espace public ? Ne gagnerait-on pas à mieux distinguer ces trois registres ?

15

I. RÔLE EFFECTIF, RÔLE VIRTUEL

Le débat sur le juge a d'abord été monopolisé par l'entrée sur la scène politique du Conseil constitutionnel, puis il s'est centré sur l'action de quelques « petits juges » se distinguant en appliquant le régime commun à des personnalités jusqu'ici intouchables. Ce double phénomène, pour se limiter pour l'instant à eux, n'est pas propre à la France. La justice connaît des inflexions identiques dans les différentes cultures démocratiques. Tous les pays ne connaissent pas d'« activisme judiciaire » de cours suprêmes avec la même intensité qu'en France avec le Conseil constitutionnel, mais partout on constate sous des formes différentes une judiciarisation de la vie politique², y compris dans des démocraties comme en Inde³. Le « protagonisme judiciaire⁴ » concerne essentiellement les pays de l'Europe latine (France, Italie, Belgique, Espagne), mais

1. P. Raynaud, « Le juge, la politique et la philosophie », *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard/Le Seuil, 1993, p. 110-120.

2. Voir à ce sujet la livraison d'*International Political Science Review*, consacrée à la « Judicialization of politics », 1994, vol. 15, n° 2 ; ainsi que *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Londres, Macmillan, 1991, édité par Kenneth Holland.

3. B. Philip, « Inde : juges contre castes », *Le Monde*, 12 novembre 1991.

4. C'est ainsi que, en italien ou en espagnol, on désigne l'apparition de certains « petits juges » sur la scène politique à la suite d'affaires de corruption.

la commission Nolan en Grande-Bretagne, du nom du juge chargé d'enquêter sur la corruption politique, présente beaucoup de points communs avec le reste de l'Europe¹. Le lien entre ces deux faits – atticisme des cours suprêmes et protagonisme des petits juges – peut paraître fortuit. C'est pourtant en les lisant ensemble que l'on peut saisir la véritable nature du phénomène. Son originalité ne tient pas à l'accroissement du rôle effectif du juge, mais à l'importance de la place symbolique qu'il est en train d'acquérir, à la *possibilité* même de son intervention.

Le critère de la *justiciabilité* se substitue insidieusement à celui de la positivité de la loi. Le droit se définit moins par la contrainte légitime de la loi que par la possibilité de soumettre un comportement à l'examen par un tiers. « C'est la seule éventualité du jugement, l'*eventus judicii*, qui est la justiciabilité, non pas le jugement effectif, encore moins la condamnation². » La justiciabilité ne requiert pas une règle de droit pré-existante qui ouvre une action en justice : « La justiciabilité débouche sur un phénomène plus universel, englobant tout appel au juge, même s'il ne revêt pas un aspect ordonné et stratégique, même s'il n'est que plainte clameur, querelle... Ce qui importe, c'est l'intervention d'un juge, de ce tiers personnage (arbitre privé ou fonctionnaire d'État, indifféremment) placé à part des autres pour douter dans la contradiction des litigants et finalement sortir du doute par une décision³. »

Plus rien ne doit échapper au contrôle du juge. Ces dernières décennies ont vu les contentieux exploser et les juridictions croître et se multiplier, se diversifier et affirmer chaque jour un peu plus leur autorité. Se précise partout une certaine *juridictionnalisation de la vie collective*. Le juge se manifeste dans un nombre de secteurs de la vie sociale chaque jour plus étendu. De *la vie politique* tout d'abord, où l'on a vu se développer un peu partout dans le monde ce que les Américains appellent un « militantisme juridictionnel⁴ ». Le juge est de plus en plus souvent appelé comme arbitre des mœurs, voire de la moralité politique : l'actualité quotidienne nous offre de multiples exemples qui ne concernent pas qu'une seule famille politique. Cela se vérifie également dans

1. J. Bell, « Nouvelles fonctions du juge, nouvelles légitimités », conférence de clôture du séminaire sur les cultures judiciaires d'Europe, IHEJ, Paris, 1995 (à paraître).

2. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 194.

