

L'État et ses juges

Francis DELPÉRÉE

Introduction, par Roland Drago

Mon cher confrère,

Vous êtes membre correspondant de notre Académie depuis 1998, et c'est d'abord à ce titre que nous vous accueillons. Mais vous êtes aussi l'un des spécialistes de droit public les plus reconnus dans le monde – qu'il s'agisse du droit administratif, du droit constitutionnel, de la théorie générale du droit – et c'est la raison pour laquelle notre Compagnie a souhaité vous entendre sur l'une des questions les plus difficiles et la plus actuelle des sociétés modernes, celle des rapports de l'État avec les juges.

Je rappelle encore que vous venez de quitter la fonction de doyen de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, que vous êtes membre du Conseil d'État belge et que vos travaux dans les disciplines que j'ai indiquées sont innombrables. J'ajouterai enfin que, outre les titres nombreux que vous possédez dans votre pays, vous êtes docteur, en 1968, de la Faculté de droit de Paris avec une thèse, *L'élaboration du pouvoir disciplinaire de la fonction publique*. Cette thèse fut préparée sous la direction de Marcel Waline qui fut aussi mon maître et membre de cette Académie.

L'article 16 de la Déclaration de 1789 est ainsi rédigé : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » C'est dire que l'existence, la fonction et l'indépendance des juges est la condition d'un système constitutionnel. Pour fondamentale que soit cette condition, elle peut

conduire, pour reprendre une expression de l'Ancien Régime, à « mettre la couronne au greffe ». Aujourd'hui, qu'il s'agisse des juges constitutionnels, administratifs ou ordinaires, qu'il s'agisse des juges européens ou internationaux, leur volonté de puissance au lieu de garantir l'État peut conduire à le supplanter. C'est à vous de nous donner la réponse !

*
* *

Résumé : *Le juge ne crée pas la justice. Il la rend. Il la restitue au citoyen qui la lui a confiée.*

Le citoyen peut n'éprouver qu'une confiance limitée dans l'œuvre de justice. Les institutions qui remplissent la fonction de juger vont-elles condamner ou censurer l'État ? Vont-elles faire, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'État, œuvre cohérente ? Les progrès de l'État de droit ne sont pas tributaires d'une multiplication des institutions de justice. Un nouveau besoin apparaît. Celui de la coordination entre les décisions des juges nationaux, européens et internationaux.

De nouvelles responsabilités pèsent aussi sur les juges qui assurent le contrôle de l'État. Ils doivent examiner les recours introduits à l'occasion des procédures d'urgence. Ils doivent se préoccuper du caractère effectif des décisions qu'ils rendent. Le droit public des États européens connaît à ce sujet des évolutions significatives.

« Le juge n'existe que par le citoyen et pour le citoyen » (J. Rivero). L'œuvre de réconciliation du citoyen et de la justice est une œuvre démocratique.

*
* *

Il est, à propos du juge, une expression, familière et exacte à la fois. Elle circonscrit la fonction du juge au sein de l'État. Le juge, dit-on, rend la justice¹. Sous un chêne, dans un prétoire ou

1. Au moment de prendre, pour la première fois, la parole à l'Académie des Sciences morales et politiques, je m'autorise à exprimer un double sentiment : un sentiment de fidélité et un sentiment de fierté.

Le sentiment de *fidélité*, j'entends l'exprimer à l'égard d'un homme, Marcel Waline. Ce grand juriste, ce grand administrativiste, a été l'un des membres éminents de la section de législation, de droit public et de jurisprudence. Il m'a ouvert, il y a plus de trente ans, les portes de l'Université française. Sans Marcel Waline, je ne serais pas ici.

Un sentiment de *fierté*. Quel juriste de langue et de culture françaises ne serait pas honoré – la formule relève de la litote – de participer aux travaux de l'Institut, le par-

sous les lambris du Palais-Royal... Là n'est pas l'essentiel. L'important, c'est que le juge « rende » la justice. Au sens précis du terme, le juge ne crée pas la justice. Il la rend. Il la restitue à celui qui la lui a donnée. La justice n'est pas aux mains des pouvoirs – ou d'un pouvoir. Elle n'est pas la propriété des juges – ou du juge. En réalité, la justice appartient à chaque citoyen.

