

L'office du juge : entre sacré et politique Éléments pour une conclusion

*« Législateurs, faites des lois justes ;
magistrats, faites-les religieusement exécuter ;
que ce soit là toute votre politique, et vous
donnerez au monde un spectacle inconnu, celui
d'un grand peuple libre et vertueux. »
Robespierre*

On m'a confié la tâche de conclure ce séminaire consacré à « l'office » du juge, séminaire dont on peut d'emblée souligner qu'il avait une forte dimension historique. N'étant pas spécialiste d'histoire du droit, j'espère que vous me pardonnerez mes approximations en ce domaine, je tâcherai pour ma part de faire une conclusion de philosophe assez modeste par rapport aux divers exposés que nous avons eu le plaisir d'entendre au long de ce séminaire. Le but de cette conclusion est plus d'ouvrir et de nourrir une discussion que de clore un sujet.

En choisissant le terme « office », l'IHEJ a sans doute voulu désigner, à la fois, la charge, le statut et l'action du juge, mais il a surtout voulu aborder cette charge, ce statut et cette action sans les réduire à une simple « fonction ». Aujourd'hui, pourtant, le terme de « fonction judiciaire », ou même de « fonction de juger », est souvent préféré à celui d' « office du juge ». Pourquoi ? L'hypothèse que je vais tenter de développer pour conclure ce séminaire est que ce déplacement sémantique (de l'office à la fonction) est loin d'être neutre et figure une sorte de négation ou de refoulement de notre société à l'égard des juges et de leur office.

Revenons d'abord sur le sens de l'office. Etymologiquement, l'office a en effet une double origine : c'est à la fois une cérémonie et un rôle, souvent public, dont on doit s'acquitter. L'explication qu'en donnent les dictionnaires le confirme : l'office, c'est une charge, une obligation, mais aussi une série de prières et d'incantations que l'on récite. L'office du juge dans notre culture est donc porteur de deux dimensions, qui le constituent et que ce séminaire a permis de mettre en lumière : la dimension religieuse de l'office, voire la dimension sacrée, qui vient initialement fonder l'autorité du juge ; la dimension publique de la charge, voire la dimension politique, qui vient fonder sa légitimité.

En d'autres termes, il me semble que consacrer un séminaire à l'office du juge, c'est vouloir reprendre ces deux questions refoulées dans notre tradition à propos du juge : d'où tient-il son autorité et qu'est-ce qui lui confère sa légitimité ?

Ces dimensions/questions sont refoulées dans notre société, càd dans les traditions juridiques continentales. Je ne sous-entends pas qu'elles n'existent plus, qu'elles ne doivent plus être posées ou qu'elles ne sont plus inhérentes à la fonction judiciaire, mais seulement que nos système et culture politiques les ont fait disparaître en tant que questions, à travers la notion de fonction judiciaire notamment (par opposition à l'office du juge).

Le mécanisme du refoulement, bien connu depuis Freud, consiste en effet à retenir dans l'inconscient des pulsions dont la réalisation menace le sujet. Le refoulement est donc un mécanisme de défense qui permet au sujet d'atténuer ou de supprimer les effets psychiques induits par des représentations ou des événements. Mais les éléments refoulés demeurent toujours présents dans l'inconscient et essaient de réapparaître au grand jour. Pour cela, ils sont obligés de se présenter déformés, pour ne pas être reconnus. C'est le « retour du refoulé » qui, selon Freud, suppose une série de déplacements, de condensations, de conversions, et

peut alors s'observer aussi bien à travers le rêve, les actes manqués, les lapsus, qu'à travers des symptômes psychopathologiques.

La modernité continentale, c'est mon hypothèse, aurait résolu les questions d'autorité et de légitimité en les refoulant. Ce que je vous propose donc, c'est de revenir sur les modalités de ce refoulement et sur ses conséquences (le retour du refoulé, donc).

1. L'autorité du juge.

Comme on l'a vu dans le séminaire, il y a en fait plusieurs façons différentes de fonder l'autorité du juge, et j'en citerai trois principales qui ont été évoquées :

- La première façon, inspirée des grecs, consiste à fonder l'autorité du juge sur sa capacité à prendre les bonnes décisions dans chaque situation (c'est la vertu, notamment chez Aristote). Ce sont donc les qualités personnelles du juge qui lui donnent de l'autorité : charisme, réputation, mais aussi sagesse, prudence, etc. Cela implique de ne pas distinguer, comme le feront notamment les modernes, entre l'aptitude personnelle à juger et la fonction publique que l'on exerce. C'est contraire à la « dépersonnalisation » de la fonction qui caractérise au contraire notre système.
- La deuxième option est celle qu'a retenue la *common law*, en particulier les Etats-Unis : le juge tient l'autorité du peuple. Dès lors, quand on est juge, c'est parce qu'on appartient au peuple, on est citoyen. De même, on s'adresse à l'opinion quand on juge, d'où le langage naturel utilisé dans les décisions américaines.
- La troisième façon de fonder l'autorité du juge est de référer à une transcendance, à quelque chose qui le dépasse et dont il est le serviteur : Dieu, le Roi, l'Etat, la Loi, etc. C'est cette option, choisie en France, qui correspond à la dimension sacrée de l'office du juge.