3. *Ibid.*

4. En anglais *judicial activism* ; on rencontre également *judicialization of politics*. Le mot « judiciarisation », que l'on rencontre parfois en français, peut prêter à confusion en raison de la séparation entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif ; « juridictionnalisation » est plus exact.

la vie internationale où, pour la première fois depuis 1945, la société internationale a réussi à instituer un tribunal pénal international pour les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie. De *la vie économique*, quoique de manière plus nuancée, les affaires préférant la confidentialité de l'arbitrage à la publicité de la justice. Il n'empêche que les départements juridiques des grandes entreprises en France se sont considérablement développés et que les grands cabinets d'affaires ont pris une importance jusque-là inconnue dans notre pays. On a vu le juge jouer un rôle essentiel dans *la vie morale*, où on lui soumet, notamment en matière de bioéthique, des questions quasiment indécidables. C'est vrai dans *la vie sociale*, où le juge est intervenu dans des conflits sociaux importants, comme lors de la grève des pilotes d'Air Inter. On ne recherche pas seulement le juriste ou l'arbitre dans le juge, mais également le conciliateur, le pacificateur des relations sociales, voire l'animateur d'une politique publique, comme en matière de prévention de la délinquance. Des psychiatres et des travailleurs sociaux font de plus en plus souvent l'objet de poursuites pour non-dénonciation de viol ou de mauvais traitements à enfant : même le dévouement n'est plus exonérateur. Cela se vérifie également dans *la vie privée*, à tel point que certains ont parlé, lors de la loi de 1975 sur le divorce, de ménage à trois. Le juge des enfants est tenu de dire les méthodes éducatives normales de celles qui ne le sont pas, et trace, au cas par cas, la frontière entre la différence culturelle supportable et celle qui ne l'est plus. Le juge devient également un référent pour *l'individu* perdu, isolé, déraciné, que nos sociétés engendrent, qui va rechercher dans la confrontation à la loi l'ultime repère. Reportons-nous ne serait-ce que dix années en arrière : le juge ne connaissait pas ces questions avec la même acuité, soit parce que la science ne les avait pas encore soulevées, soit que le lien social était plus solide ou l'État moins disqualifié.

Cette justiciabilité est *absolue*. Tout, et tout le monde, doit désormais être justiciable : la loi, du Conseil constitutionnel ; la politique économique du gouvernement, de la Cour de Luxembourg ; le fonctionnement des institutions pénales et disciplinaires, de la Cour de Strasbourg ; les ministres, de la Cour de justice de la République ; les hommes politiques, de la justice pénale ordinaire. La plupart de ces juridictions n'existaient pas il y a quelques décennies. Elle est, ensuite, *générale* : plus personne n'est intouchable. La justice paraît s'ancrer dans un sentiment de justice, que des décennies de marxisme et de bien-être providentiel avaient fini par endormir. Cette nouvelle sensibilité traduit une demande *morale* : l'attente d'une instance qui dise le bien et

le mal et fixe l'injustice dans la mémoire collective. Le débat sur la bioéthique a révélé l'inquiétude d'un monde sans une autorité supérieure, la recherche d'un Autre de la démocratie qui en apaisera les questions existentielles. Nous voici peut-être à un tournant moral des régimes libéraux. N'ayant plus à se poser la question de sa survie, de la sécurité extérieure grâce à la fin de la guerre froide, la démocratie regarde en elle-même et s'interroge sur ses fondements moraux. Cette justiciabilité est, enfin, *universelle*, comme le montre l'importance tout à fait inédite que le crime contre l'humanité a prise ces dernières années. Les procès Barbie et Touvier, qui ont eu le retentissement que l'on sait, sont là pour nous le rappeler. Une même justice doit s'appliquer non seulement à toute relation (hommes/femmes, maître/serviteur, gouvernants/gouvernés, parents/enfants, etc.), mais également à tous les hommes, quels que soient leur culture et l'État qui les a nourris. Si tout et tous sont désormais justiciables, on attend également *tout* de la justice ; non seulement une justiciabilité illimitée mais aussi une « justice totale¹ ». Dans l'État-providence, il y avait cette croyance que l'État peut tout, qu'il peut tout combler, tout réparer, tout suppléer ; voici que, devant ses défaillances, cet espoir s'est reporté sur la justice.

La question du juge est déroutante parce qu'elle a plus valeur de signe d'un changement profond de notre démocratie que d'une réalité concrète aisément repérable.

