

La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation : quelle place pour les juges¹?

Dans le cadre d'une réflexion sur l'évolution contemporaine de la séparation des pouvoirs, il paraît important d'interroger ce principe dans les termes du conflit qui oppose depuis toujours le droit et la politique, et d'évaluer en quoi la mondialisation place les juges dans une position nouvelle face à ce conflit.

Le conflit apparaît très nettement dans la menace du fameux « gouvernement des juges », qui suggère à la fois que les juges font de la politique et qu'ils sont en passe de remplacer ceux qui, traditionnellement, nous gouvernent, au mépris justement de la séparation des pouvoirs². Le fait que ce supposé « gouvernement des juges » soit perçu comme une menace illustre une des formes de conflit entre droit et politique.

Ce conflit est accentué par la mondialisation qui radicalise la position du juge et son ambivalence à l'égard de la politique. Plus précisément, la mondialisation soutient une forme de montée en puissance des juges, c'est-à-dire une augmentation de leur pouvoir et de leur influence dans toutes les grandes démocraties contemporaines. De plus en plus, les juges jouent un rôle décisif dans les questions de société les plus fondamentales, comme l'homosexualité, la peine de mort ou l'euthanasie, et ce rôle est renforcé par la mondialisation du droit.

Il faut donc évaluer tout d'abord l'impact de la mondialisation sur le droit et sur la fonction de juge. Ensuite j'insisterai sur cette montée en puissance des juges, et les raisons pour lesquelles elle est souvent perçue comme une menace. Enfin, j'essaierai de lire le rôle des juges dans la mondialisation à la lumière du conflit entre droit et politique.

¹ Ce texte est une version préparatoire à un article intitulé « Les juges dans la mondialisation : 'empire du droit' ou 'politique par d'autres moyens' ? », qui sera publié fin 2007 par E. Delruelle, *Le conflit entre droit et politique*, Bruylant.

² Le lien entre ces deux présupposés – « l'office du juge est de nature politique » d'une part, et « les juges gouvernent à la place des législateurs » d'autre part - est précisément ce qui est brouillé par la mondialisation, qui fournit au juge, mais aussi à d'autres acteurs, l'occasion de jouer des rôles politiques nouveaux. On le sait, la mondialisation favorise des modes d'action politique qui ne sont plus de l'ordre du gouvernement, mais plutôt de la gouvernance.

I. La mondialisation de la justice³

La mondialisation entérine le déclin des Etats souverains et de leur pouvoir décisionnel, comme elle limite l'impact des élus nationaux sur les politiques et les droits dont les citoyens subissent aujourd'hui les effets. De plus en plus, les règles qui organisent notre vie commune ont été conçues ailleurs. Mais on ignore souvent que l'inverse est également vrai : les règles qui ont été conçues chez nous serviront peut-être à leur tour à bâtir du droit dans des pays étrangers. C'est ce qui caractérise la mondialisation du droit : les normes juridiques sont de plus en plus mobiles, les droits s'exportent d'une sphère nationale à une autre, et plus seulement pour régler des différends entre voisins. Le droit se mondialise aujourd'hui pour organiser la circulation des biens, des services, des capitaux et de l'information entre les continents. Il fournit les règles et les procédures pour sécuriser les nouveaux flux d'échanges et assurer les risques qu'ils génèrent. C'est là un moteur très puissant de la mondialisation du droit : le droit accompagne et stabilise la mondialisation de fait à laquelle nous assistons dans d'autres domaines, et en particulier bien sûr dans l'économie et le commerce, dont on sait l'importance qu'ils ont pris dans nos sociétés capitalistes. Mais c'est seulement la dimension fonctionnelle de la mondialisation du droit.

La mondialisation du droit s'explique également par l'importance capitale qu'ont pris les droits de l'homme dans ces mêmes sociétés capitalistes. On constate en effet que plus la mondialisation du droit avance, plus les droits de l'homme gagnent en force. La mondialisation du droit est donc aussi voulue par certains acteurs, et notamment par les ONG de défense des droits de l'homme.

Quel rôle jouent les juges dans cette mondialisation du droit ? À l'échelle mondiale, il n'existe pas de droit global mais la demande de règles et d'encadrement normatif est très importante. Ce sont donc les juges qui vont, contre toute attente, *produire* l'encadrement normatif attendu. Autrefois cantonnés à l'interprétation du droit, les juges deviennent aujourd'hui des agents actifs de la production du droit. Naguère assignés à résidence sur un territoire juridique national déterminé, les juges entretiennent désormais entre eux, par-delà les frontières, des relations de plus en plus soutenues et confiantes. Ces relations peuvent prendre des formes très diverses, de la citation de jugements étrangers à des formations communes. À des degrés divers, les juges sont donc les acteurs de cette justice qui se mondialise, mais ils le sont de plus en plus *indépendamment* du système juridique auquel ils appartiennent, et *indépendamment* du droit

³ Voir notamment J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005.

qu'ils appliquent. Ce qu'on appelle la mondialisation du droit est donc plutôt une mondialisation de la justice.

La multiplication des juridictions internationales depuis la fin de la seconde guerre mondiale, pour répondre à l'internationalisation croissante des litiges, renforce indubitablement le phénomène. Les requêtes devant ces juridictions ne cessent d'ailleurs d'augmenter. Mais la mondialisation de la justice ne concerne pas seulement les matières par nature inter- ou trans-nationales : on constate en effet que les tribunaux internes eux-mêmes sont de plus en plus sensibles aux normes internationales, voire aux normes étrangères, y compris pour juger les affaires nationales les plus spécifiques, soulevant parfois des questions culturelles propres. Cette attitude se rencontre notamment à propos d'affaires jugées très difficiles.

Dans l'arrêt *Perruche*⁴ par exemple, la Cour de cassation française devait statuer sur l'action d'un enfant né handicapé suite à une erreur médicale pour obtenir réparation de son préjudice d'être né handicapé. L'avocat général et le conseiller rapporteur, d'avis différents, se sont tous deux penché sur la jurisprudence américaine pour trouver des arguments pour conforter leur position. Dans ce genre d'affaires très délicates, il n'existe souvent aucune règle de droit pertinente, ou s'il en existe une, elle fait l'objet d'un intense débat public. La fonction attendue de la référence aux décisions étrangères est donc multiple : on cherche aussi bien des solutions concrètes que des arguments de principe, parfois même une légitimité que le socle national n'offre pas toujours.

Devant l'ampleur du phénomène, on parle aujourd'hui du « dialogue des juges ». Un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, rendu en 2003, l'arrêt *Lawrence v. Texas*⁵, illustre l'impact de ce dialogue sur la question de la séparation des pouvoirs. Dans cette affaire, la Cour suprême avait à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi texane interdisant les relations homosexuelles, loi au nom de laquelle la police de Houston avait interpellé M. Lawrence à son domicile, surpris en flagrant délit, et au nom de laquelle ce monsieur avait été pénalement poursuivi. La Cour d'appel du Texas confirme l'inculpation pour sodomie, en invoquant le précédent *Bowers v. Hardwick*⁶, qui déniait toute protection constitutionnelle aux pratiques homosexuelles, même dans un cadre privé. Mais dans l'arrêt *Lawrence*, la Cour suprême revient sur la jurisprudence *Bowers* et déclare la loi texane contraire à la Constitution. La Cour suprême parvient à revenir sur sa propre jurisprudence en s'appuyant sur un arrêt de la Cour européenne des droits de

4 Cour de cassation française, *Arrêt Perruche*, 17 juin 2000. Accessible à l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2000X11X0PX00009X000>

5 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

6 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 185 (1986).

l'homme qui reconnaît le droit à la vie privée des homosexuels⁷. La Cour suprême revient donc sur sa propre jurisprudence à l'aide de la jurisprudence d'un système radicalement différent, sans qu'un texte juridique ne soit commun à ces deux systèmes, et sans d'ailleurs que ceux-ci aient conclu d'accords de coopération. Dans leur motivation, les juges américains font référence à la « civilisation occidentale », et démontrent que la plupart des nations qui partagent les valeurs des droits fondamentaux reconnaissent aussi un droit à la vie privée tel, qu'il n'est pas admis qu'un Etat intervienne pour contrôler les relations sexuelles entre adultes consentants.

