

Les mutations de la fonction de juger et la dette universelle de justice¹

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles

Afin de tenter de cerner les mutations contemporaines de la fonction de juger dans les pays de droit continental, il convient de rappeler d'abord très succinctement le modèle à partir duquel on les perçoit. Certes, comme tout idéal type, il relève davantage du portrait-robot que de la photographie. Il ne faut toutefois pas sous-estimer la force d'une telle représentation sur notre imaginaire juridique. À partir de ce modèle, nous pourrions esquisser à grands traits les principales évolutions identifiées ces dernières années par la doctrine (section 1).

Nous effectuerons ensuite un retour en arrière de quelques siècles afin de mieux comprendre comment l'image moderne du juge s'est construite (section 2).

Ce parcours historique nous permettra enfin de déterminer dans quelle mesure les récentes transformations de la fonction de juger trouvent ou non un écho dans notre passé et de suggérer quelques pistes de réflexion pour les évaluer de façon critique (section 3).

¹ L'auteur remercie M^{me} Laurence Massart, présidente de la Cour d'appel de Bruxelles, et M^{me} Sophie Demars, conseillère à la Cour d'appel de Bruxelles, pour leurs précieux témoignages sur l'évolution contemporaine de la fonction de juger en matière répressive.

Section 1.

Du juge Jupiter au juge Hermès

§ 1. Le modèle moderne de la fonction de juger

La conception « classique » (en réalité, moderne) de la fonction de juger, à tout le moins telle qu'on l'enseigne le plus souvent en France et en Belgique, présente quatre caractéristiques principales.

Elle postule tout d'abord un *lien exclusif entre la justice et l'État*. En d'autres termes, l'État n'a pas seulement le monopole de la violence légitime, il a également celui de la fonction de juger². Au sein de l'État, le pouvoir judiciaire se voit en principe attribuer l'exclusivité de cette fonction, et ce, à l'exclusion de toute autre prérogative. Ainsi, les articles 144 et 145 de la Constitution belge disposent respectivement que les « contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux » et que celles qui ont « pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ».

Dans ce cadre, la fonction de juger consiste principalement, en matière civile, à *trancher des conflits entre personnes* et, en matière pénale, à *statuer sur la culpabilité ou l'innocence des individus ciblés par l'action publique*. Rédigée en 1950, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales résume bien, en son article 6, l'objet du procès dont on attend qu'il soit équitable : il s'agit de statuer sur des « contestations » entre particuliers relatives à des « droits et obligations de caractère civil » ou sur le « bien-fondé de toute accusation en matière pénale ». Deux siècles plus tôt, Montesquieu décrivait déjà le pouvoir de juger comme étant « celui de juger les crimes ou les différends des particuliers³ ».

Dans ce modèle « légaliste libéral », qui s'inscrit dans une logique juridique hiérarchique ou pyramidale, la loi ou le Code concentre l'essentiel de la matière juridique. Le droit « jupitérien » met en scène un juge qui, sous réserve de l'exception du jury d'assises, est un professionnel du droit, technicien de la procédure plutôt que juge de l'équité ou agent socio-économique⁴. Ce juge, réduit par Montesquieu à n'être que la *bouche de la loi* et invité par Beccaria à ne pouvoir raisonner que sous la forme d'un *syllogisme judiciaire*, n'est pas censé participer à la création du droit et doit parfaite obéissance à la loi⁵.

² Le premier est, en réalité, une condition de possibilité du second.

³ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, liv. XI, ch. VI, p. 244.

⁴ Fr. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *Dire le droit, faire justice*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 36-39.

⁵ Sur ce point, voy. ci-après section 2, § 2.

En contrepartie, les juges ont hérité du même Montesquieu le principe de séparation des pouvoirs censé leur garantir une réelle indépendance à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif. Cette indépendance s'oppose à la mise en cause de la *responsabilité des magistrats*, du reste rendue inutile par leur statut d'organes d'application mécanique de la loi⁶. On voit mal, en effet, comment engager la responsabilité d'un automate.

§ 2. Un modèle bousculé par les évolutions contemporaines

On peut se demander si, et dans quelle mesure, le modèle moderne a un jour correspondu à la réalité de la fonction juridictionnelle. Quoiqu'il en soit, il paraît clair qu'il se trouve fragilisé depuis plusieurs décennies.

Tout d'abord, comme le relève Loïc Cadiet, l'exclusivité du lien entre l'État et la justice «s'est singulièrement émoussée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale», l'essor d'un «système de justice plurielle» permettant d'envisager «la justice sans l'État ou hors l'État⁷». Sur le plan international, il suffit d'évoquer la multiplication de juridictions qui, comme la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne, sont capables de prendre des décisions contraignantes à l'égard des États, mais également le développement d'un réseau, oscillant entre coopération et concurrence, qui s'est créé entre les instances juridictionnelles de différents ordres juridiques. Sur le plan interne, outre le développement de sites privés de résolution en ligne de litiges⁸, le succès des modes alternatifs de règlement des conflits («MARC») ou des différends («MARD») ne se dément pas, même s'il est vrai qu'ils sont en principe organisés par la loi et pas toujours extrajudiciaires⁹.