Et cette tradition a profondément marqué notre représentation du juge. Lors du séminaire, Lucien Jaume, Boris Bernabé, Antoine Garapon et Robert Jacob ont tous, à plusieurs reprises, souligné cette dimension. Le juge, nous a dit Antoine Garapon par ex, est un clerc, c'est-à-dire le serviteur d'une autorité dont il est dépositaire et qui ne lui appartient pas en propre. Etymologiquement, le clerc est en effet celui qui a reçu un ordre sacré. L'office du juge, en tant que tel, est donc conçu comme un ministère et son action ritualisée. Au Moyen Age, il reçoit par exemple le serment de calomnie de la part des parties. Il porte également la robe, signe de son appartenance à un ordre. Le juge, pensé comme un clerc dans notre tradition juridique, porte sur lui les signes d'une référence invisible qui le transcende.

Cette perspective est évidemment particulièrement prégnante dans le christianisme qui fait de Dieu la source de toute autorité. Dieu n'est-il pas le premier juge des hommes, omniscient et omnipotent ? Le modèle, c'est bien sûr le jugement divin. C'est donc aussi devant Dieu que le juge, au Moyen Age, est comptable de ses jugements.

Je vous rappelle d'ailleurs ce texte de St Paul (Epître aux romains, 13, 1-7) : « Que chacun se soumette aux autorités en charge. Car il n'y a point d'autorité qui ne vienne de Dieu, et celles qui existent sont constituées par Dieu. Si bien que celui qui résiste à l'autorité se rebelle contre l'ordre établi par Dieu. Et les rebelles se feront eux-mêmes condamner. En effet, les magistrats ne sont pas à craindre quand on fait le bien, mais quand on fait le mal. Veux-tu

n'avoir pas à craindre l'autorité ? Fais le bien, et tu en recevras des éloges ; car elle est un instrument de Dieu pour te conduire au bien. Mais crains, si tu fais le mal ; car ce n'est pas pour rien qu'elle porte le glaive : elle est un instrument de Dieu, pour faire justice et pour châtier qui fait le mal ».

Dans notre tradition, héritière du droit romain et du droit canon, le juge est donc serviteur de Dieu. Et lorsque les princes d'Occident cherchèrent à renforcer leur pouvoir, ils vont tenter de s'émanciper de la tutelle du Pape en revendiquant un rapport direct à Dieu et, à son image, en prétendant à la souveraineté du jugement. Dieu étant le juge ultime, le Roi qui se réclame de son autorité est donc pensé sous le modèle du juge souverain (et non du Législateur).

Sa souveraineté dans le pouvoir de juger, le roi la transfère et la partage alors avec le juge, auquel il attribue un office. L'office du juge contribue ainsi à l'installation du pouvoir royal, dont il est à présent l'instrument et l'image. On comprend ainsi pourquoi les révolutionnaires, en s'attaquant au pouvoir judiciaire et en le limitant comme on va le voir, viseront en fait à saper les fondements même de la monarchie française, se constituant peu à peu, à partir du 16^{ème} siècle, en monarchie absolue.

Ce que le séminaire a permis de faire apparaître, c'est que malgré la fin de la monarchie et la laïcisation croissante des institutions – autrement dit la fin du théologico-politique -, l'office du juge a continué de garder, en France, quelque chose de cette transcendance. L'office du juge continue d'incarner une entité invisible : l'Etat plutôt que Dieu, par exemple. Denis Salas a ainsi évoqué, dans son exposé, l'idée selon laquelle l'Etat moderne a cette transcendance qui autorise le juge dans sa confrontation directe avec le justiciable.

En quoi consiste alors la rupture moderne que j'ai évoquée en introduction et le refoulement qui selon moi lui correspond au moins partiellement ? Il me semble que l'autorité ne se dit plus comme autorité et, surtout, que l'origine historique de la transcendance qui fonde l'office du juge a été symptomatiquement ignorée et déconnectée du modèle politique dans laquelle elle s'inscrivait. La Révolution prétend faire table rase du passé, alors qu'en réalité elle poursuit, s'agissant du juge, un modèle déjà ancien au moment de la révolution.

En effet, la modernité politique radicalise la transcendance et la dépersonnalisation de l'office, à travers la figure du juge-automate, mais aussi à travers la codification, la nomination des juges par un pouvoir central et leur intégration dans une hiérarchie qui permet de mieux les contrôler. Le juge tient toujours son autorité d'une entité qui le dépasse et qui reste extérieure à son office, mais celle-ci est très largement rationalisée : l'autorité n'est plus dans Dieu mais dans le texte de loi, dans le code.