Montesquieu le soulignait, il y a deux siècles et demi. La fonction de juger occupe une place singulière parmi les fonctions étatiques. C'est une fonction qui ne s'exerce pas d'initiative. C'est une activité qui n'est pas spontanée. Le juge est sans pouvoir s'il n'est pas « saisi » aux fins de remplir son office. En ce sens, le citoyen est initiateur de justice. C'est lui qui saisit le juge, qui déclenche son intervention, qui confère à l'intervention du juge sa légitimité, sinon son autorité. Le citoyen joue ici un rôle irremplaçable. Comme l'écrit Jean Rivero, le juge « n'existe que par lui » – le citoyen –, la justice n'existe que « pour lui ». Le juge, effectivement, ne vient qu'en second ordre. Le temps du litige, il devient dépositaire de la justice. Il lui est demandé de la dispenser. Il a mission de restituer la justice aux parties au litige.

I / La justice donnée

Pierre Drai décrit ainsi l'œuvre de justice : « Deux hommes sont en présence l'un de l'autre. Et voici qu'un troisième homme est appelé à la rescousse, pour s'interposer, séparer et tenter de rendre à chacun son dû. » Et l'éminent magistrat d'ajouter : « Peut-être (ce troisième homme) arrivera-t-il au bonheur suprême, celui de les réconcilier et d'instaurer la paix entre eux. » Je serais tenté de compléter l'apologue de la manière suivante. Si le troisième homme ne réussit pas à faire œuvre conciliatrice, il rendra néanmoins service à la société. Il tranchera le litige qui empoisonne les relations entre les protagonistes. Il contribuera à restaurer l'harmonie du corps social.

Le citoyen a besoin de justice, comme de pain. Ce besoin est normalement rencontré dans l'État de droit. Des réponses struc-

lement des savants, comme on disait il y a deux siècles ? Je voudrais dire, à ce sujet, ma gratitude à l'ambassadeur Plantey et au président Drago. Ils savent l'admiration que je leur porte. Ils savent aussi le concours que je me suis promis de leur apporter.

Marcel Waline, Alain Plantey, Roland Drago... Je voudrais inscrire mon intervention d'aujourd'hui sous leur triple patronage. Je voudrais prolonger, pour une part, leurs interrogations sur l'État, sur le service public, sur la justice. Le thème suggéré – « L'État et ses juges » – se situe, par la force des choses, au carrefour de ces préoccupations.

turelles se sont imposées, chemin faisant. Des institutions de justice ont été mises en place. Ces institutions ont reçu mission de juger de toute chose, y compris des affaires de l'État. Des jurisprudences novatrices ont pu voir le jour. Aujourd'hui, cependant, ces réponses ne sauraient suffire. Le développement même des tâches de justice appelle moins des réponses institutionnelles que des réponses fonctionnelles. Le citoyen forme un vœu. Il aspire à une justice plus cohérente et plus ordonnée. Sera-t-il possible de tenir compte de ces nouvelles préoccupations ?

1 / Les réponses structurelles

La démarche citoyenne ne peut avoir un sens que si l'État a établi un appareil juridictionnel approprié. Le citoyen a le droit de s'adresser à la justice. Mais, comme dans un jeu de miroirs, l'État a le devoir de constituer des institutions de justice. La Convention européenne des droits de l'homme souligne la double portée de cette obligation constitutionnelle. L'État doit, d'abord, organiser des recours effectifs. Le premier droit de l'homme, c'est le droit de disposer d'un juge qui assure la protection effective de ses droits.

Mais il est une deuxième préoccupation, plus significative encore. Des recours effectifs doivent être organisés, en toute circonstance. Ils doivent l'être, même si « la violation (des droits et libertés) a été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Des procès doivent pouvoir être faits à l'État, à ses services, à ses personnels, de manière concrète aux ministres, aux agents publics, à tous ceux qui détiennent une parcelle de la puissance publique. L'on touche ici du doigt un mystère – ou un miracle, comme l'écrit notre confrère Prosper Weil. C'est le miracle de l'État de droit. L'État organise son propre procès. Comme au théâtre de Lyon, le gendarme prépare les verges avec lesquelles Guignol s'apprête à le battre. L'État met en place un appareil de justice qui permet au citoyen de « le » contester, lui et ses personnels. Il institue des juges qui seront en mesure de « le » condamner ou de censurer ses interventions.

Rien n'échappe à cette vague autocontestataire. Ni la loi qui doit pouvoir être confrontée à la Constitution. Ni les actes et règlements dont la conformité à la loi doit pouvoir être vérifiée. Ni les comportements de l'autorité publique qui peuvent engager sa responsabilité pécuniaire. Ni les infractions commises par ses agents qui peuvent justifier l'exercice de la justice répressive. Bref, il faut un juge. Il faut notamment un juge qui, à la requête du citoyen, accepte de juger l'État. Si ces principes institutionnels

ne sont pas acceptés, si ces techniques juridictionnelles ne sont pas mises en œuvre, la réalisation de l'État de droit est, pour l'essentiel, compromise.