Cet arrêt a été controversé au sein de la Cour, mais il a surtout provoqué un vif débat aux Etats-Unis, en dehors de l'enceinte judiciaire, déclenchant des réactions politiques parfois virulentes à l'égard des juges. En réponse à cet arrêt, les Républicains conservateurs du Congrès ont proposé une résolution pour soutenir « l'indépendance américaine ». Bien qu'elle n'ait pas de caractère contraignant, cette résolution soumise au Congrès en 2004⁸ condamne expressément le dialogue noué par les juges de la Cour suprême avec leurs homologues étrangers, pour la raison qu'il donne au juge un pouvoir *contre* les représentants du peuple et une *indépendance* trop grande à l'égard de la Constitution, en tant que texte politique fondateur de l'Etat américain⁹. Certains parlementaires, liés à la droite religieuse américaine¹⁰, vont plus loin en 2004 et 2005 puisqu'ils soumettent un projet de loi au Sénat, en cours d'étude par la Commission judiciaire. Il s'agit cette fois

7 Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981. Pour un détail de l'argumentation des juges américains, voir J. Allard, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis. Constats et perspectives philosophiques », in *Juger les droits de l'homme : l'Europe et les Etats-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, à paraître fin 2007.

8 « *Reaffirmation of American Independence Resolution* ». La résolution, soutenue par 84 Républicains, a été confiée au « Comité judiciaire » de la Chambre (*Committee on judiciary*), suite à un avis positif du sous-comité (*Sub-Committee on judiciary*) de 8 voix sur 11. Cela implique que, à ce jour, la résolution n'a pas été présentée à l'entière de la Chambre des Représentants. <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:h.res.00097>:

9 La résolution rappelle le pouvoir du législateur et souligne que le droit étranger (au sens large) ne peut être convoqué si ce n'est pour retrouver le sens originel de la Constitution américaine. « *The Resolution expresses the sense of the House of Representatives that judicial interpretations of the U.S. Constitution should not be based on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such judgments, laws, or pronouncements inform an understanding of the original meaning of the Constitution* » (*Reaffirmation of American Independence Resolution* (2004)).

10 La démarche est initiée par deux Républicains, le Sénateur Richard Shelby et Robert Aderholt, membre du Congrès. Mais le texte original vient de la plume de Roy Moore, juge à la Cour suprême d'Alabama, qui perdit son poste de Président de cette même Cour après avoir refusé de retirer du Palais de justice un monument dédié aux dix commandements.

d'une loi répressive¹¹ qui prévoit notamment une procédure de destitution contre les juges qui ne rempliraient pas leurs devoirs à l'égard de la Constitution (comprendre : qui prendraient des libertés interprétatives – donc politiques – à son égard).

La controverse soulevée par l'arrêt *Lawrence* a donc dépassé les milieux judiciaires pour devenir un véritable objet de débat public. On voit ainsi comment les décisions des juges suscitent parfois de violentes réactions au sein du pouvoir politique, qui se sent dépossédé de certaines de ses prérogatives. Cet exemple montre bien que la référence à l'étranger renforce l'autonomie interprétative des juges et, en même temps, la crainte que suscite cette autonomie. Cet exemple met également en scène deux interprétations de la séparation des pouvoirs. D'un côté, les politiques en appellent au texte de loi pour limiter le pouvoir abusif du magistrat. D'un autre côté, ils le font en reniant aux juges leur indépendance, puisqu'ils tentent de faire pression pour déterminer la façon dont ceux-ci devraient interpréter la Constitution américaine.

On voit également dans cet exemple que le droit ne se mondialise pas seulement dans les juridictions internationales : il se mondialise aussi de l'intérieur, et c'est là peut-être que le pouvoir des juges est le plus controversé. Cette globalisation de l'intérieur et les craintes politiques qu'elle suscite est symbolisée par la fameuse « compétence universelle » qui, en principe, doit rendre les tribunaux compétents pour poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité et de génocide, quelle que soit l'origine des plaignants et des inculpés, et quel que soit le territoire sur lequel les crimes ont été commis. Ce sont les délicates questions politiques soulevées par la loi belge de compétence universelle qui ont conduit les autorités à renoncer à maintenir en Belgique une loi garantissant une telle compétence aux juridictions nationales¹². Parmi les raisons, bonnes ou mauvaises, avancées à l'époque, on a soutenu que la logique du droit n'était pas celle de la politique et de la diplomatie, et qu'il n'était donc pas raisonnable de laisser aux juges belges le soin de poursuivre tous les dictateurs de la planète. D'autant que les juges n'auraient pas été en mesure de le faire, et qu'ils auraient dû donc choisir qui poursuivre, opérant ainsi un jugement politique qui ne leur revenait pas.

Le conflit entre droit et politique, tel qu'il est cristallisé par la figure du juge, apparaît ici assez nettement. Ce conflit n'est d'ailleurs jamais très loin

11 *Constitution Restoration Act*.

12 La loi belge de 1993, relative à la compétence universelle, a été modifiée suite au tollé diplomatique soulevé par la multiplication des plaintes contre des chefs d'Etat en exercice, et notamment contre Ariel Sharon. Son champ d'application est aujourd'hui limité aux cas où une règle de droit international de source conventionnelle ou coutumière liant la Belgique lui impose de poursuivre l'auteur de certaines infractions.

dans les procès pour crimes contre l'humanité. On a beaucoup reproché au Tribunal de Nuremberg, part exemple, d'avoir exercé une justice de vainqueurs (c'est-à-dire au fond une justice qui a la force pour elle)¹³. En traduisant les actes nazis (notamment) en termes juridiques, ne perd-on pas la teneur politique des actes eux-mêmes : ces crimes sont commis dans un certain contexte politique, et ce sont souvent des chefs d'Etat qui en sont les instigateurs.

L'importance du crime contre l'humanité dans l'imaginaire collectif contemporain est manifeste et témoigne de cet effacement des catégories politiques au profit des catégories juridiques. On critique par exemple les dictateurs à partir de la catégorie pénale du crime contre l'humanité, comme dans le cas Pinochet. Mais le droit, dans ce cas, arrive toujours trop tard : on ne juge que des faits qui ont déjà eu lieu, mais jamais des affaires en cours. D'où une forme d'impuissance politique du droit, maintes fois dénoncée à l'occasion de l'affaire Pinochet.

De plus, le droit et les procès pénaux ramènent des problèmes complexes à une question simple : coupable ou non coupable ? On fait porter ainsi à des individus des responsabilités souvent collectives, qui sont bien souvent des responsabilités politiques. C'est pourquoi Hannah Arendt a souligné que l'on ne peut attendre trop des procès pour crimes contre l'humanité : leur but est de juger des actes individuels, et non de reconnaître des responsabilités politiques en vue d'une réconciliation. « La responsabilité politique existe, mais étant distincte de celle de l'individu membre d'un groupe, elle ne peut être jugée en termes moraux, ni pesée par un tribunal »¹⁴.

Peut-être faut-il alors renverser la question : pourquoi le droit est-il à l'heure actuelle le seul moyen efficace pour lutter contre l'impunité ? A-t-on définitivement renoncé à l'action politique ? Il faut admettre que la justice mondialisée est en mesure de trancher des affaires parfois insolubles par les voies politiques.

13 Selon Hannah Arendt, on connaît depuis Nuremberg le problème de « l'affaiblissement de la justice lorsqu'elle est rendue par un tribunal de vainqueurs » (Arendt, *Les origines du totalitarisme / Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 2002).

14 Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 1966, p.325. Arendt distingue soigneusement la responsabilité politique d'un groupe ou d'une nation, qui doit être assumée politiquement, de la culpabilité, toujours individuelle. C'est celle-là seule qu'est habilitée à juger le droit, celle d'Eichmann dans le cas qui intéresse Arendt : « Le problème de la culpabilité, ou de l'innocence de l'individu, de la justice rendue à l'accusé et à la victime, sont les seules choses qui comptent lors d'un procès criminel. Le procès Eichmann ne fut pas une exception, même si le tribunal de Jérusalem fut mis en face d'un crime dont on ne trouvait pas d'exemple dans les textes juridiques » (Arendt, *op. cit.*, pp.325-326).