Ensuite, les prérogatives du juge ne se cantonnent plus à trancher les contestations de caractère civil ou à statuer sur le bien-fondé d'accusations en matière pénale. Au cours du xx^e siècle, on le sait, le rôle de l'État, de plus en plus amené à devoir arbitrer des conflits d'intérêts, s'est transformé. L'avènement de l'État-providence a entraîné une évolution du droit, devenu instrument

⁶ Fr. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Dire le droit, faire justice*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 113-114.

⁷ L. CADIEU, « Réformer la justice: des théories de l'action publique aux pratiques des acteurs. Observations conclusives », *Thémis*, 2020, p. 577.

⁸ Sur ce point, voy. ci-après section 3, § 2.

⁹ En mars 2021, la Cour d'appel de Paris a publié un rapport de 150 pages visant à assurer la promotion (mais aussi, il est vrai, l'encadrement) de ces MARD. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante: https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2021-03/Rapport%20Promotion%20et%20encadrement%20des%20MARD%205%20mars%202021_0.pdf, consulté le 25 octobre 2022.

actif du changement social, et du rôle du juge. C'est ici la figure d'un juge «Hercule» qui est convoquée par François Ost, qui évoque l'émergence d'une justice normativo-technocratique, sinon à la place à tout le moins aux côtés de la justice légaliste-libérale. L'homme de loi se double d'un ingénieur social. Entraîneur plutôt qu'arbitre, il sort de sa tour d'ivoire et «fait œuvre politique au sens large» en intervenant aussi bien avant qu'après la décision, en procédant à de délicates pesées d'intérêts, voire en décidant en opportunité¹⁰. Rien ne lui est épargné: il doit, souvent dans l'urgence et de façon provisoire, concilier les familles en crise, piloter les sociétés en difficulté, régler les conflits collectifs de travail, sauvegarder l'ordre concurrentiel, contrôler les marchés boursiers, assurer la police des relations professionnelles, etc.¹¹. Enfin, en France¹² comme en Belgique¹³, le juge civil doit dorénavant se montrer actif, que ce soit lors de l'instance ou au moment d'analyser les prétentions des parties, le cas échéant en requalifiant le fondement juridique des demandes formées devant lui. Symptomatique de cette ouverture de la fonction de juger, on attend dorénavant du juge civil qu'il concilie. Ainsi, tant l'article 21 du Code de procédure civile français que l'article 731 du Code judiciaire belge disposent qu'il «entre dans la mission du juge de concilier les parties»¹⁴. Comme le relève Renaud Colson, «la justice fait non plus seulement œuvre de juridiction, mais également d'administration et de police de la vie civile¹⁵».

En outre, on l'aura compris, on ne peut plus se contenter de présenter le juge comme étant la simple bouche de la loi, statuant sous la forme d'un syllogisme judiciaire¹⁶. Ce mythe ne pouvait reposer que sur un autre: celui de la loi parfaite, formulée dans un langage clair adopté par un législateur qui aurait prévu toutes les possibilités de situations factuelles. Les travaux en herméneutique, en philosophie du langage, en psychologie, mais également les courants sociologique et économique du droit ont irrémédiablement fissuré ce paradigme juridique de la certitude, déjà assailli de toutes parts dans les

¹⁰ Fr. OST, «Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge», *op. cit.*, pp. 34-46.

¹¹ *Ibid.*; voy. aussi R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 183-185.

¹² Voy. les principes directeurs du procès dans le Code de procédure civile français (art. 1 à 24).

¹³ M. PHILIPPET, «Le juge voulu actif, perspective d'un juge du fond», *Rev. dr. ULg.*, 2014, pp. 435-473.

¹⁴ Depuis 2021, la Cour d'appel de Bruxelles a ouvert une chambre consacrée exclusivement à la conciliation.

¹⁵ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, *op. cit.*, p. 183, qui évoque également le retour de la juridiction gracieuse dans les articles 25 et suivants du Code de procédure civile français. L. CADIEU évoque pour sa part un phénomène de contractualisation du litige (L. CADIEU, «Réformer la justice: des théories de l'action publique aux pratiques des acteurs. Observations conclusives», *op. cit.*, p. 576).