2 / Les réponses fonctionnelles

Le citoyen peut, cependant, éprouver à l'encontre de l'appareil et des procédures de justice des sentiments partagés. Il confie la justice au juge, mais cette confiance reste réservée. Le citoyen ne peut cacher son incrédulité. L'État juge l'État... Soit. Mais fera-t-il preuve, à cette occasion, de l'impartialité requise ? Bénéficiera-t-il du recul nécessaire ? Trouvera-t-il en lui-même suffisamment de sérénité et de détachement ?

Avec cette question accessoire. Quelle justice pour l'État ? Juge-t-on l'État comme on juge un particulier ? L'État réclame-t-il, au contraire, un juge spécialisé ? Le juge de l'administration, notamment, ne doit-il pas provenir de l'administration même, voire y résider ? La plupart des États européens n'hésitent pas à s'inscrire dans une perspective dualiste. Il faut un juge pour les conflits entre particuliers, il faut un autre juge pour les conflits entre l'État et les particuliers. Sans compter que ce deuxième juge, investi de tâches juridictionnelles, aura, tels les Conseils d'État construits sur le modèle napoléonien, une autre mission qui est de conseiller l'État dans l'exercice de la fonction législative et réglementaire.

À ce moment, le citoyen éprouve quelque difficulté à comprendre les subtilités de la théorie du dédoublement fonctionnel... Le citoyen ne peut s'empêcher aussi de dire son désarroi. Il n'y a pas qu'une justice. Il y en a plusieurs. Le citoyen éprouve quelque difficulté à trouver les portes des prétoires qui lui sont pourtant grandes ouvertes. Il est confronté au morcellement des appareils de justice et à la diversité des procédures pour y accéder.

À supposer que le citoyen parvienne à découvrir les voies de droit qui s'ouvrent à lui, le voici confronté à de nouveaux choix. Ce sont des choix stratégiques. Pourquoi saisir tel juge plutôt que tel autre ? Que faut-il attendre de celui-ci ou de celui-là ? Les droits et les intérêts seront-ils également protégés ? Est-ce une même justice qui, sous des formes distinctes, va être procurée ? Le phénomène est saisissant et préoccupant à souhait. Les interventions juridictionnelles se multiplient et se diversifient. Il y a un besoin toujours plus grand de justice. Mais l'appareil de justice n'y répond pas de manière unifiée.

La puissance de juger, comme disait encore Montesquieu, se fragmente. Elle passe en de multiples mains. Il n'est pas excessif

de considérer que la justice explose à l'intérieur comme à l'extérieur de l'État. A-t-on pris la juste mesure de ce phénomène de désintégration ? À l'intérieur de l'État, le citoyen peut avoir affaire à la justice constitutionnelle, à la justice administrative, à la justice judiciaire, sous ses différentes formes – civile, pénale, sociale... Des institutions spécialisées de justice sont mises en place. Elles ne se distinguent guère à raison des matières qu'elles traitent. Un même litige peut, sous diverses facettes, faire l'objet d'appréciations différentes, selon qu'il est soumis à l'une ou à l'autre juridiction.

Il suffit de prendre l'exemple du contentieux électoral. Dans plusieurs États européens, le contentieux des élections législatives est porté, pour l'essentiel, devant le juge constitutionnel. Les actes détachables de l'élection, eux, peuvent être soumis au juge administratif. Si des droits et libertés sont menacés à l'occasion du scrutin, le juge judiciaire, statuant au contentieux de l'urgence, peut prendre les mesures provisoires que requiert l'imminence des échéances électorales. Quant au juge répressif, il peut s'attacher à réprimer les fraudes. Sans perdre de vue le contrôle que des autorités administratives indépendantes peuvent exercer sur le déroulement de la campagne à la radio ou à la télévision.

Les candidats, les élus, leurs conseils, les juges eux-mêmes, sans parler des électeurs citoyens, se retrouvent-ils dans un tel labyrinthe ? Ces situations enchevêtrées ne peuvent manquer de susciter des conflits. Des conflits positifs, quand deux autorités de justice entendent se saisir, au même moment, d'une même difficulté. Des conflits négatifs, quand deux autorités de justice rechignent l'une et l'autre à examiner la question posée et déclinent tour à tour leur compétence. Ces chicanes entre clerics donnent une mauvaise image de la justice.