L'affaire de l'indemnisation des Juifs spoliés durant la seconde guerre mondiale par les entreprises françaises en offre un témoignage intéressant¹⁵. La dimension internationale a été primordiale dans cette affaire. L'action des Juifs français, anciens déportés ou descendants des déportés, ne donnait rien en France, si bien que les associations se sont tournées vers les Etats-Unis, qui n'avaient *a priori* rien à voir avec le litige. Les associations se sont tournées vers les Etats-Unis au nom d'une loi américaine très ancienne, l'*Alien Tort Claims Act*¹⁶. Cette loi de 1789 autorise des non-ressortissants à porter leur affaire devant des cours fédérales pour des crimes commis en violation « du droit des nations » (cette loi visait en fait à l'époque la piraterie en mer). Sur la base de cette loi, des actions en responsabilité civile qui n'avaient aucun rapport avec les Etat-Unis ont été intentées devant des juridictions américaines. Et elles ont été couronnées de succès : dès lors qu'un juge de Brooklyn a accepté de se déclarer compétent, les banques françaises ont craint de devoir payer de gros dommages et intérêts, et ont alerté le gouvernement, qui est entré en négociation avec son homologue américain afin de trouver une solution. C'est alors que l'Etat français a, en 1999, décidé de créer le fonds d'indemnisation des victimes de spoliation. Les associations de victimes sont ainsi parvenues à faire pression sur l'Etat, qui a trouvé une solution politique et financière jusque-là inespérée.

Ce genre d'action renforce et s'appuie en même temps sur la mondialisation du droit. Elle bouleverse les frontières traditionnelles du droit. Le « droit des nations » est invoqué à l'interne, ce qui brouille la frontière entre droit national et droit international. Il est invoqué qui plus est sur un territoire qui n'a rien avoir avec le litige pour lequel il est invoqué, et dont les juridictions se déclarent tout de même compétentes. Les frontières entre systèmes juridiques ne sont donc plus aussi étanches qu'avant. Que dire alors de la frontière entre droit et politique ? C'est la menace d'une décision judiciaire à l'étranger qui contraint les autorités de l'Etat français à prendre en charge une responsabilité politique. On ne peut donc nier que les juges américains, dans ce cas, ont joué un rôle déterminant en acceptant de considérer la plainte, et qu'ils avaient également le pouvoir de jouer ce rôle. Les juges se trouvent aujourd'hui investis de certains attributs qui relevaient autrefois de la puissance souveraine, notamment la fonction diplomatique.

Il ne faut toutefois pas négliger le rôle joué par d'autres acteurs dans ce processus. L'ouverture du forum judiciaire à de nouveaux acteurs - diverses

15 Voir notamment H. Muir-Watt, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, 2003.

16 L'Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350) relève du droit fédéral américain et stipule : « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ».

associations, syndicats professionnels, ONG ou groupes de pression – modifie forcément la nature du débat judiciaire et tend à le rendre plus politique. Ce sont eux qui internationalisent les conflits nationaux et déplacent les litiges d’un système à un autre. Ce sont eux également qui soumettent aux juges des arguments venus de l’étranger, les juridictions ne pouvant disposer par elles-mêmes du matériau comparatif¹⁷.

La procédure d’*amicus curiae* (littéralement d’intervention dans une procédure en tant qu’« ami de la cour » permet à ces tiers, qui ne sont pas partie dans une affaire, d’exprimer leur point de vue sous la forme d’un mémoire déposé au greffe de la cour pour défendre un intérêt plus général. Il s’agit d’une procédure communément admise par les juridictions américaines et qui commence également à faire son chemin à la Cour européenne des droits de l’homme¹⁸. Elle permet à des considérations de différentes nature, et notamment politiques, de pénétrer le droit et la justice eux-mêmes. Ce fût le cas par exemple dans toutes les dernières décisions rendues par la Cour suprême des Etats-Unis en matière de peine de mort. La Cour ayant à juger plusieurs affaires relatives à la peine de mort (il s’agissait notamment de savoir si cette peine est applicable aux mineurs, aux déficients mentaux, etc.), à chaque fois des militants ont déposé des mémoires en faveur de l’abolition, soutenant leurs arguments éthiques par des statistiques sur les exécutions dans le monde.

Dans la dernière affaire, en 2005, qui concernait la condamnation à mort d’un mineur¹⁹, c’est l’Union européenne elle-même qui a déposé un mémoire, soutenu par la Conseil de l’Europe et le gouvernement mexicain²⁰.

17 Il faut donc, comme le note l’ancien Premier Président de la Cour de cassation française, que ce soit les avocats qui le fournissent aux juges : « A côté des juges, les avocats sont aussi de puissants vecteurs d’influence. Ce sont eux qui, par les références qu’ils invoquent et les citations qu’ils font des jurisprudences externes, établissent des concordances entre des cours internationales ou nationales. (...) Leur rôle de “passeur” est évidemment primordial, les juridictions ne se fondant sur des jurisprudences extérieures qu’autant qu’elles sont invoquées devant elles ». Et il poursuit : « En outre, exerçant d’une juridiction à l’autre, les avocats transportent leurs habitudes de travail, leurs exigences de libre exercice de la défense, leurs réflexes, leurs savoir-faire, leurs modes de raisonnement et leurs techniques. (...) A n’en pas douter, l’aptitude d’une juridiction à se placer dans un concert international dépend de la qualité et des stimulations du corps d’avocats qui oeuvre auprès d’elle » (G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la ‘bénévolence’ des juges », in *Revue des sciences criminelles et de droit comparé*, Paris, Dalloz, oct.-déc. 2005 (http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/benevolance_juges/02.htm)).

18 Voir L. Hennebel, « Les *amici curiae* : acteurs de la convergence des droits de l’homme », in *Juger les droits de l’homme*, op. cit.

19 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

20 Mémoire déposé par l’Union Européenne et des membres de la communauté internationale, en soutien du requérant. Parmi les signataires, le Conseil de l’Europe (« au nom de l’abolition de la peine de mort ») et le gouvernement du Mexique (en référence à la

Et cette action a porté ses fruits puisque la Cour suprême a estimé, pour la première fois dans son histoire, qu'il était inconstitutionnel de condamner à mort un individu encore mineur au moment des faits. Dans sa motivation, la Cour suprême reprend explicitement certains arguments du mémoire européen²¹, qui rappelle notamment la Convention des Nations Unies pour les Droits de l'Enfant. Or les Etats-Unis n'ont pas ratifié cette Convention, ce qui signifie que le pouvoir politique n'a pas jugé nécessaire de la rendre juridiquement contraignante sur le territoire américain. Pourtant, la Cour suprême américaine fait référence à cette Convention, en soulignant qu'il lui paraît inacceptable que la Somalie et les Etats-Unis soient les seuls pays du monde à ne pas avoir ratifié cette Convention. Comme telle, la Cour suprême émet donc un avis sur l'attitude des autorités politiques américaines, un avis sinon politique, du moins moral. Et cet avis est influencé par les arguments développés dans le mémoire de l'UE.

Comment justifier cet « activisme judiciaire » ? Comment justifier l'intervention d'*amici curiae*, dans des affaires aussi délicates et sensibles que la peine de mort, qui demandent sans doute un consensus politique national ? Et comment justifier l'immixtion d'acteurs étrangers dans une question qui relève au fond de la politique intérieure américaine ? Ce mode d'intervention permet de donner voix à des groupes ou à des forces politiques dont l'importance ne se mesure ni de manière arithmétique comme dans la représentation électorale, ni par la démonstration de force dans la rue. Dorénavant, c'est par le discours, et en se soumettant à ses formes juridiques, que l'influence s'exerce en amont de la décision.

Tous ces exemples laissent entrevoir une profonde redistribution des cartes : l'Etat n'est plus le détenteur souverain du droit, et le juge n'est plus la bouche passive de la loi. La représentation classique du droit comme système hiérarchisé de normes doit dès lors être abandonnée. La mondialisation renverse à peu près tous les présupposés de l'ordre juridique

jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, et parce que 3 des 73 mineurs actuellement dans le couloir de la mort sont mexicains).

21 « *As respondent and a number of amici emphasize, Article 37 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which every country in the world has ratified save for the United States and Somalia, contains an express prohibition on capital punishment for crimes committed by juveniles under 18* » (*Roper v. Simmons*). Un raisonnement similaire était déployé, en 1825, dans l'affaire *The Antelope*, à propos de l'esclavage (*The Antelope*, 23 U.S. (10 Wheat.) 66 (1825)). Ce cas concerne l'interception d'un navire espagnol et portugais, « *The Antelope* », qui tentait d'importer illégalement des esclaves aux Etats-Unis. La question posée à la Cour est de savoir si ce bateau doit être retourné à ses propriétaires avec ou sans les esclaves qui s'y trouvaient. Le Président de la Cour suprême, le juge Marshall, plaide dans cette affaire pour l'abolition de l'esclavage, en soutenant que l'esclavage est généralement, sinon universellement, condamné à travers le monde. La Cour, néanmoins, retient l'idée que le droit positif en vigueur (qui garantit le droit de propriété du bateau et de son contenu) prime sur le sentiment naturel qui nous mène à condamner universellement l'esclavage.

moderne : on pensait par exemple la fonction de juger comme un office impersonnel (le jugement étant rendu au nom de la loi), on découvre qu'une part de la légitimité dont est créditée une décision judiciaire tient aujourd'hui à la personnalité de celui qui l'a rendue. Tous ces changements laissent apparaître une certaine « montée en puissance des juges », qu'il faut analyser.