II. EXISTENCE CONCRÈTE, EXISTENCE IDÉALISÉE

Tant que le juge était un fonctionnaire de la loi, il suffisait de concentrer son intérêt sur le droit positif. Quand il devient diseur de droit, la question du juge devient plus complexe. Si l'on conteste, en effet, l'unité du phénomène, on s'interdit de comprendre les évolutions actuelles ; mais à trop la prendre en considération, on risque de sombrer dans une idéalisation de la fonction de juger. Il faut à la fois prendre acte de la diversité et de l'unité du phénomène en analysant cette nouvelle *idéa-lisation* en tant que telle. Parce qu'elle agit sur le comportement de tous, à commencer des juges eux-mêmes.

Parler du juge au singulier est difficile mais pourtant nécessaire : il s'agit d'un type idéal qui n'a pas d'existence concrète. Il y a toujours

1. L'expression est de Laurence Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1985.

des juges, aux fonctions, aux légitimités, aux qualités bien différentes. Contrairement au pouvoir politique, qui se concentre entre les mains d'un seul homme, la justice est toujours assurée par différents ordres de juridictions ou des juges réunis en collège. Ce qu'on désigne de manière générique comme « pouvoir judiciaire » est toujours composé de plusieurs ordres de juridictions au fonctionnement très différent¹. Comment parler alors du juge de manière globale si les régimes juridiques sont différents ?

La dynamique du modèle juridictionnel

Lorsque la référence à la loi se desserre, l'acte de juger devient plus complexe et les juges moins différenciés. Alors que le positivisme idéalisait la Loi et particularisait ses serviteurs, la représentation du droit qui émerge idéalise à l'inverse la fonction de juger et entraîne les différents juges vers un modèle commun. Ce nouveau modèle érode les distinctions traditionnelles dans lesquelles nous avons appris à penser le juge. Elles concernaient autant la fonction de juger que les juges eux-mêmes.

19

S'agissant de l'acte de juger, la *summa divisio* opposait le *droit au juge*. Or cette distinction paraît de plus en plus floue, tant les rapports entre le juge et la loi s'inversent. On assiste à une permutation des places entre le juge et la communauté politique. L'instituant passe insensiblement de la loi commune à la justiciabilité commune, qui devient la nouvelle dimension du contraignant pour tous. Alors que dans la conception classique le juge est soumis à la loi et ne tire son droit de juger que d'elle, à présent le juge tend à se hisser au-dessus de la loi pour devenir directement diseur de droit. Au nom de quelle légitimité le juge peut-il se prétendre instituant ? Comme le rappelle Philippe Raynaud², ce passage d'un droit garanti par l'État comme une sorte d'alliance entre lui et ses sujets à un juge fondateur d'une communauté historique est très problématique.

Une autre distinction opposait *juger* et *administrer* ; cessons de nous voiler la face : il entre une part politique dans tout acte de juger, mais celle-ci n'est, d'une part, rarement aussi grande qu'on le prétend

1. La ligne de partage est chaque fois différente, mais partout on trouve des frontières : entre juridictions étatiques et fédérales aux États-Unis et en Allemagne, administratives et judiciaires en France, religieuses et étatiques en Israël, entre justice non professionnelle de premier degré et juges professionnels en Grande-Bretagne. Dans aucun pays n'existe, semble-t-il, un ordre de juridiction unique, c'est-à-dire un pouvoir judiciaire.

2. P. Raynaud, « Le juge, la politique et la philosophie », *Situations de la démocratie*, *op. cit.*, p. 110-120.

et, d'autre part, « politique » se traduirait plus souvent par *policy* que par *politics*.

Cette confusion est renforcée par l'intrication dans la pratique des juridictions entre les fonctions *juridictionnelles* proprement dites et les fonctions *régulatrices* : pensons au juge des enfants, au juge aux affaires familiales, au juge des tutelles, au juge commercial pour ne citer qu'eux. Cela amènerait à se demander si la distinction entre le civil et le pénal ne pâlit pas devant la spécificité de la justice familiale. Quelle est la nature de l'instance d'assistance éducative ? de tutelle ? voire du divorce ? L'activité régulatrice du juge est invisible pour la doctrine, d'autant qu'il s'agit de matières peu productrices de jurisprudence. Et pourtant, on pourrait y voir les prémices d'une transformation du rôle du juge, qui trouve des échos dans des domaines très éloignés, comme en matière de redressement des entreprises en difficulté par exemple.