Ainsi la France s'est-elle débarrassée de Dieu et du pouvoir monarchique, mais n'a pas pour autant abandonné la transcendance des offices. Elle n'a ni renoué avec le modèle des vertus personnelles, ni étendu au juge la fonction pourtant typiquement moderne de la représentation du peuple et de sa souveraineté. En effet, malgré les tentatives des révolutionnaires, l'Empire et la codification ont mis fin à la justice populaire. Paradoxalement, le juge doit donc se soumettre à la volonté du peuple, mais ce n'est pas le peuple qui juge, c'est un magistrat professionnel.

Toute l'autorité de l'office du juge est donc hors de lui, dans le texte qu'il se doit par conséquent de connaître dans le détail. Naît alors une conception de l'autorité bien particulière : le juge tient son autorité de sa compétence, dans un double sens : le juge est compétent parce qu'il connaît le droit ; le juge est compétent parce qu'il est organe de l'Etat, parce qu'il est membre d'un système ordonné.

Ainsi, c'est parce qu'il est l'organe compétent pour juger dans l'Etat que le juge peut avoir une forme d'autorité. Autrement dit, il détient une autorité en tant que juge parce qu'il

exerce une *fonction*. A l'inverse, dans l'Ancien régime, le juge exerce une compétence de juger *en vertu* de son autorité. Plus précisément, comme on va le voir à propos de la question de la légitimité politique : le juge a une autorité *parce qu'il n'a pas de pouvoir* (d'où la distinction, typiquement française, entre les pouvoirs législatif et exécutif, d'une part, et l'autorité judiciaire d'autre part)¹.

La dimension sacrée de l'office du juge resurgit aujourd'hui dès lors que la souveraineté s'effrite dans la mondialisation, et que le système représentatif et législatif se trouve à son tour en crise. Ainsi voit-on resurgir les anciennes figures de l'autorité, depuis l'autorité liée au charisme et la réputation des juges jusqu'au l'incarnation du sacré par le juge lui-même : Marie-Anne Frison-Roche, à ce sujet, parle de « passion » du juge, on pourrait aussi parler de « retour du refoulé » : le juge semble de plus en plus incarner lui-même le sacré. Toute se passe comme si le justiciable maintenait à travers la justice un rapport à la transcendance et au sacré qui tend à se « personnifier ». Et cela nourrit, en effet, une forme de passion du juge, c'est-à-dire un amour aveugle comme si le juge tenait sa propre autorité non de Dieu mais de lui-même, presque comme s'il était Dieu lui-même (càd omniscient et omnipotent). N'espère-t-on pas alors du juge qu'il réponde à des attentes qu'en réalité il n'est pas en mesure de combler ?

C'est l'interprétation qu'en font certains philosophes. Mais à les lire, on peut également se demander si ces auteurs, eux aussi, ne refoulent pas les fondements sacrés de l'office du juge, en présentant l'office moderne du juge sous une forme anhistorique, comme si sa charge avait toujours été d'appliquer la loi et d'incarner de façon impersonnelle une institution. Marie-Anne Frison-Roche, par exemple, affirme que « L'aspiration de justice qui monte jusqu'à eux (les juges) est démesurée dans le sens où des études sociologiques ont montré que la ferveur qui entoure le juge suppose de celui-ci une capacité de tout comprendre et de tout réparer, bref de faire régner d'une façon quasiment magique la justice dans le cœur de l'individu, dans la famille, l'entreprise et la société globale. (... Or) Lorsqu'on demande au juge de faire plus qu'appliquer le droit, qu'on attend de lui qu'il rétablisse un lien social brisé, qu'il restaure, voire institue une fraternité politiquement perdue, comment éviter l'échec, virtuellement contenu dans *la distorsion de l'office* (c'est moi qui souligne) ? Le fait qu'on lui prête une quasi-fonction religieuse ne fait qu'accroître la menace de la déception ». (Frison-Roche, « Le désir de justice et le juge, in *Le banquet*).

Dans un tout autre registre, Bruno Latour écrit : « Si le droit ne peut remplacer le dur labeur de composition du corps politique, il ne peut pas non plus servir de substitut à la religion. (...) Le droit ne sauve pas, il n'humanise pas, il n'administre pas, il n'économise aucun tracas. (...) Le procès ne soigne pas plus qu'il ne sauve. Il est trop pâle, trop formaliste, il n'offre à l'honneur aucune satisfaction, à la souffrance aucune réparation. Pas plus qu'il ne permet de naître à l'humanité, il ne permet de mourir dignement en accompagnant le travail du deuil » (B. Latour, *La fabrique du droit*, Paris, pp.291-292).