II. La montée en puissance des juges

Comme l'indique l'expression de « montée en puissance », le rôle du juge dans la société doit être abordé en termes de pouvoir²². Or c'est précisément ce que lui dénie l'ordre juridique moderne : le juge, dit Montesquieu, n'est que la bouche de la loi, un être inanimé, une puissance invisible et nulle. D'un côté, on reconnaît que la fonction de juger est un pouvoir. De l'autre, on fait tout pour limiter ce pouvoir. Et on le fait en imposant au juge de se cantonner au droit, tandis que la politique est laissée au législateur et aux représentants du peuple en général.

Cette séparation du droit et de la politique est justifiée à la fois par le positivisme qui fonde nos systèmes juridiques classiques et par le libéralisme politique que nos sociétés ont depuis longtemps adopté. Selon le positivisme, l'instance judiciaire et les juges en particulier appliquent du droit, mais n'ont pas vocation à créer du droit, ce qui est une fonction politique antérieure à l'application du droit. Tout notre système dépend de l'idée selon laquelle le droit appliqué *découle* de la politique. Paradoxalement, le libéralisme postule à l'inverse que le droit est apolitique parce qu'antérieur aux rapports de force. C'est ce qui autorise le droit à régler les rapports politiques et à arbitrer les conflits. Notre culture politico-juridique repose alors sur cet équilibre assez fragile entre un droit positif élaboré politiquement et un droit fondateur de l'ordre politique lui-même.

Dans cet équilibre, la fonction du juge paraît cloisonnée, et clairement apolitique, dans un double sens. D'une part, son raisonnement doit être politiquement neutre. Il doit se fonder exclusivement sur le droit *par opposition à la politique*. D'autre part, le juge doit être préservé de l'influence, voire des menaces, que pourraient exercer les politiques à son égard. C'est d'ailleurs ce qu'implique la séparation des pouvoirs, qui répond à une logique des équilibres : il faut répartir les pouvoirs de l'Etat et non les concentrer, afin d'éviter que quelqu'un n'en abuse. Il faut, selon l'expression de Montesquieu, que le pouvoir arrête le pouvoir.

22 Voir M. Delmas-Marty, « La mondialisation et la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Cahiers de l'Institut d'Etudes sur la Justice, sous presse.

On entend notamment par là qu'il faut limiter le pouvoir des juges, en leur imposant le « texte précis de la loi ». Le frein aux abus de pouvoir des juges consiste alors à structurer le droit écrit, à le rendre complet, clair, hiérarchisé, de manière à ce qu'il s'impose au juge. La mise en place du Code civil français illustre concrètement cette philosophie. En même temps, la séparation des pouvoirs implique en retour que les juges soient protégés et indépendants. La séparation des pouvoirs débouche donc sur une définition du statut du juge dans un Etat de droit qui peut être interprétée de façon ambiguë. La séparation des pouvoirs limite la marge de manœuvre du juge et, en même temps, sacralise son indépendance.

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

L'anonymat du juge garantit la sécurité juridique, qui suppose une application du droit prévisible et égale pour tous. On présuppose ainsi que le citoyen n'a de sécurité juridique que s'il a accès à un juge qui fonde ses décisions sur un droit *déjà donné*, auxquels les décisions judiciaires ne changent rien. Idéalement, la sécurité juridique implique même que la décision du juge est identique quel que soit le juge qui la rend. Ce pré-requis est fondateur du statut du juge dans la mesure où il assure l'interchangeabilité du tiers, et au fond le caractère impersonnel de la fonction de juge. Quelle que soit la personnalité du juge, le justiciable est assuré que c'est la loi qui est appliquée. C'est ainsi qu'il faut comprendre la recommandation de Montesquieu dans *L'esprit des lois* : « On craint la magistrature, et non les magistrats »²³. Dans la tradition de droit continentale, la justice est de ce fait perçue comme une prestation de l'institution, dont les différents juges ne sont que des serviteurs interchangeables²⁴. Parce que la fonction de juger est impersonnelle, le juge

23 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Folio, 1995, p.330.

24 Juger devient ainsi, chez les modernes, une fonction impersonnelle, alors qu'il s'agissait d'une vertu très personnelle chez les Anciens, et notamment chez Aristote. Aristote concevait en effet la prudence dans le jugement comme une vertu intellectuelle, ou une sagesse pratique spécifique. Aristote ne faisait pas de cette sagesse un don naturel, mais une manière de se conduire ou d'être à la hauteur sans se réfugier derrière une règle de conduite ou une règle déontologique. La vertu du juge, la sagesse pratique, consistait pour Aristote à prendre les bonnes décisions en situation. Le discours politique moderne est précisément un discours qui se passe des vertus, bien qu'on en trouve la trace chez la plupart des penseurs, et notamment chez Montesquieu. Chez ce dernier, la vertu (républicaine) n'est pas une qualité personnelle du juge, qui lui permet de prendre les bonnes décisions en situation,

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

Cela contraste fortement avec les systèmes de *common law* pour lesquels la justice procède d'une décision rendue par un homme (*judge made law*). Dans ce cas, le juge porte la responsabilité directe de ce qu'il a décidé. Un juge américain, par exemple, signera sa décision, rédigée à la première personne, alors que jamais un juge français ne rendrait des décisions en son nom propre. La personnification des jugements est telle aux Etats-Unis que, dans les décisions collégiales, les opinions individuelles de tous les juges ont voix au chapitre.

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

La montée en puissance des juges semble récuser la logique de l'équilibre des pouvoirs telle qu'elle est pensée en droit continental, parce que les juges paraissent de plus en plus s'émanciper des contre-pouvoirs traditionnels pour affirmer leur propre autonomie. Cette montée en puissance a d'ailleurs débuté au niveau national, avec le constitutionnalisme et l'idée qu'un texte juridique fondamental pouvait se maintenir au-dessus des lois et de la volonté du législateur. Dans certains pays, comme la Belgique, il a fallu du temps pour admettre que le pouvoir judiciaire pouvait

mais à l'inverse sa capacité à s'effacer au profit de la loi. Les vertus au sens aristotélicien varient trop d'une personne à l'autre, selon son histoire et son expérience. On ne peut les contrôler. Le bon exercice de la justice ne peut reposer sur de telles capacités incertaines, mais seulement sur un droit précis et complet, accompagné d'une méthode de jugement infaillible, qui s'impose à tous les juges de la même façon indépendamment de leurs convictions personnelles. S'effacer au profit de la loi signifie bien, chez les modernes, juger en dépit de ses convictions personnelles. Voir J. Allard, A. Garapon et F. Gros, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, sous presse.

exercer le contrôle de la Constitution, car il implique que c'est le juge qui a le dernier mot sur le droit, et non le législateur.

En France, cela demeure très controversé, et cette controverse s'illustre dans la dualité juridictionnelle, c'est-à-dire le fait qu'il existe un ordre juridictionnel administratif distinct de l'ordre juridictionnel judiciaire. Après la révolution, on a en effet cherché à soustraire le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et l'administration au contrôle des juridictions, au motif que celles-ci ne disposaient pas d'une légitimité suffisante pour juger les actes émanant d'autorités procédant du suffrage universel ou agissant au nom de l'intérêt général. L'institution d'une juridiction administrative, le Conseil d'Etat, en 1799, visait à permettre tout de même un contrôle des actes de l'administration, mais seulement par une juridiction spécifique, distincte de l'autorité judiciaire.

La montée en puissance des juges dans les démocraties contemporaines provoque la crise de ce modèle. Elle n'est pas seulement le fruit de l'activisme de certains juges, mais aussi une tendance de la société qui ne croit plus aux immunités. Ainsi voit-on en France depuis quelques années des ministères perquisitionnés, ou des élus condamnés, en dépit justement de la dualité juridictionnelle. Or, écrivait Tocqueville, « ce n'est pas accorder un privilège particulier aux tribunaux que de leur permettre de punir les agents du pouvoir exécutif quand ils violent la loi. C'est leur enlever un droit naturel que de le leur défendre »^{25, 26}.