20

S'agissant des juges eux-mêmes, on constate que leurs particularités tendent à s'atténuer. Comme l'opposition entre la justice *administrative* et la justice *judiciaire* : la première s'apparente plus au modèle de la justice anglo-saxonne de Common Law et la seconde au type bureaucratique. Mais il ne s'agit que de deux organisations d'une même fonction, de surcroît confrontée à des défis communs. L'opposition du juge *continental* et du juge de *Common Law* ne se pose plus en termes identiques. Si l'on s'arrête aux modèles, ils sont en effet très différents ; si, en revanche, on s'intéresse à ce que fait *vraiment* le juge anglais, on ne peut qu'être frappé des évolutions convergentes. On est surpris de voir que les problèmes sont souvent communs et que les solutions ne sont pas si éloignées les unes des autres. Son fonctionnement évolue : son prestige se flétrit, une carrière – et donc un certain avancement – se profile timidement, et surtout il connaît une crise de légitimité identique. Des signes de rapprochement apparaissent de part et d'autre de la Manche, comme en témoigne le débat sur l'introduction de la procédure accusatoire en France ou en Italie, où elle a été réalisée, et le débat naissant sur le juge d'instruction en Angleterre. La plupart des États américains se sont dotés d'un équivalent du Conseil supérieur de la magistrature. L'introduction du juge unique, qui va dans ce sens, n'est-elle pas un signe supplémentaire ? Une loi récente a introduit des juges sur le modèle des *magistrates* anglais. Enfin, est-il aussi pertinent de continuer d'opposer, comme nous le faisons, les juges *professionnels* aux juges *non professionnels* : un corporatisme latent empêche de voir que beaucoup de monde juge en France et pas si mal que cela ! Qui sont ces autres juges ? Ils sont encore largement invisibles. D'autres distinc-

tions – nouvelles – se font sentir, comme celle entre le juge du siège et le magistrat du parquet, ou celle entre le juge de première instance et le juge d'appel ou de Cassation.

Il ne s'agit pas de nier ces différences qui subsistent et qui doivent pour certaines d'entre elles perdurer parce qu'elles sont enrichissantes, mais de voir que tous ces modèles sont travaillés par une même *dynamique juridictionnelle*. Celle-ci est à l'œuvre dans toutes nos institutions, aussi bien judiciaires qu'administratives, françaises qu'étrangères, étatiques que privées.

Une culture intégratrice

Cette idéalisation de la fonction de juger fonctionne comme un puissant intégrateur. La constitutionnalisation du droit et la construction européenne ne sont pas étrangères à la naissance de ce modèle. Cette idéalisation jette les bases d'une culture commune qui permet aux différents pays de communiquer entre eux ; mieux, de travailler ensemble et de s'émanciper d'une culture légicentrique et étatique. L'exemple européen est là pour le prouver. « Dès lors, se demande Guy Canivet, que sa compétence, ses règles de procédure et ses pouvoirs sont déterminés par le système des traités et qu'il est soumis à des garanties fondamentales, le magistrat étatique ne relève-t-il pas, en définitive, d'un statut européen gouverné tant par le droit des communautés que par la Convention européenne des droits de l'homme¹ ? » La justice supranationale exerce un pouvoir intégrateur considérable à en juger par exemple par l'influence de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme².

La « globalisation » – c'est-à-dire la mondialisation de l'économie et l'intégration européenne – a progressivement fait passer l'État maître de justice à l'État justiciable. C'est vrai de la France comme de pays qui n'ont pas de Cour constitutionnelle comme les Pays-Bas³, voire pas de Constitution écrite du tout comme le Royaume-Uni⁴. La même évolution se constate en Suède⁵ depuis l'intégration européenne qui a pour

1. G. Canivet, « Le droit communautaire et l'office national », *Droit et Société*, 1992, 20-21, p. 141.

2. Voir à ce sujet, M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Éd. du Seuil, 1994.

3. J. ten Kate, P. van Koppen, « Judicialization of politics in the Netherlands : towards a form of judicial review », *International Political Science Review*, 1994, vol. 15, n° 2, p. 143-151.