Le démantèlement de l'œuvre de justice est plus manifeste encore si l'on tient compte des développements récents de la justice internationale. Les juges nationaux trouvent des relais dans l'ordre international. À Strasbourg, à Luxembourg, à Genève et bientôt à La Haye, il y a désormais d'autres juges qui sont prêts à condamner les États ou leurs démembrements. Il y a d'autres juges qui sont prêts à se prononcer sur la responsabilité des chefs d'État, des ministres, des parlementaires, des fonctionnaires ou des militaires... Il y a d'autres juges qui sont prêts à dénoncer de différentes manières la violation des droits fondamentaux par les autorités nationales. De ce point de vue, la Convention de Rome établissant le statut de la Cour pénale internationale est exemplaire. Elle oblige à réviser de fond en comble les cadres constitutionnels les mieux établis.

Le chef de l'État n'est plus inviolable, le ministre n'est plus amené à comparaître devant un juge spécialisé, telle la Cour de justice de la République, le parlementaire n'est plus irresponsable... Et ainsi de suite. Désormais, chacun d'eux doit éventuellement répondre de ses actes devant la Cour pénale internationale de La Haye. Chacun se réjouira de cette évolution s'il s'agit de censurer les crimes les plus manifestes et les plus odieux contre l'humanité. Chacun s'en inquiétera dès l'instant où des indignations sélectives et des investigations orientées pourraient conduire à traiter de manière discriminatoire les responsables politiques des États de la planète.

De manière plus fondamentale, il semble que le citoyen aspire à une justice plus cohérente et plus ordonnée. Le citoyen ne comprend pas que, lorsqu'il est question de juger l'État, les juges de l'État refusent de dialoguer, qu'ils s'ignorent ou qu'ils se concurrencent. Le citoyen s'étonne de voir les juges de l'État consacrer une part importante de leur temps, sinon de leur énergie, à régler des querelles de bornage. Comme si l'essentiel était de préserver un pré carré plutôt que de statuer au fond et de départager des prétentions opposées. Le citoyen s'inquiète encore du silence du législateur qui pourrait utilement intervenir pour mettre, à tête reposée, de l'ordre dans quelques contentieux poussiéreux.

Un besoin d'ordre pourrait également s'imposer. Les juges nationaux et les juges internationaux, en particulier, devraient apprendre à ordonner leurs interventions et à instaurer entre eux un ordre de priorité logique et chronologique. Ces juges pourraient, en l'occurrence, s'inspirer du principe de subsidiarité. Le citoyen se réjouit de voir la Cour européenne des droits de l'homme n'intervenir que lorsque les voies de droit ont été épuisées dans l'ordre interne. Il s'inquiète lorsque la même Cour entreprend de rejurer, sur la scène internationale, ce qui a déjà fait l'objet d'un examen complet dans l'ordre national. Le citoyen se réjouit de voir que le juge national marque une vive attention aux exigences du droit international, en particulier à celles du droit européen. Il s'inquiète lorsque ce même juge national est invité par des traités, voire par des lois, à exercer des compétences juridictionnelles qui sont illimitées dans l'espace et dans le temps.

La mise en œuvre du principe d'universalité conduit, par exemple, des juges nationaux à sanctionner, en dehors de toute référence géographique, les violations du droit international humanitaire – quel qu'en soit l'auteur, quel qu'en soit l'objet, quelle qu'en soit la victime. Le citoyen se réjouit de voir la justice nationale vivre à l'heure de la mondialisation. Il s'inquiète d'apprendre que des questions importantes comme celle des rap-

ports du juge constitutionnel et du juge européen, ou celle des rapports du juge administratif et du juge international, ne sont toujours pas résolues.

Le progrès de l'État de droit n'est pas lié à la démultiplication des instances de contrôle. La complexité n'est pas nécessairement signe de progrès. Il faut affiner les moyens de contrôle. Il faut instaurer une gradation entre les interventions. Il faut conserver à l'appareil de justice une certaine simplicité.

*
* *

II / La justice rendue

Le citoyen s'est, comme on dit, remis à justice. Confiant ou résigné, peu importe. Il appartient maintenant au juge de procurer la justice. Il lui revient de rendre la justice au citoyen. Comment le juge va-t-il s'y prendre lorsqu'un citoyen le saisit d'un litige qui l'oppose à l'État ?