Cette dynamique est renforcée par la création de juridictions supranationales, comme la Cour européenne des droits de l'homme, qui reçoivent les requêtes individuelles contre les Etats, et en viennent par conséquent à contrôler le travail des Etats.

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

26 Les droits de l'homme ont ainsi cessé d'être considérés seulement comme une référence ultime face à une menace exceptionnelle, mais ont pénétré nos vies quotidiennes ainsi que tous les secteurs du droit – droit de la famille, droit du travail, droit civil, etc. Ils ont également conquis de nouveaux terrains, notamment en matière sociale et culturelle. Ils se sont étendus (aux droits de deuxième puis de troisième génération), étant de moins en moins formels et de plus en plus substantiels. La montée en puissance des juges demande en tout cas à repenser les rapports entre droit et politique, dont dépend au fond le statut du juge dans la société. Nous devons en effet faire face à un double processus. D'une part, le droit est devenu moins hermétique à la politique. Le juge lui-même a été plus investi politiquement. Et la scène judiciaire a été reconnue comme un véritable espace public. La politique a donc colonisé le droit. D'autre part, le droit est devenu le principe du social. Le juge et la scène judiciaire sont considérés aujourd'hui comme les instances suprêmes de régulation du social. Le vocabulaire des droits de l'homme a été déterminant dans ce processus : juridique sans être technique, il a envahi la sphère publique et arbitre aujourd'hui les débats politiques. Le droit a donc à son tour colonisé la politique.

Il y a là un déplacement qui n'est pas anodin pour comprendre le conflit contemporain entre le droit et la politique : les juges européens ne contrôlent pas les Etats en vertu d'une Constitution, dont la portée est politiquement fondatrice d'un Etat, mais à l'aune des droits de l'homme, tels qu'ils ont été consignés dans une Convention entre Etats. On peut donc présumer que les grandes déclarations de droit renversent la primauté de la politique sur le droit et rendent possible, comme Derrida l'affirmait à propos de la déclaration d'indépendance américaine, des coups de droit qui sont en même temps des coups de force²⁷. Par le droit, montre Derrida, on peut aussi bien que par la force mettre en place des institutions politiques.

Historiquement, il faut en tout cas admettre que la crise de la souveraineté de l'Etat et la montée en puissance des juges trouvent la même source, et se renforcent réciproquement. Mais cette dynamique (montée en puissance des juges / affaiblissement de l'Etat) prolonge plus qu'on ne le pense la séparation des pouvoirs. La montée en puissance des juges ne serait pas dans ce cas la négation de la séparation des pouvoirs, mais sa radicalisation, avec pour conséquence le déclin de l'Etat-nation.

Hobbes, qui n'était pas favorable à la soumission du Léviathan au droit, avait prédit qu'une telle division du pouvoir de l'Etat l'affaiblirait et conduirait à sa disparition. « Il y a une doctrine clairement et directement contraire à l'essence de l'Etat ; c'est que la puissance souveraine peut être divisée. En effet, qu'est-ce que diviser la puissance de l'Etat, sinon la dissoudre ? (...) Ce sont là des doctrines principalement recueillies chez certains de ceux qui pratiquent les lois et s'efforcent de les faire dériver de leurs propres connaissances et non de la puissance législative »²⁸. C'est cette hypothèse hobbesienne qui est confirmée aujourd'hui par la mondialisation du droit.

On assiste d'ailleurs aujourd'hui à une convergence de deux phénomènes qui se renforcent mutuellement : d'une part, on constate un processus de judiciarisation interne qui s'est développé dans les années 1990 un peu partout dans le monde démocratique et qui se traduit par une augmentation massive du contentieux judiciaire. D'autre part, on constate un processus de supranationalisation du droit. Le plan international des droits de l'homme notamment confère au juge – même au juge interne - une compétence et une légitimité nouvelles qui transcendent son titre national. Et cette compétence renforce en retour sa position face au législateur national.

De ce fait, la pression exercée *sur* le juge interne par l'Etat et la pyramide des normes se relâchent, de telle sorte que les juges sont de plus en plus actifs dans la production normative du droit. Même les juridictions inférieures prennent des décisions dont la portée est beaucoup plus vaste

27 J. Derrida, *Déclarations d'indépendance*, in *Otobiographies*, Paris, 1984, p. 13 s.

28 T. Hobbes, *Léviathan*, Chap. 19.

qu'avant. Le juge, *a fortiori* s'il est international, n'est plus ce délégué de la souveraineté qui réglait les relations entre individus. Il s'insère désormais davantage qu'avant dans la relation entre l'Etat et l'individu, ce qui renforce encore sa position de tiers : non seulement à l'égard des parties, mais à l'égard de l'Etat lui-même.

L'émancipation du juge et son détachement progressif du sol national peut avoir un revers : certaines décisions, appuyées sur du droit étranger par exemple, peuvent susciter indignation et colère. On peut ainsi s'inquiéter de décisions qui ne rencontreraient pas l'adhésion des communautés nationales auxquelles elles s'appliquent. Les décisions de justice peuvent ainsi provoquer le sentiment d'une scission inédite entre les juges qui prennent la décision et la communauté qui en subit les effets. On perd ce que le philosophe Jürgen Habermas considère comme le lien constitutif de la justice, à savoir la possibilité, pour les destinataires de la norme, de s'en considérer comme les auteurs potentiels²⁹.

On peut donc penser que le conflit entre droit et politique se rejoue à nouveau : l'émancipation du raisonnement du juge coïncide-t-elle vraiment avec un progrès de la démocratie ? Parce que la réponse à cette question reste incertaine, la montée en puissance des juges correspond à la fois à une passion du juge et à une crise du juge³⁰. La passion du juge³¹ s'inscrit dans un désir romantique de justice, dont on trouve déjà la trace chez Aristote au VI^e siècle avant J-C. Je le cite : « Toutes les fois qu'il y a contestation, on se réfugie près du juge. Mais aller au juge, c'est aller à la justice, car le juge nous apparaît comme la justice vivante et personnifiée ». Cette passion du juge est également cultivée dans l'imaginaire chrétien occidental : Dieu lui-même est le premier juge des hommes, omniscient et omnipotent. C'est lui qui sert de modèle, c'est devant lui que le juge, au Moyen-Age, est comptable de ses jugements. C'est aussi Dieu qui émancipe le juge des pouvoirs temporels.

On peut donc penser que l'autonomisation accrue des magistrats et l'engouement actuel pour le juge contribuent à re-sacraliser la justice, pour retrouver un peu de la transcendance perdue au moment de la laïcisation de la société. Mais cette passion pour le juge peut aussi conduire à des impasses. L'enthousiasme naïf pour la toute-puissance de la justice peut

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

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

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

jouer contre la justice elle-même. En effet, les attentes à l'égard du juge, comme relais des droits de l'homme notamment, sont parfois démesurées et risquent de renvoyer l'image de l'impuissance du juge. On espérait Dieu, et l'on n'a trouvé que des hommes, humains trop humains.

Ainsi la société éprouve-t-elle une crainte réactive à l'égard du juge, notamment face à ce que les médias appellent des « dérapages judiciaires », et auxquels les politiques semblent incapables de répondre. Ils font mine de découvrir avec le grand public les difficultés posées par le travail du juge, ils s'indignent au lieu de s'interroger en profondeur sur le rôle des juges, sur leur formation, sur leur responsabilité, etc.

Au fond, le statut du juge « bouche de la loi » a permis d'éviter l'autre question qui fâche à propos des juges, à savoir : « comment bien juger ? ». Dès lors, le statut du juge est en même temps idéalisé et fragilisé. Alors que l'on fait de plus en plus appel au juge, on le craint en même temps de plus en plus. Ce n'est peut-être plus tant d'ailleurs son pouvoir que l'on craint aujourd'hui, que les défaillances de son pouvoir. En effet, l'inquiétude émane en partie de la déception qu'on peut ressentir envers le pouvoir judiciaire, et répond sans doute aux attentes démesurées que la société nourrit parfois à son égard³². Le fait que le statut du juge reste dans beaucoup de pays d'Europe un sujet tabou n'arrange rien à l'affaire : le pouvoir du juge est d'emblée perçu comme un abus de pouvoir. Il ne peut donc susciter que de la crainte, une crainte qui empêche de construire un statut positif du juge, tel qu'on l'observe notamment aux Etats-Unis.