¹ La dimension religieuse de l'office du juge est donc effacée au profit de la figure du juge automate, commis de l'Etat issu du contrat social et non clerc de Dieu, qui tient son office d'une volonté humaine et non transcendante. Effacée et pour ainsi dire refoulée, l'origine religieuse ou sacrée de son autorité reste pourtant très profondément ancrée dans la culture continentale et en particulier en France. Elle demeure donc, non formulée, dans la représentation que l'on continue de se faire de nos juges : ainsi par exemple continue-t-on de vouloir des juges professionnels et savants, appartenant à une élite sélectionnée à travers un concours. Alors qu'on peine à formuler un fondement positif pour l'autorité du juge, on continue d'attendre du juge pénal, notamment, qu'il nous livre des vérités (cf. veri-dictum). De même, nous continuons d'être horrifiés de voir une affaire comme celle de DSK avorter au pénal et se poursuivre au civil, débouchant sur une transaction financière là où nous persistons à voir du « sans prix ».)

A lecture de ces textes, il me semble donc que le débat français sur l'autorité du juge oppose aujourd'hui deux options. D'un côté, une volonté de circonscrire l'office du juge et, surtout, de finir de le désacraliser. Ce désir, on en conviendra, veut aussi en finir avec les racines religieuses de l'office et tend à présenter la figure moderne du juge de droit continental comme la seule représentation possible de cet office (cf. distorsion) – c'est ce que j'ai appelé le refoulé. D'un autre côté, seconde option du débat : un enthousiasme naïf à l'égard de l'office du juge, voire même une passion pour une omniscience et une omnipotence fantasmées, concomitante au déclin de la Loi – ce que je désignerais comme le retour du refoulé.

En réalité, il me semble qu'aucune de ces options ne *pense* l'autorité du juge ni ne permet de la refonder dans le monde qui est aujourd'hui le nôtre.

2. La légitimité de l'office du juge.

On a vu dans le séminaire divers exemples historiques de légitimité acquise au juge dans la société. J'en retiendrai deux, à titre d'illustration :

- Le premier grand modèle de légitimité de l'office du juge est bien entendu le modèle théologico-politique, qu'on vient abondamment d'évoquer, puisque le juge y tient sa légitimité de son autorité, c'est-à-dire de son rapport à Dieu et au Roi.
- Un autre modèle de légitimité politique qu'on a vu lors de ce séminaire consiste à faire du juge un citoyen et du jugement un acte politique, reconnu comme tel. Chez les grecs, par exemple, n'importe quel citoyen peut être juge. Le juge, en tant que citoyen, a donc une légitimité politique. L'office du juge est ainsi une fonction de pouvoir qui n'est pas disqualifiée. Les juges sont même tirés au sort parmi les citoyens car le tirage au sort offre à tous la même chance d'exercer le pouvoir, et à tour de rôle (argument démocratique). A Athènes, le tribunal du peuple est une justice d'assemblée (on juge par centaines), une justice politique, où les parties et les juges eux-mêmes rivalisent d'éloquence et démontrent leur maîtrise de la rhétorique.

De même, dans le modèle romain pré-classique que nous a décrit Boris Bernabé, on divise la tâche en deux et on confie une charge de jugement au citoyen, qui n'est pas magistrat mais *judex* et exerce donc, en tant que citoyen, une tâche de juge.

Dans les deux cas, il s'agit bien d'associer le peuple à l'office du juge et de garantir ainsi une légitimité politique à ses décisions. Cette légitimité se maintient aujourd'hui, en particulier en *common law* où le jury est très présent. Aux Etats-Unis, en particulier, il contribue à la légitimité politique des décisions de justice, mais sa présence est aussi le signe du statut politique de la justice, comme le soulignait déjà Tocqueville : les jurés, écrit Tocqueville, « prètent à l'arrêt l'autorité de la société qu'ils représentent, et lui (le juge), celle de la raison et de la loi. Le résultat est que le jury, qui semble diminuer les droits de la magistrature, fonde donc réellement son empire, et il n'y a pas de pays où les juges soient aussi puissants que ceux où le peuple entre en partage de leurs privilèges » (*De la démocratie en Amérique*).

Dans notre tradition, en revanche, les champs juridiques laissant à des citoyens le soin de juger, ou partageant le jugement entre professionnels et jurés citoyens, sont extrêmement limités.