4. M. Sunkin, « Judicialization of politics in the United Kingdom », *International Political Science Review*, 1994, vol. 15, n° 2, p. 125-133.

5. B. Holmström, « Judicialization of politics in Sweden », *International Political Science Review*, 1994, vol. 15, n° 2, p. 153-164.

effet d'ouvrir la voie à un certain activisme judiciaire. La construction d'un espace politique supranational apporte la démonstration qu'une communauté politique peut se passer – en apparence – d'exécutif. « Si un ordre juridique peut exister sans législateur (autre que les sujets de droit eux-mêmes) ni exécutif (s'imposant par la force à ses sujets), il ne peut exister sans une forme de juge apte à se prononcer sur l'interprétation des règles primaires et le règlement des litiges¹. » Le procès a précédé historiquement la loi, ne pourrait-il pas lui succéder ?

22 C'est là d'ailleurs toute l'ambiguïté de cette nouvelle idéalisation qui considère le juge délié de toute appartenance nationale, subjective, politique. Comme toute idéologie, l'engouement actuel pour le juge refoule ses dépendances et donc sa fragilité. Les limites de la fonction de juger sont de plus en plus rarement senties. De là à un nouveau dogme de l'infailibilité judiciaire, il n'y a qu'un pas. Après avoir pris acte de l'émergence de cette nouvelle idéalisation, la question du juge doit être rapatriée dans le giron de l'interrogation démocratique. Plutôt que de se satisfaire de cette sacralisation, elle oblige à un effort supplémentaire pour « la comprendre non comme le truchement d'un sacré mal placé, mais comme une pièce précieuse d'agencements institutionnels libéraux, le parachèvement de *checks and balances* sophistiqués, l'ultime apport d'une ingénierie politique désacralisée qui a su briser l'idolâtrie de la loi et doit éluder désormais celle de la décision juridictionnelle² ».

III. SENS PROPRE, SENS FIGURÉ

La question du juge se complique d'une troisième ambiguïté : le juge et la constellation de représentations qui gravitent autour (procédure, transparence, neutralité, argumentation, etc.) sont parfois utilisés au sens premier, mais parfois également dans un sens dérivé. La difficulté ne consiste plus alors à distinguer le recours effectif au juge de la possibilité d'y recourir, mais de distinguer le juge comme une *institution* de la procédure comme nouveau *critère de justice*. Le mot « procéduralisation » introduit une confusion entre son sens juridique et son sens philosophique. Juge et procédure vont être compris aussi bien au sens propre, comme une nouvelle ressource de la démocratie, mais également

1. C. Leben, « La juridiction internationale », *Droits*, Paris, PUF, 1989, 9, p. 146.

2. Stéphane Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 179.

au sens figuré, comme une nouvelle éthique de la délibération collective.

La justice devient une nouvelle scène démocratique¹ : ses méthodes sont transposées pour caractériser ce qui est perçu aujourd'hui comme une action collective *juste*. C'est l'action qui a été décidée au terme d'un débat transparent dans lequel chacun a pu intervenir pour faire valoir ses intérêts et qui a été au besoin tranchée par un tiers vraiment neutre. Ce nouveau *critère de justice* contient à la fois la régularité procédurale, la neutralité du cadre, la loyauté argumentative, l'impartialité du tiers et la possibilité d'un recours. Ce n'est plus le décideur bien informé qui détient la vérité mais la rencontre d'intérêts contradictoires portés par des représentants spontanés. L'intérêt général n'est plus connaissable directement par la technocratie, par la science, mais procéduralement. La jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation est pleine d'exemples dans lesquels le juge doit vérifier que ces nouveaux critères ont été satisfaits. En matière administrative, le juge exige que le citoyen soit plus étroitement associé à la décision administrative et le décideur plus responsable juridiquement. En matière commerciale, le juge n'a d'autre critère pour évaluer l'intérêt de l'entreprise que de vérifier que toutes les parties et tous les partenaires ont eu le loisir de s'exprimer, voire qu'ils ont disposé de l'expertise nécessaire pour cela s'ils n'étaient pas à armes égales. Plus aucune partie ne peut revendiquer le monopole de la science.