Le statut positif du juge aux Etats-Unis passe par une exigence à l'égard de la qualité des décisions rendues. Il se traduit également parce qu'on appelle en anglais l'*accountability*, c'est-à-dire la capacité nécessaire du juge à rendre compte de ses choix et à rendre des comptes sur ses responsabilités. La qualité intellectuelle et morale des juges américains est si centrale pour ce statut du juge, que certains d'entre eux sont élus, et d'autres, comme les juges de la Cour suprême, doivent, avant toute nomination, passer l'épreuve d'une audition sénatoriale, retransmise à la télévision, durant laquelle ils sont interrogés sur leur passé professionnel, leurs convictions intimes, leurs options interprétatives, etc.

Une telle intervention du pouvoir politique passerait peut-être chez nous pour contraire à la séparation des pouvoirs. Mais la nomination ou l'avancement de nos juges, pour être moins transparents, sont-ils vraiment

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

moins politiques? Il faut d'ailleurs peut-être se méfier de l'expression de "montée en puissance" des juges. Le terme laisse penser que la judiciarisation de la société est une évolution dangereuse, une menace, comme si autrefois le juge avait été privé de pouvoir.

III. Droit et politique dans la justice mondialisée

Que faut-il en déduire des relations entre droit et politique dans la justice mondialisée ? Le conflit entre droit et politique apparaît de façon flagrante dans la question des crimes contre l'humanité. Il est donc important de souligner la place que tient cette question dans la mondialisation de la justice. La seconde guerre mondiale, et en particulier l'expérience des crimes contre l'humanité, constitue l'un des moments forts et fondateurs de cette mondialisation et de l'accroissement du pouvoir des juges qui en résulte. Cette expérience débouche en effet sur trois constats qui vont favoriser sinon le droit, du moins la justice, dans le conflit qui l'oppose à la politique.

Premièrement, l'expérience de l'holocauste débouche sur une crise de la politique traditionnelle : un gouvernement peut procéder à l'extermination de ses propres citoyens. Il faut donc instaurer des gardes fous pour protéger les citoyens de leur gouvernement. L'expérience totalitaire montre non seulement que l'Etat doit être contrôlé davantage, mais aussi qu'il est difficile de faire confiance à l'Etat pour se contrôler lui-même. C'est la fonction de la justice des droits de l'homme. Bien sûr, en 45, l'idée des droits de l'homme n'est pas neuve. Mais il faut admettre que cette idée est restée impuissante à empêcher le pire. Il faut donc rendre les droits de l'homme plus contraignants, et créer des instruments positifs de contrôle et de mise en œuvre au-delà de l'autorité de l'Etat.

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

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

Pour toutes ces raisons, le procès de Nuremberg marque un tournant dans la montée en puissance des juges : au moment où tout s'effondre, où la guerre a fait table rase des anciennes solidarités, où les corps politiques sont dévastés ou divisés par les différents courants qui veulent se partager le gâteau de la victoire, un procès est organisé, dont on attend qu'il répare les cicatrices laissées par la guerre et l'holocauste. Même si le procès de Nuremberg n'a pas nécessairement répondu à toutes les attentes, il a profondément marqué les esprits³³. Il a laissé paraître l'importance et l'utilité du pouvoir de juger. Ce procès a montré à la fois l'incapacité des règles juridiques à faire face - « Il n'y a pas de règles pour ce qui est sans précédent »³⁴ disait Hannah Arendt à propos du procès Eichmann -, et en même temps, la capacité d'une juridiction à surmonter les défauts de l'ordre juridique, à prendre sur elle la responsabilité de juger quand même. Assurément, le statut du juge s'en est trouvé modifié, puisque l'œuvre de justice lui a été confiée presque indépendamment des lois en vigueur³⁵. Arendt souligne, à propos des procès pour crimes contre l'humanité, « l'insuffisance du système juridique en vigueur et des notions juridiques courantes qui ont trait au massacre administratif organisé par un appareil d'Etat. En examinant de plus près cette question, on découvre, dit-elle, que les juges, dans tous ces procès, ne prenaient en considération que les *actes* monstrueux. Ils jugeaient librement en quelque sorte, sans s'appuyer vraiment sur les précédents et les critères juridiques qu'ils invoquaient pourtant avec plus ou moins de bonheur, pour justifier leurs décisions »³⁶.

Ces trois constats ont également contribué au développement des droits de l'homme depuis la Déclaration universelle de 1948. A vrai dire, l'inflation des droits de l'homme et la montée en puissance des juges coïncident un peu partout dans le monde. L'intégration progressive des

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

34 Arendt, *op. cit.*, p.322.

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

36 *Ibid.*, p.321.

droits de l'homme au droit positif débouche aujourd'hui sur la reconnaissance de supers droits inaliénables, contre lesquels la politique semble *par nature* impuissante. Le rôle confié aux juges à Nuremberg et, depuis, à la justice pénale internationale, a donc profondément modifié la logique du droit. « C'est grâce à un procès qui se déroule par-delà toute souveraineté nationale que l'on parvint à couler l'atrocité de l'extermination systématique des juifs organisée par l'Etat dans des concepts juridiques et des procédures judiciaires (...). *Ce n'était pas seulement une nouvelle loi ou un nouveau principe, mais une nouvelle logique du droit qui était introduite ici* »³⁷.

L'expérience totalitaire a participé au déclin de la souveraineté de l'Etat que l'on connaît aujourd'hui et elle a contribué à placer les juges sur le devant de la scène. En cela, la logique du droit contemporain est réellement différente de ce que laissaient supposer les fondements de l'ordre juridique moderne. Si la séparation des pouvoirs est maintenue, c'est plutôt au profit de la figure du juge cette fois. Le pouvoir judiciaire affirme de plus en plus son rôle de contrôle des autres pouvoirs, et le fonde sur son émancipation à l'égard de l'Etat. Le juge a ainsi été désigné comme le gardien ultime à la fois de la Constitution au niveau interne et des Conventions et des Pactes au niveau international³⁸.

Cette évolution, confortée par la mondialisation et par la montée en puissance des juges, rejoue le conflit entre droit et politique, sans doute à la faveur du droit, puisqu'il n'y a aucune équivalence entre la démocratie politique et la défense des droits de l'homme. Toutefois, il faut peut-être souligner que c'est la justice – et non le droit en tant que tel – qui bénéficie le plus de ce processus. Ce qui rend les juges plus indispensables encore.

Cela tient en partie à l'absence de corps politique mondial, notamment législatif, qui serait à la source d'un droit mondial, universellement appliqué. Au contraire, un tel droit n'existe pas encore, ce qui fait que les juges bricolent avec les droits nationaux et internationaux existants, et ce au cas par cas, ce qui renforce encore une fois la crainte de pouvoir des juges. La spécificité de cette justice globalisée est de fonctionner de façon autonome, sans avoir besoin d'être soutenue par un pouvoir global. Plutôt que d'un conflit entre droit et politique, d'une tension nécessaire à l'existence de l'un et l'autre, il faudrait plutôt parler d'un divorce entre droit et politique. On le voit aux deux bouts du processus politique (législatif et exécutif) : d'un côté, le droit mondialisé fonctionne sans lien avec une instance politique source des normes en vigueur et, de l'autre, ce droit est de plus en plus dissocié de la force. Comment conceptualiser un droit sans

37 U. Beck, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Aubier, 2004, pp.328-329. C'est moi qui souligne.

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

capacité de mobiliser la force publique ? « Les conventions sans l'épée, soulignait déjà Hobbes, ne sont que des mots, et sont sans force aucune pour mettre qui que ce soit en sécurité »³⁹.

Les juges semblent en tout cas s'affranchir de ce qui constituait autrefois leur légitimité politique. Il est vrai que ce nouveau mode de production du droit présente un déficit démocratique. Dans le dialogue des juges par exemple, une juridiction va citer une décision étrangère sans prendre en considération l'origine politique des droits protégés par la décision citée, qui sont toujours le fruit d'une lutte, d'une transaction, au cœur de l'histoire démocratique. La mondialisation judiciaire réactualise ainsi la question de l'autonomie du droit, et en particulier des droits de l'homme, par rapport aux forces politiques et économiques de la société. La séparation des droits dits fondamentaux de leur origine politique incite à penser ces droits comme un patrimoine indépendant de tout mandat politique, une forme de droit naturel.