Le juge ne saurait évidemment dénier sa compétence. Il doit oublier qu'il est un des rouages de l'appareil de l'État. Il doit exercer la fonction de juger de manière équilibrée. L'arrêt qu'il prononce dira alors quelle est la vérité juridique qui s'impose. Cette vérité s'impose à tous, y compris à l'État. Mais l'œuvre de justice ne peut s'arrêter là. La justice doit être restituée au citoyen. Pas seulement dans les sentences, mais aussi dans les faits. En somme, elle doit être exécutée. La justice, c'est la balance, mais c'est aussi le glaive. De nouvelles responsabilités pèsent ici sur les juges de l'État et sur l'État lui-même. Elles se situent, pour l'essentiel, en amont et en aval de l'œuvre de justice.

1 / Les procédures en amont

Il est nécessaire, comme le relève Bernard Stirn, de combattre « la mosaïque actuelle des procédures d'urgence » – référé, sursis à l'exécution, procédure d'urgence et d'extrême urgence, recours spécifique dans le contentieux des étrangers, et ainsi de suite. Il manque une voie simple et rapide, comparable à celle du référé civil, qui permette au juge de faire cesser un trouble manifestement illicite. « Nul n'a à gagner, écrit l'éminent conseiller d'État, à ces désordres qui ne font, en définitive, que compliquer et ralentir le cours des procédures. » Il manque aussi une voie unique qui conduise le citoyen à s'adresser en toutes circons-

tances au juge administratif pour qu'il connaisse de tels contentieux et qui ne l'amène pas à s'éparpiller dans les procédures judiciaires et administratives de référé pour obtenir satisfaction.

2 / Les procédures en aval

Il faut s'interroger, une fois de plus, sur le caractère effectif des décisions de justice lorsqu'elles concernent l'État. Il faut « évaluer le degré de traduction dans la réalité des décisions que rend le juge de l'État » (J.-P. Costa). La décision du juge n'a pas de sens si elle n'est pas suivie d'effet. La décision qui condamne l'État n'a pas de sens si l'État ne consent pas à l'exécuter.

Que faire lorsque l'État est la partie perdante ? Comment exécuter un jugement contre l'État ? Comment le contraindre à remplir ses obligations ? Certes, il se peut que le jugement produise par lui-même ses effets. La loi ou le règlement est annulé. La vérité juridique est proclamée. L'ordre est restauré. Chacun, y compris l'auteur de la norme contestée, doit en tenir compte. Mais, lorsque la décision du juge est moins impérative ou lorsqu'elle laisse à l'autorité publique une marge d'appréciation quant aux modalités de mise en œuvre de la décision de justice, le problème rebondit. Il prend des formes concrètes. Une réparation en nature est-elle concevable ? Des procédures d'astreinte sont-elles imaginables ?

Le droit public européen connaît sur ce terrain des évolutions importantes. Depuis quelques années, le juge administratif entre dans la voie des injonctions à la puissance publique. Il ne se contente pas d'imposer l'obligation de réparer le préjudice encouru et de le compenser par un dédommagement financier. Il entre dans la voie de la réparation en nature. Le juge s'adresse à la puissance publique. Il lui donne l'injonction de faire ou, en tout cas, l'injonction de ne pas faire – ce qui signifie : l'injonction de ne pas récidiver. Il s'attache à assurer ainsi une réparation plus effective.

Depuis quelques années aussi, le contentieux de l'astreinte connaît des développements importants. Le juge prononce l'astreinte. Au besoin, il la liquide. Cette menace et cette sanction financières apparaissent comme des procédés particulièrement efficaces pour obliger l'État à exécuter les décisions de justice administrative. Le contentieux administratif rend compte de ces évolutions. Mais les mêmes interrogations devraient se poser dans les domaines du contentieux constitutionnel et du contentieux judiciaire.

Nous sommes partis à la recherche de la justice, et spécialement de la justice lorsqu'elle s'attache à juger l'État. L'avons-nous rencontrée ? La justice est une vertu. Il n'est pas dit que cette vertu soit à la portée des hommes. Ah, si nous étions un peuple de dieux, comme aurait dit Jean-Jacques Rousseau... Mais peut-être, chemin faisant, aurons-nous pu mesurer les exigences et les limites d'une justice de l'État lorsqu'elle est rendue par l'État.

Les exigences... Quel acte de foi que celui de ce citoyen qui confie la justice à un juge, qui renonce à la force, à la ruse ou à la corruption pour obtenir son dû ! Il importe de ne pas décevoir cette attente citoyenne, de ne pas la noyer dans des querelles de procédure ou dans des fins de non-recevoir.