A propos du jury d'assises subsiste d'ailleurs une controverse quant à la pertinence de

s'en remettre aux citoyens pour juger. En Belgique, le pouvoir veut, depuis un moment, supprimer les assises et « correctionnaliser » les affaires, tandis que le canton de Genève en Suisse vient, après consultation populaire, de mettre fin à la pratique du jury populaire. En France, le débat a été relancé quand le Président Sarkozy, en 2011, a voulu introduire des jurés aux audiences correctionnelles, alors même que l'UMP, quelque mois auparavant, avait proposé de supprimer le jury d'assises. Quels que soient les motifs de Sarkozy dans ce débat, probablement guidés par l'actualité judiciaire de l'époque et une méfiance générale à l'égard de la magistrature, le Président liait bien sa réforme à un argument de légitimité politique, voulant rapprocher la justice des citoyens, et reprenant la célèbre phrase de Michelet à propos de la révolution française : « Justice sortie du peuple et pour le peuple ». Ainsi plaidait Sarkozy : « La justice est rendue au nom du peuple français, désormais elle sera rendue aussi par le peuple français ». Les juridictions de Toulouse et de Dijon ont alors servi de laboratoire à l'expérimentation du jury populaire dans les tribunaux correctionnels. Tout en reconnaissant à l'expérience des résultats positifs, l'actuelle garde des Sceaux a toutefois annoncé en mars 2013 la fin de l'expérimentation lancée par Sarkozy, pour cause de coût et de délais.

Outre la question de la rentabilité de la justice, sur laquelle je reviendrai, le débat sur le jury ressemble en réalité à celui qui opposait déjà Platon à la justice athénienne, et il concerne au premier chef la légitimité politique de l'office du juge. De quoi s'agit-il ? On l'a vu, la participation directe des citoyens athéniens au pouvoir les conduit à assumer la tâche de juge à tour de rôle. En ce sens, le jury citoyen paraît historiquement lié à la démocratie, et celle-ci indissociable d'une forme de légitimité politique des juges. Toutefois, dès l'antiquité, des voix s'y opposent, et non des moindres. C'est le cas de Platon, pour lequel l'expérience du procès de Socrate a été déterminante.

Socrate a fait l'objet d'accusations qui remettaient en question sa loyauté envers la cité athénienne. Il aurait corrompu la jeunesse et perturbé l'ordre social athénien (en réalité, il contestait en particulier le pouvoir des sophistes). Et Socrate est jugé, dans un procès politique, puis condamné à mort. Cette condamnation du Sage par des citoyens aveuglés par les effets de manche des sophistes qui voulaient sa peau, sur base d'opinions (et non de vérités), figure pour Platon la corruption de la justice humaine. Car pour Platon, Socrate a été condamné par des esclaves, des hommes soumis à leurs passions, leurs intérêts, leur avidité de pouvoir. Platon, dont on sait l'influence qu'il aura sur les premiers chrétiens, soutient alors qu'une justice au statut politique, fondée sur l'argumentation et le débat, est en réalité une parodie de justice. La vraie justice, elle, a besoin de vérité et, surtout, d'être tenue à l'abri de la politique.

Aujourd'hui, l'argument platonicien élevé contre le jury populaire reste donc le même : la justice doit-être tenue à l'écart de la foule, qui n'est pas rationnelle mais sensible à la séduction, aux émotions, et manipulable. Le juge doit donc être à part. C'est un professionnel, compétent, formé, maîtrisant les règles de droit et se maîtrisant lui-même : il n'a pas à juger sur base de ses propres émotions. La légitimité politique du juge n'est donc pas de savoir argumenter, séduire ou manipuler les foules, mais d'être capable d'identifier la vérité et de la faire triompher. C'est l'argument classique qui est opposé, notamment, au jury d'assises : quand je suis malade, je vais chez un médecin. Pourquoi le justiciable n'aurait-il donc pas droit lui aussi à un professionnel du droit ? L'autorité du juge, c'est son professionnalisme, son savoir, et sa légitimité politique consiste à se borner à l'exercice de ce savoir.

Selon moi, cette représentation de l'office du juge constitue l'un des symptômes de son refoulement dans notre société et montre l'incapacité à faire du jugement une forme politique (selon l'expression de Pierre Rosanvallon), une forme politique en tant que telle (ne serait-ce que comme contre-pouvoir). Le jugement, dans notre culture juridique, reste largement considéré comme une forme cognitive, qui doit sa légitimité politique au savoir,

par opposition au pouvoir. Ainsi peut-on lire, toujours chez Frison-Roche : la passion du juge « repose sur la vertu et le sens de la justice du juge (...). On en vient à négliger l'essentiel : le juge est un professionnel qui doit, d'une part, *connaître* (c'est moi qui souligne) le droit et, d'autre part, *comprendre* (c'est moi qui souligne) le type de situation qu'il a à trancher (...) En effet, celui qui remplit correctement sa fonction fait preuve de professionnalisme, et c'est ce professionnalisme qui constitue la première garantie pour le justiciable, professionnalisme dont le souci est parfois obturé par le discours éthique ».

Autrement dit, la bonne justice suppose des clercs. Comme Platon dénonçant la rhétorique et la séduction des sophistes dans le procès de Socrate, les détracteurs du jury populaire dénoncent le cirque de la Cour d'assises où l'on verse dans la séduction pour plaire au jury et remporter son opinion, triomphe de la sophistique (>< vérité). On y oppose un modèle professionnel de l'office du juge, le juge comme clerc, que l'on coupe de la représentativité.