De nombreux penseurs dénoncent donc le divorce entre droit et politique. Daniel Bensaïd, par exemple, s'inquiète « de l'affaiblissement du rapport entre le droit et la démocratie politique » et prévient que, « à défaut de cette source politique, la mondialisation judiciaire aboutirait à une sorte d'Etat judiciaire mondial sans contrôle politique légitime, rappelant ce que les juristes allemands appelaient naguère le *Justizstaat* ou le *Juridiktionstaat*, pour désigner la domination du législatif par le judiciaire et la production de la loi par les juges eux-mêmes »⁴⁰.

Faut-il souscrire à cette vision inquiétante ou concevoir simplement qu'il faille aujourd'hui faire de la politique autrement ? Dans ce cas, on ne verrait pas dans la mondialisation de la justice une substitution du droit à la politique et des juges aux législateurs, mais une réorganisation des rapports entre droit et politique. La question ne serait plus de retourner en arrière, mais de réinvestir politiquement la justice elle-même, ce qu'ont bien compris les ONG des droits de l'homme, comme on l'a vu dans les exemples cités précédemment.

Dans la réalité, on constate une co-pénétration entre droit et politique : d'un côté, le juge est de plus en plus confronté à des arguments qui ne sont pas exclusivement juridiques et à des personnages *a priori* étrangers au droit⁴¹. Le juge doit répondre à des demandes de plus en plus *politiques* et

39 T. Hobbes, *Léviathan*, Chap. 17, Folio, p.282.

40 *Qui est le juge? Pour en finir avec le tribunal de l'Histoire*, Paris, Fayard, 1999, p. 72

41 On s'aperçoit que les systèmes parallèles de règlement des conflits sont de plus en plus sollicités, en particulier ceux qui recourent à des incitants économiques (ex : droits de polluer). Des dispositifs sont mis en place qui font des personnes privées des acteurs responsables de l'application et de l'exécution du droit. On constate cette tendance dans la régulation d'Internet par exemple, où l'on tente de faire peser la responsabilité du contrôle sur les fournisseurs d'accès, qui sont contraints de s'ériger en juges voire en censeurs. L'objectif est de réguler les relations sociales sans passer par une instance judiciaire, car un

endosse un nombre croissant de responsabilités. D'un autre côté, pour pénétrer la sphère judiciaire, les acteurs politiques doivent intégrer le langage, la logique et les codes du droit, voire des droits de l'homme, dans les termes desquels se traduisent aujourd'hui de nombreux combats politiques. Il y a également une donne qui a changé et pèse sur le conflit entre droit et politique : le droit et la justice, plus que la politique, ont vocation à protéger les plus faibles, et en particulier ceux qui sont minoritaires. La justice confère ainsi de la légitimité à des revendications indépendamment du nombre, alors que, à l'intérieur du pacte démocratique, la majorité seule avait le plus souvent force de loi.

La mondialisation de la scène judiciaire ne se fait donc pas au bénéfice du droit et au détriment de la politique, mais débouche sur une recomposition des rapports entre droit et politique, pour la plupart affranchis de la souveraineté de l'Etat-Nation et de la représentativité politique classique. La justice globalisée offre une scène à l'action politique, au sens presque phénoménologique d'un espace d'apparition où peuvent se révéler, à travers les échanges, des acteurs, des logiques, des combats, qui demeureraient dans l'ombre au niveau national. La justice crée un entrelacs de relations qui constitue ce « monde commun » qui manque encore à la mondialisation économique et technique⁴². De plus, la justice globalisée est devenue un outil de résistance à l'interne, tant elle permet d'ouvrir la

procès coûte cher (en temps, en argent etc.), mais aussi et surtout parce que le droit traditionnel ne s'applique que sur un territoire bien délimité. Or de nombreux conflits et problèmes contemporains ne respectent plus les mêmes frontières, que ce soit internet, comme on l'a dit, ou le commerce ou le terrorisme. Ces façons de « réguler » les rapports sociaux sans faire intervenir le droit dans un rapport vertical d'obligation concurrentent les ordres juridiques classiques, qui fonctionnent à la fois à l'intérieur de frontières données et à l'aide de catégories juridiques contraignantes. Le conflit entre droit et politique n'est pas loin : l'enjeu des nouvelles régulations est d'établir, au niveau mondial qui ne dispose ni d'un droit global systématiquement appliqué, ni d'un pouvoir exécutif (et en particulier d'une police), un système de négociation où le judiciaire, la menace de la juridictionnalisation d'un conflit, sert seulement de levier pour trouver l'accord recherché. Autrement dit, le juge est dans ce cas une menace suffisamment efficace, mais n'intervient pas directement.

42 La scène judiciaire aurait donc ce pouvoir de faire apparaître un monde commun. C'est ce que sous-entend Etienne Tassin lorsqu'il s'interroge : « Même si le droit ne saurait être une politique, le droit cosmopolitique peut-il constituer le cadre requis pour une politique du monde commun susceptible de relever le défi de l'acosmisme ? » (E. Tassin, *Un monde commun*, Paris, Seuil, 2003, p.178). L'acosmisme, dit Tassin désigne la négation du cosmos et du monde commun qui caractérise une mondialisation purement technique et économique. En offrant un forum à une échelle plus globale, la justice serait donc un moyen de compenser le caractère purement économique et technique de la mondialisation dans laquelle nous vivons.

politique nationale à des regards extérieurs⁴³. C'est ce que souligne Etienne Tassin : « Ce n'est plus, dans ce cas, le droit qui règle la politique, ce sont les exigences politiques qui érigent le droit en argument politique »⁴⁴. La justice sert ainsi de levier que l'on actionne dans les combats politiques⁴⁵.

Ce phénomène est autant une politisation de la justice qu'une pénétration du droit dans la sphère politique⁴⁶. On peut alors se demander si le rôle des juges dans la mondialisation consacre « l'empire du droit » ou

43 Beck rappelle la métaphore utilisée par Fichte pour expliquer l'impératif de réflexivité : la vue ne peut se voir elle-même. Il faut donc ajouter un œil à la vue, pour qu'elle devienne réflexive (U. Beck, *op. cit.*, p.125).

44 *Ibid.*, p.203.

45 Il ne faut pas se méprendre toutefois sur le rôle que jouent les juges dans ces combats, en particulier à l'international : les juges sont privés d'un pouvoir de niveau mondial, mais ils restent le plus souvent adossés à leur pouvoir politique national. L'enjeu de leurs décisions est bien un enjeu de politique et de puissance, et non de morale, comme le souligne Ulrich Beck : « Puisqu'il n'existe pas de gouvernement mondial et tant qu'il n'existera pas de gouvernement mondial, affirme Ulrich Beck, ce sont les droits de l'homme et les instances jugeant de leur application ou de leurs violations qui créeront la légitimité, la concéderont ou la retireront, et la céderont – revers de la médaille – aux Etats, pays, régions à l'origine de l'intervention « légitime » de la force » (*Ibid.*, p.96). Cet effet des droits de l'homme sur les relations politiques est fondamental pour comprendre l'impact de la cosmopolitisation de la justice. Il montre notamment que les droits de l'homme suivent autant la logique du pouvoir que la logique du droit. « Le régime des droits de l'homme est une arme à double tranchant » (*Idem*) : la promesse d'une pacification du monde, si cher au cosmopolitisme des Lumières, se renverse rapidement en une déstabilisation du monde, une « guerre perpétuelle » pour inverser l'espoir de Kant.

46 Comment expliquer la force de la justice sur la scène mondiale, là où la politique ne paraît pas encore capable de s'imposer, ni de fédérer ? Cela tient en partie à l'action du juge elle-même, à savoir le jugement. Ce dernier est soumis à une exigence de raison, de justification à laquelle sont moins directement soumis les autres pouvoirs, qui expriment des volontés particulières. Comme tel, le travail des juges comporte une dimension universalisable propre, qui est renforcée par la position du juge à l'égard du pouvoir politique : le juge est indépendant, ce qui lui donne d'emblée une crédibilité au-delà de l'Etat-nation auquel il appartient. Le fait qu'il soit un tiers qui n'a rien à perdre ou à gagner se transforme également en avantage dans un contexte mondialisé : il se situe au-dessus de la mêlée, et n'incarne *a priori* aucun point de vue particulier. Le rôle joué par les juges dans la mondialisation montre d'ailleurs que, plus que le droit, c'est la fonction tierce remplie par les juges qui est un critère d'exportation et de commerce entre Nations. Dans un cadre mondialisé, où les modèles du légicentrisme et de la pyramide des normes perdent du sens, l'instance judiciaire apparaît donc de plus en plus comme ce que Paul Ricoeur appelle une « instance paradigmatique » (Paul Ricoeur, *Le juste*, Paris, Editions Esprit, p.176). Elle révèle, au-delà des règles, la spécificité du « juridique » : l'organisation d'un procès qui impose la présence d'un tiers habilité à juger dévoile en quelque sorte les rationalités propres du droit. C'est pourquoi le jugement joue un rôle central dans nos représentations du droit. Cela fait de l'institution judiciaire « l'un des rares lieux de concentration d'une puissance symbolique face à un système international décentralisé » (H. Asencio, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, A. Pedone, 2003, p. 193).

témoigne d'un « autre moyen pour continuer la politique » ? Il s'agit évidemment d'un double clin d'œil.