Les limites... Quel acte d'indépendance que celui de ce juge qui, alors même qu'il est nommé par l'État, va connaître des actes de l'État et, au besoin, va les censurer ! Il ne faut pas décourager cet exercice indépendant de la fonction juridictionnelle, en la privant du plus clair de son effectivité.

Cette justice-là, exigeante et limitée, doit servir l'État, en même temps qu'elle sert le citoyen. Elle est gage de cohérence au sein de l'État. Elle peut contribuer à restaurer une cohérence normative de plus en plus malmenée. Elle peut s'efforcer, avec l'aide du législateur, d'instaurer une cohérence juridictionnelle trop souvent compromise. Elle peut encore, dans des perspectives plus larges, contribuer à créer la cohérence entre les solutions qui prévalent dans les sociétés nationales et dans la société internationale... Cette justice-là, c'est une justice citoyenne. C'est aussi une justice démocratique. Je veux dire qu'il s'agit d'une justice qui peut restaurer la confiance entre le citoyen et l'État, spécialement lorsqu'il s'agit de juger l'État.

L'entreprise est-elle à notre portée ? C'est le moment de rappeler le propos de cet homme du Nord qui, alors même qu'il méritait le surnom de Taciturne, ne manquait pas d'exprimer sa pensée avec bon sens. Guillaume le Taciturne disait : « Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer. » L'œuvre de réconciliation de la justice et du citoyen est une œuvre de longue haleine. L'œuvre qui revient à rendre la justice, au sens premier de l'expression, est une œuvre quotidienne. En ce sens, l'œuvre de justice est comme l'œuvre démocratique. Le poète a toujours raison. Cette œuvre-là mérite, cent fois et bien plus encore, d'être remise « sur le métier ». Car elle n'est jamais achevée.

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de Francis Delpérée, correspondant (*séance du lundi 17 avril 2000*).

Raymond POLIN : Vous avez évoqué le problème de l'indépendance du juge par rapport au pouvoir. Selon vous, c'est le citoyen qui confère sa fonction au juge. Mais Locke a montré en son temps que la fonction de juger était inséparable de la fonction d'ordonner et de commander. Je crois que l'on oublie trop souvent que le juge n'est jamais que le délégué du souverain. Qu'en pensez-vous ?

*
* *

Jean FOYER : J'ai beaucoup apprécié votre communication et je me rallie pour l'essentiel à vos conclusions. De fait, la justice telle qu'elle est organisée aujourd'hui en France présente une particularité par rapport aux autres pouvoirs de l'État : elle a une origine technocratique et le juge est exempt de la nécessité de faire périodiquement renouveler ses pouvoirs. À l'heure actuelle, on assiste à un phénomène corporatiste à mon avis assez grave, qui s'est développé depuis la Seconde guerre mondiale. Les magistrats ressentent aujourd'hui, semble-t-il, une volonté de puissance et ont tendance à vouloir formuler eux-mêmes la règle de droit. Or, la judiciarisation à laquelle on assiste n'aboutit pas automatiquement à des solutions très satisfaisantes. J'aimerais avoir votre avis.

*
* *

Jean-Marc VARAUT : Votre remarquable communication suscite de nombreuses questions.

1 / Ne croyez-vous pas que nous sommes encore loin de constater l'existence d'un pouvoir judiciaire ?

2 / Ne pensez-vous pas que ce qu'on appelle la « dilataction du judiciaire » représente la conséquence de la faiblesse du politique ? Autrement dit, le recours au tiers pouvoir constitué par le juge n'est-il pas le fait d'un tiers absent ?

3 / D'une certaine manière, la vie publique n'emprunte-t-elle pas au judiciaire le meilleur de ce qu'elle est encore, puisque l'on parle de l'impartialité de l'État qui est la vertu même du juge ?

4 / Ne peut-on parler en France d'un démantèlement de l'autorité judiciaire avec la création d'institutions spécialisées qui ont tendance à la supplanter : la COB pour la Bourse, la CNIL pour l'informatique, le CSA pour la télévision, par exemple ?

5 / L'élection des juges est-elle, dans notre pays, impensable ? Resteront-ils les seuls intouchables ? La question complexe de la responsabilité du juge doit être posée.

6 / Le ministère public ne doit-il pas demeurer le ministère du public, c'est-à-dire rester dépendant de l'État ?

7 / Vous avez évoqué la Cour de la République. Peut-on maintenir cette institution hybride qui fait figure de justice d'exception ?