23

Cette métaphore n'est donc pas fortuite : la transformation du rôle du juge serait pour certains le signe d'une mutation profonde de la rationalité moderne. Le juge met en œuvre une conception plus pragmatique de la raison, « qui suppose l'instauration d'un dialogue en situation avec tous les acteurs concernés par la norme discutée² ». La production normative se fait de plus en plus de manière secondaire par la concertation, la délibération associée ou la négociation collective, c'est-à-dire en homologuant le droit arrêté par les parties concernées elles-mêmes. Un droit plus adapté à la réalité sociale doit être pour partie secrété par les intéressés eux-mêmes. Ainsi, à côté de l'État qui détenait auparavant le monopole de la production normative, on voit se développer d'autres foyers de juridicité : les marchés, les sociétés professionnelles, la famille elle-même. Le rôle à la fois unificateur et réfléchissant du droit dans une

1. P. Rosanvallon, « La justice, nouvelle scène de notre démocratie », *Libération*, 6 avril 1995.

2. J. De Munck, J. Lenoble, M. Molitor, *L'Avenir de la concertation en Europe*, Centre de philosophie du droit, Université catholique de Louvain-la-Neuve, mars 1995.

société de plus en plus polycentrique ne peut être assuré que par le juge. Il doit donner un contenu concret aux principes pour chaque situation. La norme n'a plus de contenu général et universel *a priori* déductible, c'est au juge d'actualiser et de contextualiser sans cesse son contenu. « La question n'est pas celle d'une alternative entre la souveraineté du peuple et celle du juge statuant au nom de sa "vérité interprétative". Ce qui se joue aujourd'hui est d'une autre ampleur, à la fois sociologique, juridique et philosophique. La souveraineté démocratique se déploie de plus en plus comme rationalité pratique communicationnelle¹. » La règle n'a plus de contenu positif mais la procédure devient un mode d'appréhension de la réalité, la seule manière d'appliquer des valeurs communes, comme l'égalité ou la proportionnalité, à des situations concrètes.

24 Après les modèles du droit formel et du droit matériel, cette idéalisation de la fonction de juger consacre l'avènement d'un nouveau modèle procédural de justice. Si le droit libéral du XIX^e siècle fut celui du pouvoir législatif, le droit matériel de l'État-providence du XX^e celui de l'exécutif, celui qui s'annonce pourrait être bien celui du juge. Dans ce premier modèle, le juge est le serviteur de la loi. Il se garde d'empiéter sur le pouvoir économique, politique ou domestique respectivement maîtrisés par le marché, la représentation nationale ou l'autorité paternelle. Le juge est arbitre, il a une fonction essentiellement sanctionnatrice des individus fautifs. La salle d'audience fournit à ce modèle sa plus parfaite représentation : un rôle à la marge qui se borne à statuer rarement et majestueusement. Avec l'avènement de l'État-providence, le juge se fait « entraîneur² », sommé qu'il est de redresser toutes les injustices du marché et de réparer les sinistrés de l'industrialisation. Le cabinet, c'est-à-dire le bureau du juge, succède à la salle d'audience comme meilleur lieu de la justice : là, le juge, assisté de tout un aréopage d'experts et de travailleurs sociaux, peut se montrer plus performant. Ce deuxième modèle montre aujourd'hui de sérieux signes d'essoufflement. Après les excès de l'État-providence, retournerions-nous purement et simplement, comme le pensent certains, au modèle arbitral

1. J. Lenoble, « Le juge et la modernité », *Le Débat*, n° 74, p. 182.

2. Voir à ce sujet l'article de François Ost, « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice », in *Pouvoir judiciaire et Fonction de justice*, Bruxelles, Éditions des facultés Saint-Louis, 1983.

3. On pense notamment aux livres de Laurent Cohen Tanugi, *Le Droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985, et *Les Métamorphoses de la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1989.

classique³ ? Un marché, de bonnes procédures et un arbitre : de quoi d'autre avons-nous besoin ? Le nouveau modèle de justice prend corps dans les paradigmes de la *médiation civile ou pénale* et de l'*arbitrage commercial*.