D'un côté, « l'empire du droit » fait évidemment référence au titre de l'ouvrage-phare de Ronald Dworkin, « *Law's empire* »⁴⁷. Outre une vision américaine des rapports entre droit et politique, Dworkin y propose une définition du droit englobante : le droit n'est pas un système clos de normes, mais une pratique qui, comme l'interprétation, conditionne notre accès au monde (droit comme interprétation). En vertu d'un cercle herméneutique, nous n'avons jamais accès au monde sans passer par le prisme du droit. C'est ce dont veut rendre compte la notion d'empire du droit : le droit est partout. De façon plus politique, l'empire du droit fait référence à l'importance du droit, dont les principes permettent ultimement d'évaluer les actions. Cette définition du droit justifie évidemment chez Dworkin la prééminence du droit sur la politique.

De l'autre côté, « la politique par d'autres moyens » fait bien sûr référence au célèbre aphorisme de Clausewitz selon lequel « la guerre est la continuation de la politique par d'autres moyens »⁴⁸. Le droit serait-il un moyen de faire de la politique ? Cela peut évidemment avoir plusieurs sens. Le droit est-il par exemple instrumentalisé par le pouvoir politique ? Ou bien le droit permet-il de lutter politiquement au bénéfice des plus faibles ? Dans les deux cas toutefois, la primauté de la politique sur le droit est maintenue.

Que nous apprennent ces deux images des rapports entre droit et politique ? L'empire du droit laisse clairement penser que, dans la guerre entre droit et politique, le droit a gagné aux dépens de la politique. Faire de la « politique par d'autres moyens » renvoie en revanche au renversement proposé par Foucault de l'aphorisme de Clausewitz : la politique, disait Foucault, est aussi la continuation de la guerre, tant elle s'appuie sur des dissensions et des rapports de force⁴⁹. Associer cette formule à la mondialisation du droit est éminemment paradoxal, puisque « la politique comme guerre » consiste précisément pour Foucault à rejeter la « juridicisation » du politique. Mais la question se pose également à propos du droit : n'est-il pas lui aussi une façon de continuer la guerre par d'autres moyens ? Cela correspond à une interprétation très « post 11 septembre » de l'empire du droit : le droit est aujourd'hui un instrument de guerre, et notamment de guerre économique.

47 R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Version française : *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994.

48 Voir C. von Clausewitz, *De la guerre*, Paris, Minuit, 1955.

49 Voir M. Foucault, *Il faut défendre la société*, Gallimard, Paris, 1997.

Le rôle joué par les juges dans la mondialisation⁵⁰ rend compatibles « l’empire du droit » (c’est-à-dire une domination du discours politique par le vocabulaire juridique) et une nouvelle manière de « continuer la politique par d’autres moyens » (c’est-à-dire l’utilisation du forum judiciaire pour des combats politiques). L’œuvre des juges dans la mondialisation ne témoigne pas véritablement d’une victoire du droit sur la politique dans le conflit qui les oppose depuis toujours. Il ne s’agit pas d’un complot contre les autres pouvoirs, ni même contre les autres façons de faire de la politique⁵¹.

Conclusions

Le rôle joué par les juges dans la mondialisation correspond en fait à deux phénomènes. D’une part, il est devenu impossible de faire de la politique sans utiliser le langage du droit, et en particulier des droits de l’homme : le droit a colonisé la politique, c’est la métaphore de l’empire du droit. D’autre part, beaucoup des questions de société sont abordées par les juges, non pas seulement du fait de leur activisme, mais en raison aussi de nouveaux acteurs politiques, comme les ONG par exemple, qui ont su utiliser la scène judiciaire pour mener et parfois gagner des combats politiques qui, sans les juges, seraient sans doute restés dans l’ombre. Le juge et le droit sont alors sommés de se prononcer sur des questions politiques : la politique elle aussi a colonisé le droit. Le droit est devenu un moyen de continuer la politique à l’échelle du monde.

Peut-on encore parler d’un conflit entre droit et politique ? Certains redoutent le divorce entre un droit mondial autonome qui s’auto-générerait et une politique devenue impuissante à l’échelle de la planète. On a vu que les choses ne sont pas si simples, notamment parce que les juges jouent un rôle dans la mondialisation sans qu’il n’existe de droit mondial. Plutôt qu’une séparation du droit et de la politique, c’est donc plutôt à une réconciliation qu’on assiste, ce qui ne va pas sans poser d’autres problèmes. Dans quelle mesure la politique s’appuie-t-elle aujourd’hui sur la justice pour développer des stratégies de puissance plus ou moins bien masquées ?

50 On aurait d’ailleurs tort de croire que le rôle joué par les juges aujourd’hui est tout à fait nouveau et que la mondialisation de la justice s’inscrit en rupture complète avec l’organisation politique traditionnelle de notre société. Ce qui a changé n’est pas la fonction du juge en elle-même, mais les pouvoirs – et les responsabilités – qu’on lui reconnaît désormais.

51 Il faut reconnaître cependant que la mondialisation ravive les contradictions qui pèsent sur le juge en démocratie. Les juges doivent également assurer la compatibilité entre une politique interne et ses références extérieures, entre la particularité de la culture judiciaire et des valeurs universelles. Cette place d’intériorité/extériorité du juge lui permet de créer du lien et de faire progresser son propre système, comme elle peut tout aussi bien l’éloigner de toute légitimité démocratique.

La prise en charge par les juges de questions politiquement constituantes conforte-t-elle la politique dans son renoncement à s'exercer en tant que telle ? La politique se résout-elle à abdiquer en renvoyant l'essentiel de ses responsabilités au droit ? L'idée qu'un pacte puisse avoir été conclu entre le droit et la politique est au fond l'option la plus inquiétante.

La métaphore de l'empire du droit a le mérite de ne pas masquer le fait que la mondialisation du droit est d'abord une globalisation, c'est-à-dire l'expansion, au niveau global, d'un modèle particulier, le modèle occidental voire, de plus en plus, le modèle américain. À ce titre, dirons les critiques de Dworkin, l'empire du droit n'est rien d'autre que l'empire américain. Et il devient en effet de plus en plus difficile de pouvoir les distinguer. Dans de nombreux exemples d'ailleurs, les juges américains sont au cœur des actions à l'échelle mondiale.

Pourtant, peut-on revenir en arrière ? Peut-on faire autrement que de constater ce phénomène et essayer d'y participer pour ne pas laisser à quelques pays le monopole de la mondialisation du droit ? S'agissant des juges, on ne pourra éviter qu'ils cherchent à pallier le flou du droit par de périlleux exercices de dialogues avec leurs homologues étrangers. Mais cette ouverture peut, à terme, se faire au bénéfice d'une forme de qualité et de rationalité de la justice. Si on concède aujourd'hui une plus grande autorité aux juges, on leur demande en même temps plus de justification, de motivation et d'argumentation. La dite « montée en puissance des juges » fait d'ailleurs ricaner certains magistrats : ils ne se sentent pas plus puissants qu'avant, mais plus regardés, écoutés, contrôlés qu'avant. Bref, les juges sont sur le devant la scène. Il faut alors pouvoir remettre les juges à leur place et ne pas attendre trop de leur travail. Rappelons-nous que la passion du juge ne peut que déboucher à terme sur la crise du juge.

Julie Allard⁵²

52 Julie Allard est chargée de recherches au FNRS, attachée au Centre Perelman de philosophie du droit de l'ULB et chercheur associé à l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (Paris). Elle enseigne notamment les grands courants du droit contemporain à l'Université de Mons-Hainaut.