La difficulté, pour notre tradition juridique, vient alors de ce paradoxe : le problème politique moderne par excellence, sur lequel va se greffer, jusqu'à récemment, tout le débat sur la légitimité, tout ce problème, donc, n'est plus la justice, mais la représentation (le souverain lui-même, on l'a vu au cours du séminaire, n'est plus 1^{er} juge mais Législateur). Or l'office du juge incarne une transcendance, mais ne représente personne.

Cette évolution politique moderne n'a pas posé de problème de légitimité à l'office du juge de *common law*, parce qu'il est d'emblée pensé en terme de représentativité (au point que certains magistrats américains sont directement élus par les citoyens). Il en va bien différemment, par contre, de l'office du juge moderne, dans notre tradition, qui n'obtient paradoxalement sa légitimité *politique* qu'en se *dépolitisant* et en se tenant le plus possible à l'écart du pouvoir. La légitimité politique de l'office du juge repose sur son effacement et la disparition de son pouvoir, qui doit devenir « invisible et nul » (Montesquieu). Bouche de la loi, le juge ne parle pas de lui-même, mais au nom de cette loi qui le dépasse. C'est cela, au fond, la légitimité politique, la seule, que lui concède les modernes, dans la lignée sans doute de ce qu'était l'office du juge d'Ancien régime, mais sans que cette filiation ne soit ni dite, ni problématisée, ni assumée.

La modernité continentale ne renoue donc pas avec le modèle des vertus personnelles : au contraire, elle dépersonnalise encore davantage l'office du juge à travers la figure de l'automate, du juge-machine. De même, la modernité continentale n'étend pas au juge la représentativité du peuple, qu'elle confère au législateur. En d'autres termes, la modernité continentale maintient l'idée du juge comme clerc, c'est-à-dire comme caste à part investie d'une mission qui la transcende, tout en lui refusant d'incarner un corps : malgré la sécularisation des offices (les prêtres et les évêques deviennent eux-mêmes fonctionnaires de l'Etat à la Révolution), les juges appartiennent à l'Etat sans en constituer un corps spécifique. Le seul corps légitime de la Nation, c'est l'Etat. Le juge n'a dès lors de légitimité qu'en étant un « non-corps », y compris au sens usuel du mot « corps ». Le juge n'est qu'une partie du corps de l'Etat, il est la *bouche* de la loi, selon les termes célèbres de Montesquieu.

C'est là, à mon sens, un autre symptôme du refoulement dont fait l'objet l'office du juge : on prétend en effet que le juge ne saurait avoir d'autre légitimité politique que celle des représentants dont il ne fait que rappeler la volonté (cf. volonté du législateur). Je me permets sur ce point de citer encore une fois l'article de Frison-Roche qui me paraît particulièrement éloquent sur ce point : dans le désir romantique de justice que l'on adresse au juge aujourd'hui, dit-elle, on rend le juge politiquement légitime en raison de ses vertus personnelles à trouver le juste et l'équité dans chaque affaire. Mais, je cite : « en cela, il apparaît en personne, en tant qu'il serait un vecteur de cette équité. Cela est un ferment de destruction de l'institution, car par définition celle-ci suppose que les individualités n'entrent

pas en ligne de compte dans la concrétisation des règles ; c'est le bon sens de la bureaucratie ; l'individu à l'intérieur de l'institution n'étant qu'un agent et non pas une personne. La personnification du pouvoir des juges présente les mêmes dangers que la personnification des autres pouvoirs ».

On voit bien dans cette citation d'où le juge continental devrait tenir sa légitimité : de son abstention politique. Le juge continental n'est légitime que parce que son pouvoir est limité, voire même absent. Pourtant, certains l'ont souligné pendant le séminaire, le juge continental est omniprésent dans la procédure et concentre dans ses mains plus de pouvoir que le juge de *common law*. La question n'est pas là : le juge peut bien avoir du pouvoir, ce qui compte c'est que ce dernier n'ait pas de statut. Le juge en France a en effet un statut de non-pouvoir, réminiscence de cette transcendance qui faisait de lui un clerc, un officier, qui tenait un rôle assigné par un autre. Ainsi, paradoxalement, la tradition continentale affirme que l'office du juge est un non pouvoir et, en même temps, qu'il ne peut partager ce non-pouvoir avec un jury citoyen, comme le font par exemple les juges américains².

Dans notre système, la difficulté à penser le pouvoir du juge comme légitime est d'autant plus criante que le juge monte en puissance et que les rapports sociaux se judiciarisent : on y voit dès lors une crise politique et ressurgit l'épouvantail du « gouvernement des juges ». L'expression, inventée par Edouard Lambert en 1921 à propos de la Cour suprême des Etats-Unis, dénonce « l'activisme judiciaire ». Elle suppose que les juges, par l'accroissement de leur pouvoir et l'augmentation de leurs interventions, peuvent ou veulent décider de la norme en vigueur.