*
* *

Jacques BORÉ : Quelle est la source de la légitimité du juge dans un État démocratique ? Son élection comme aux États-Unis, ou tout du moins celle des membres du Conseil supérieur de la magistrature ? Ou la rigueur logique des décisions rendues, comme l'indique le philosophe belge Perelman ? J'incline, pour ma part, pour cette dernière solution qui valorise la cohérence du jugement.

*
* *

Thierry de MONTBRIAL : Je voudrais aborder trois points.

1 / J'ai été surpris par l'emploi que vous avez fait du mot « État ». En effet, l'État comprend trois « branches » et le judiciaire est l'une d'entre elles.

2 / Vous avez parlé de « labyrinthe » judiciaire comportant plusieurs niveaux : national, régional et international. Il s'agit là à mon avis d'un aspect du phénomène de la mondialisation que nous sommes en train de vivre. Alors la phase de confusion que nous connaissons n'est-elle pas inévitable et liée à une situation historique déterminée ?

3 / Il me semble que l'idée de responsabilité est inséparable de celle de démocratie. Toute autorité est déléguée temporairement et doit rendre compte de son activité. Or l'homme politique n'en rend compte à mon avis qu'imparfaitement à travers l'élection. Qu'en pensez-vous ? En tout état de cause, je pense que la démocratie est, sur ce point, encore à l'état embryonnaire.

*
* *

Lucien ISRAËL : Je me demande quelle est, au-delà de l'attente citoyenne dont vous avez parlé, la place de cette instance mystérieuse qui induit chez l'homme la soif de justice au nom de laquelle on expose sa vie.

*
* *

Alain PLANTEY : La question centrale du thème que vous avez développé est évidemment de savoir qui juge le « roi », qui juge la « République ». Vous avez rappelé qu'il n'y a pas de juge qui ne soit saisi, en l'occurrence, par le citoyen. Mais, avec le phénomène de la pénalisation qui se développe aujourd'hui, et qui entraîne notamment la responsabilité des personnes morales (sauf l'État), innovation inappropriée, ne voit-on pas s'accroître le pouvoir des juges ? Ce qui importe, c'est qu'il existe une éthique du jugement : c'est d'ailleurs pourquoi je ne crois pas à la Cour pénale internationale dont l'activité sera inévitablement teintée de considérations politiques. En tout état de cause, il n'y a pas de solution simple au problème posé.

*
* *

Emmanuel LE ROY LADURIE : Ne revient-on pas avec le phénomène de judiciarisation auquel on assiste au système des parlements d'Ancien Régime ? La justice internationale, refusant la prescription pour les crimes contre l'humanité, ne rappelle-t-elle pas l'antique justice des tribus germaniques anglo-saxonnes (punissant « à vie ») matricielle du droit anglais et américain, par opposition au droit français ou romain pratiquant de manière humaine la prescription ?

*
* *

André DAMIEN : Je crois que l'histoire de la justice judiciaire donne, passez-moi l'expression, froid dans le dos. Le citoyen est comme effrayé par la justice depuis l'Ancien Régime, celle-ci ayant réussi à cette époque, par son autonomie, à porter atteinte à mille ans de monarchie. Je partage totalement l'avis de notre confrère Jean Foyer et, contrairement à Jean-Marc Varaut dont le dernier livre est tout à fait remarquable, je pense qu'il faut avoir peur des juges. Alors, le pouvoir judiciaire peut-il mettre

l'État en danger ? N'y a-t-il pas un moment où l'État doit réagir pour n'être pas son esclave ? Je rappelle que le général de Gaulle lors de son retour aux affaires avait choisi de parler d'autorité et non pas de pouvoir judiciaire.

*
* *

Jean-Claude CASANOVA : Quelle conclusion philosophique peut-on tirer du fait que l'État le plus puissant du monde est celui qui dispose de la justice la plus puissante ?

Réponse :

À Raymond Polin : Il est vrai que j'ai mis l'accent dans ma communication sur le rôle du citoyen dans l'œuvre de justice. Ma démarche est avant tout une démarche constitutionnelle. Les pouvoirs gouvernemental et législatif agissent, comme le disait déjà Carré de Malberg, de manière spontanée, alors que le juge, lui, n'agit jamais de sa propre initiative : c'est au citoyen qu'il appartient à un moment donné de déclencher par sa saisine le processus judiciaire. C'est la raison pour laquelle le rôle du citoyen dans le système judiciaire me semble tellement important.