Il faut comprendre que ces deux usages du juge – institutionnel et métaphorique – sont imbriqués dans la réalité sociale. L'exemple de la médiation ou de l'arbitrage éclaircira, on l'espère, cette intrication. Il s'agit de lieux en apparence extérieurs à la justice, et, cependant, elle n'en est pas absente, loin de là. Ils ont en commun, en effet, d'emprunter à la justice sa *méthode*. La justice interviendra comme l'institution de recours. A la différence de la simple transaction ou de l'arrangement qui ont toujours existé, ces nouvelles instances copient plus les voies de la justice : le juge est présent, mais par son « ombre » projetée, voire supputée. Il s'agit d'une présence symbolique : on en parle, on y fait référence, on anticipe ses réactions. La présence du juge étatique, plus symbolique que concrète, n'en est pas moins réelle.

25

Cette distinction est d'abord importante parce qu'elle permet de comprendre que la question du juge ne se résume pas à un transfert de souveraineté au profit du juge, mais consacre une transformation de la démocratie qui se voit désormais plus juridiquement que politiquement. Vallinder¹ distingue, en effet, deux modes de colonisation du politique par la justice : soit directement par l'extension de la compétence de la justice au détriment du pouvoir exécutif (*judicialization from without*), soit indirectement par l'attraction du modèle juridictionnel sur le raisonnement politique (*judicialization from within*). Il ne faut pas se limiter à constater la *politisation du raisonnement judiciaire* : elle n'a d'égal que la *judiciarisation du discours politique*. Les revendications politiques s'expriment de plus en plus en termes juridiques, les droits individuels et formels supplantant les droits collectifs et substantiels.

Cette distinction est ensuite essentielle pour comprendre ce qui oppose les néo-libéraux aux partisans d'une nouvelle conception de la citoyenneté. Les premiers voient dans la justice elle-même l'espace public minimum, alors que les seconds estiment que la délibération collective et l'action de l'État² peuvent être régénérées par la procéduralisation.

1. T. Vallinder, « The judicialization of politics : meaning, forms, background, prospects », *Festfrift tillägnad Hakan Strömberg pa 75-ars dagen den 18 février 1992*, Akademibokhandeln i Lund, Lund (Suède), 1992, p. 267-278.

2. Voir J. Donzelot, *L'État animateur*, Paris, coll. « Esprit », 1994.

CRISPATIONS DOGMATIQUES,
RÉPONSES PRAGMATIQUES

La question du juge n'est pas que théorique : elle appelle des réformes politiques. Plutôt que de se crispier sur ces évolutions en niant la promotion du juge, ne vaudrait-il pas mieux en prendre acte et les aménager de manière pragmatique ? Il faut à la fois attester et contester cette nouvelle ère du juge. L'attester au nom de l'évolution de la démocratie et la contester au nom de la même démocratie. Bornons-nous à désigner trois directions susceptibles de renouveler la question du juge.

26 Il faudrait reprendre cette question du juge moins en termes *tranchés* (soit un positivisme radical, soit le « gouvernement des juges » ; soit le syllogisme, soit l'arbitraire), qu'en termes réalistes et *nuancés*. Le juge devient diseur de droit ? Il ne peut plus se contenter d'invoquer une légitimité purement technique. Il y a une part de l'acte de juger proprement politique ? Exigeons de lui une motivation plus rigoureuse.

Ensuite, la question du juge doit être abordée moins en termes organiques qu'en termes pragmatiques. Il ne suffit pas de parler de manière théorique de l'indépendance, mais comment se réalise-t-elle en pratique ? D'où l'attention aux hommes qui réalisent la justice, qui la commentent ou qui la subissent. Ne plus raisonner en termes de *souveraineté* mais en termes de *réflexivité*. Le problème est moins de contester cette part de souveraineté que de la rendre elle-même justiciable d'une autre instance : qui va juger les juges ?

Enfin, la question du juge ne s'épuise pas dans la question de sa *légitimité* statutaire, mais doit être abordée en termes de *qualité*. Qu'est-ce qu'un bon juge ? La réponse à cette question est à la fois très ancienne et radicalement moderne. Très ancienne parce qu'Aristote y a longuement répondu, mais aussi radicalement moderne tant la configuration de notre démocratie – radicalement inédite – oblige à repenser la question du juge.

R É S U M É

La question du juge est aussi brûlante qu'elle est difficile à poser. Les débats qu'elle soulève en France sont d'autant plus confus qu'on ne sait pas si l'on parle d'un nouveau phénomène, d'une nouvelle idéalisation de la fonction

de juger ou d'une nouvelle métaphore de l'espace public.