Sous cette forme, le spectre du gouvernement des juges est donc agité pour rappeler à l'ordre nos magistrats, qui n'ont pas à faire de politique. Ainsi, en 2007, alors qu'il plaide devant le Medef pour une dépenalisation du droit des affaires, Nicolas Sarkozy remet les juges à leur place, comme il en a eu souvent l'occasion. « Les juges doivent jouer le jeu : jouer le jeu pour les juges c'est ne pas se laisser tenter par le Gouvernement des juges, c'est ne pas se laisser aller à devenir les arbitres de la politique et à juger de la manière dont les chefs d'entreprises font leur métier ». Cette conviction est partagée par certains intellectuels qui craignent en outre le corporatisme qui caractérisait l'ancien régime, crainte que nous a clairement explicitée Lucien Jaume. Ainsi A. Finkielkraut, par exemple, dans un entretien datant de 2000, je cite : « Les représentants du peuple ne sont pas les juges, ce sont les parlementaires et les membres de l'exécutif, jusqu'à nouvel ordre. Si on ne veut pas recréer des parlements à l'ancienne et une corporation judiciaire au-dessus de tout *contrôle*, il est légitime de demander aux représentants du peuple de réformer. Le pouvoir des juges est quasi illimité et c'est un danger pour les justiciables » (A. Finkielkraut, *Interview aux Rencontres de Pétrarque*, Juillet 2000.)

La passion du juge qui résulte de la quête de transcendance qui perdure dans notre société, combinée à la difficulté dans laquelle nous nous trouvons pour accorder au juge un statut politique, explique en partie cette position, mais aussi l'incompréhension du grand public lorsqu'il est confronté à des « erreurs judiciaires » voire, parfois, à de simples décisions (comme la libération d'un individu récidiviste) qu'il ne comprend pas. Ces

² D'ailleurs Tocqueville ne s'y était pas trompé quand, voulant vanter la démocratie américaine, il s'explique d'avoir consacré un chapitre au seul pouvoir judiciaire : « Son importance politique est si grande qu'il m'a paru que ce serait la diminuer aux yeux des lecteurs que d'en parler en passant » (p.167). Et Tocqueville précise bien que cet immense pouvoir politique du juge américain se fait bien à l'intérieur du champ judiciaire, et non par l'extension du juge hors de son domaine réservé (pour légiférer par ex). Tocqueville explique cela par l'autorité dont jouit la Constitution et à laquelle tous les pouvoirs acceptent de se soumettre (je cite : « Aux Etats-Unis, la Constitution *domine* les législateurs comme les simples citoyens – p. 170 »). Et selon lui, c'est bien la Constitution et le respect que les citoyens lui porte qui confèrent au juge américain sa légitimité politique.

décisions apparaissent, aux yeux du public, comme une trace de la trop grande faillibilité de la justice et donc d'un pouvoir qu'elle exerce mais qu'on estime usurpé (>< légitimité). Ainsi la société, soutenue par les politiques, demandent à ce qu'on contrôle davantage les juges, voire même qu'on puisse les sanctionner.

Autrement dit, l'office du juge manque de légitimité politique pour deux raisons qui tiennent à notre culture juridique : il ne représente pas le peuple et, pour diverses raisons, en semble très éloigné, voire coupé ; son savoir est source de son autorité, mais ce savoir est largement perçu comme défaillant (cf. erreurs judiciaires).

Bien que son pouvoir apparaisse de plus en plus, ces deux facteurs – non représentativité et défaillance professionnelle – deviennent des arguments pour déplacer le débat, qui ne porte plus sur la légitimité de ce pouvoir, mais sur son contrôle → légitimité fonctionnelle (efficacité)

3. Le management : continuer la modernité par d'autres moyens

Mais comment contrôler le juge sans enfreindre le principe de son indépendance ? Pour ce faire, on ne va plus l'encadrer comme avant, de façon coercitive, à coup de règles et de sanctions qui, elles aussi, perdent peu à peu leur légitimité politique. Pour contrôler le juge et assurer sa légitimité, on recourt à d'autres mécanismes, comme le management par exemple.

Le management propose un contrôle du juge qui ne se voit pas, précisément parce qu'il n'est pas coercitif mais doux, et mon hypothèse est que, en tant que tel, le management est redoutablement efficace pour réaliser le rêve inabouti des modernes et faire de l'office du juge un véritable non-pouvoir.

Je m'explique rapidement : le management judiciaire prétend non seulement rationaliser l'organisation de la justice, la rendre plus efficace notamment, mais aussi, par cette voie, il prétend contribuer à renforcer la légitimité de l'office du juge et, à travers lui, de tout l'Etat de droit. Seulement évidemment, l'office du juge est lui-même perçu de façon très spécifique.