À Jean Foyer : Vous évoquez le corporatisme des magistrats. Il ne s'agit pas d'un phénomène propre à la France, il se retrouve dans de nombreux pays, notamment en Belgique. Évidemment, comme beaucoup l'ont fait remarquer, la question de la sélection des juges est centrale. Doit-on élire les juges comme aux États-Unis ? Il semble que ce ne soit pas conforme à l'approche que nous avons en Europe où la technique utilisée est le plus souvent celle de la nomination par le pouvoir exécutif. Des mécanismes doivent venir encadrer le pouvoir de nomination pour qu'il ne soit pas discrétionnaire et qu'il ne conduise pas à une politisation du corps de justice. Je constate qu'en matière de justice constitutionnelle, dans la plupart des États, les juges ne sont pas nommés à vie mais pour un temps donné seulement, ce qui est contraire à l'idée qu'on se fait généralement de l'indépendance du juge.

À Jean-Marc Varaut : 1 / Vous ne craignez pas le pouvoir judiciaire et je souscris pour une grande part à votre diagnostic. Je ne crois pas en effet que les juges dans notre société soient omnipotents. On peut au contraire parfois leur reprocher leur

manque d'action, comme tendrait à le montrer la lenteur de la justice, très mal ressentie par la société civile.

2 / Une bonne partie des contentieux ne passe effectivement plus par le juge. Les hommes d'affaires, par exemple, font souvent appel à l'arbitrage, mode essentiel de règlement des conflits en matière économique.

3 / Je crois comme vous qu'il y a manifestement une dérive de la responsabilité politique vers la responsabilité pénale.

À Jacques Boré : La légitimité du juge tient d'abord, à mon sens, à la qualité des décisions rendues.

À Thierry de Montbrial : 1 / Le juge n'est pas extérieur à l'État, il en fait partie intégrante. Mais il représente une autorité qui exerce une fonction spécifique. Par ailleurs, il est amené à agir dans des conditions très différentes de celles des autres pouvoirs de l'État.

2 / La mondialisation représente un véritable défi pour le juge. Prenons l'exemple de la question de l'inviolabilité du domicile. Les juges nationaux, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes utilisent cette notion, mais dans des sens différents, ce qui ne permet pas de réaliser la sécurité juridique. J'en appelle par conséquent à un effort sérieux d'harmonisation.

3 / Vous posez la question du lien entre démocratie et responsabilité. Je pense qu'il ne peut y avoir de pouvoir ni d'autorité sans responsabilité. Le juge ne peut être tenu pour un irresponsable au sein de l'État. Il faut faire preuve aujourd'hui d'un peu d'imagination pour concevoir des institutions adéquates, qui permettront à la fois de préserver l'indépendance du juge et de contrôler la manière dont la justice se rend. En Belgique, on a créé récemment un Conseil supérieur de la justice qui a notamment pour mission d'exercer le contrôle externe de la justice portant sur le fonctionnement de l'appareil judiciaire.

À Emmanuel Le Roy Ladurie : Selon moi, le juge n'est pas nécessairement trop puissant. On est bien loin des parlements d'Ancien Régime. Le juge est au contraire aujourd'hui, d'un certain point de vue, trop peu puissant, ne parvenant pas à agir en temps voulu et à s'occuper de tous les litiges importants. On peut observer un phénomène de judiciarisation mais également d'extrajudiciarisation, puisque une partie du contentieux échappe au juge.

À André Damien : Je n'ai pas peur des juges et place beaucoup d'espoir dans la justice.

À Lucien Israël : À mon avis, cette force mystérieuse que vous évoquez est le souci et la recherche de l'égalité entre les hommes.

Francis Delpérée est né en 1942. Il est doyen honoraire et professeur de droit constitutionnel à l'Université catholique de Louvain. Il est membre correspondant de l'Académie royale de Belgique et membre étranger de l'Académie norvégienne des sciences et de la Société finlandaise des sciences et des lettres. Il est docteur *honoris causa* des Universités d'Aix-Marseille III, de Genève et d'Ottawa. Il exerce les fonctions d'assesseur auprès du Conseil d'État de Belgique. En 1993, le roi Baudouin lui a octroyé le titre personnel de baron.

Publications : *Droit constitutionnel* (Larcier), *Les droits politiques des étrangers* (PUF), *Le contentieux électoral* (PUF), *Le fédéralisme en Europe* (PUF), *Le système constitutionnel de la Belgique* (Larcier), *La Cour d'arbitrage* (Larcier), *Code constitutionnel* (Bruylant), *Recueil des Constitutions européennes* (Bruylant), *La démarche citoyenne* (Labor).