A titre d'exemple, citons la façon dont un économiste, spécialiste de gestion, Jan Mattijs, décrit l'office du juge (« Implications managériales de l'indépendance de la justice », *Pyramides*, 2006) : « L'activité du juge consiste à prester des services (les jugements ou arrêts) qui lui sont décrits dans un cahier des charges fort complexe (l'ensemble des textes légaux et réglementaires applicables) émis par le législatif ou l'exécutif. Cette mission comporte incontestablement des caractéristiques économiques des services publics ».

Partant de ce type d'approche, le management judiciaire va tenter de « sauver » la légitimité de l'office du juge en rendant, justement, le « service » plus efficient.

Pour le comprendre, il faut se rappeler qu'historiquement, en Europe, l'utilisation par les institutions publiques de ces techniques de gestion venues du privé visait précisément, après la chute du mur de Berlin, à renforcer le fonctionnement des Etats de droit d'Europe de l'est. Les réformes des systèmes judiciaires adoptées à l'époque se sont inspirées du management pour sortir d'un modèle perçu comme archaïque, idéologique et hyper politisé, que les années de dictature communiste avaient fini par imposer.

Dans cette perspective, l'indépendance des fonctions publiques comme la fonction judiciaire est alors garantie par la dépolitisation de ces fonctions au profit d'un modèle économique, perçu comme plus « naturel », et en standardisant l'action du juge. La standardisation de l'office du juge, en d'autres termes, vise précisément à le désacraliser et à le dépolitiser.

Et cela poursuit selon moi l'imaginaire moderne révolutionnaire qui, en garantissant l'indépendance de l'office du juge, cherchait en réalité à l'écarter du pouvoir, de tous les

pouvoirs (y compris le sien). Dans notre système, l'indépendance du juge ne lui est en effet accordée que parce que son acte, son raisonnement, sa décision sont, dans le même temps, dépersonnalisés: ce n'est pas la personne qui juge, mais la fonction. "On craint la magistrature, dit Montesquieu, et non les magistrats". Autrement dit, l'indépendance du juge, dans notre système, est indissociable de son contrôle. Il est indépendant par ce qu'il n'est pas législateur. Il est indépendant parce qu'il n'a pas de pouvoir normatif.

Cette volonté d'éloigner l'office du juge du pouvoir débouche alors sur une série de mesures dont, là aussi, la standardisation du jugement. Cette standardisation trouve son apogée dans le fameux syllogisme judiciaire de Beccaria, qui est là pour effacer le rapport du juge au pouvoir et gommer la dépendance de sa décision à l'égard de sa personnalité. Le syllogisme répond ainsi au souhait de Montesquieu de rendre les juges interchangeables entre eux, de telle sorte que la décision du juge est la même quel que soit le juge qui la rend.

Le management de la justice poursuit aujourd'hui cet effort de dépolitisation et de standardisation, même si la filiation avec les tentatives modernes d'encadrement de l'office du juge n'est pas toujours mise à jour.

C'est que le management de la justice tente de contrôler l'office du juge non pas d'en haut, à partir d'une politique judiciaire qui imposerait des règles aux magistrats, mais à partir de l'activité elle-même. Le management contrôle à partir de ces « bonnes pratiques », de ces moyennes statistiques (notamment de la productivité ou du temps écoulé), qui deviennent les standards de l'office du juge.

Comme le syllogisme judiciaire, la standardisation managériale prétend ne pas toucher au contenu des décisions mais à leur forme, le management s'intéressant davantage au processus de décision qu'à sa formulation pure et simple: ce qui compte, c'est le délai d'attente, l'attitude du magistrat, la transparence de la motivation, etc. Comme chez les modernes toutefois, la standardisation managériale de l'office du juge est liée au problème du contrôle du juge, et son lien avec la légitimité de la justice. Même si la méthode et le choix du modèle divergent (modèle logique chez Beccaria / modèle économique dans le management), il s'agit bien, dans les deux cas, d'imposer au juge un raisonnement non politique, un raisonnement en quelque sorte naturalisé, qui contribue à dépolitiser sa fonction et, comme telle, à la rendre légitime.

Cette approche de la justice connaît un certain succès pour diverses raisons, mais notamment selon moi parce qu'elle soutient et facilite le refoulement du pouvoir lié à l'office du juge. Elle parvient à nous faire oublier le pouvoir en le rendant invisible. Et j'insiste : le fait que le pouvoir du juge disparaisse et ne puisse avoir d'existence publique n'implique pas que le juge n'a, concrètement, aucun pouvoir.

Pour le rendre visible, et je terminerai là-dessus, il faudrait presque « repolitiser » la justice, c'est-à-dire à la fois la réinscrire dans le débat public et en démontrer les enjeux au-delà de la seule application des lois. C'est je crois ce que visait en partie ce séminaire, mais aussi ce que peine à faire notre tradition, sinon par un retour du refoulé qui nous conduit aux débats caricaturaux qu'on a vu, et qui opposent passion du juge et rappel à l'ordre.

Julie Allard