¹⁶ Faut-il le préciser, ce modèle n'a jamais eu beaucoup de prise dans les systèmes de *common law*, malgré la tentative du célèbre Blackstone de présenter le juge comme étant l'«oracle» de la loi (W. BLACKSTONE, *Commentaries on Laws of England*, 6^e éd., Londres, 1825, p. 69).

autres sciences. Le législateur ne peut prévoir toutes les situations, il est tenu par les limites du langage naturel¹⁷ et il doit composer avec la difficulté politique de trouver des « accords complètement théorisés »¹⁸. Outre la difficulté d'identifier la volonté du législateur qui en résulte, l'activité juridictionnelle est indissociable de l'interprétation qu'impose toute compréhension d'un texte, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un texte normatif qui doit être appliqué à une situation donnée¹⁹.

Outre cette dimension structurelle, inhérente au phénomène juridique, l'évolution du droit est venue disqualifier encore davantage le modèle de Montesquieu. Dès le XIX^e siècle, on peut identifier en France une « libération de la jurisprudence » résultant à la fois d'une certaine audace de la magistrature et d'un courant doctrinal favorable : l'idée que les décisions de justice constituent une source du droit à part entière commence à faire son chemin, favorisée par leur publication et leurs commentaires de plus en plus systématiques²⁰. Plus récemment, l'élargissement considérable du « bloc de légalité » met à mal le respect du syllogisme judiciaire, qui implique de déterminer quelle est la « majeure », à savoir la loi qu'il convient d'appliquer. Or, le pluralisme juridique, le succès des droits fondamentaux et des principes généraux du droit, l'explosion des droits subjectifs et l'irruption du *soft law*, qui contribuent à l'inflation et à l'instabilité normatives, viennent singulièrement compliquer l'identification correcte du complexe juridique pertinent. Outre ce problème d'identification, la gestion de l'interaction entre les différents éléments de ce corpus normatif au regard du cas d'espèce exclut bien souvent toute dimension mécanique dans la résolution du litige soumis au juge et met à nu la difficulté du droit, pressentie par Aristote, à appréhender le gouffre existant entre la règle et son application²¹.

Tous ces éléments, *a fortiori* combinés, entraînent une imprévisibilité du droit peu compatible avec l'idéal de sécurité juridique, ce qui a amené de nom-

¹⁷ Après le tournant linguistique, le langage n'apparaît en effet plus comme un simple « vêtement de la pensée », mais comme son médium incontournable, source d'ambiguïté et d'interprétation (J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis et Presses de l'Université Saint-Louis, 2014, pp. 314-315).

¹⁸ Il y a un *incompletely theorized agreement* lorsqu'il y a un accord sur un principe qui n'est pas complètement théorisé, sans consensus sur la théorie générale dont il dérive ou sur ce qu'il implique dans les cas particuliers, ce qui se traduit souvent par le caractère délibérément vague d'une formule légale ou jurisprudentielle (C.R. SUNSTEIN, *Legal reasoning and political conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 4-41).

¹⁹ Sur la question, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., pp. 401-430.

²⁰ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., pp. 147-171.

²¹ Voy. ci-après section 3, § 1.

breux auteurs à évoquer la crise de l'État de droit et du droit moderne, voire l'émergence d'un droit post-moderne²², mais également l'image d'un droit produit en réseau plutôt que réduit à la pyramide kelsénienne des normes²³. Ce juge du réseau, François Ost l'associe à Hermès: toujours en mouvement, il apparaît comme un régulateur entre les différentes sources du droit, suivant une logique communicationnelle et collaborative plutôt que hiérarchique (Jupiter) ou pragmatique (Hercule) et recourant, plutôt qu'à un jugement déductif (Jupiter) ou inductif (Hercule), à un raisonnement comparatif et adaptatif guidé par les principes de proportionnalité et de subsidiarité²⁴. Cette logique communicationnelle imprègne tous les domaines du droit et concerne aussi bien l'interaction entre le juge civil et les avocats ou les parties que celle du juge pénal avec le ministère public ou le prévenu, ou celle entre le président de la cour d'assises et les jurés²⁵. Le juge n'est plus simplement la bouche de la loi, mais la bouche du droit, voire le juge des lois dès lors qu'il est également appelé à régler les conflits entre normes²⁶. Plus fondamentalement, il paraît difficile de contester aujourd'hui que le juge participe à la création du droit.

Cette exposition et cette implication accrues du juge ont sans doute contribué à faire sauter le tabou de la responsabilité des magistrats. Renaud Colson identifie ainsi dans le débat français un « désir partagé » tant par la doctrine que par la jurisprudence et la société de voir cette responsabilité plus facilement mise en cause²⁷. En Belgique, la Cour de cassation a consacré en 1991 la responsabilité de l'État du fait de la fonction de juger dans son célèbre arrêt *Anca*²⁸. L'obligation pour les juges de rendre des comptes s'est par ailleurs invitée dans la discussion avec l'extension du discours managérial à l'administration de la justice²⁹, imprimant à cette dernière un sens nouveau: « non plus rendre la justice, mais gérer les moyens de la justice³⁰ ». Pour bien com-

²² Voy. notamment J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., Paris, LDGJ, 2008, pp. 103-107.

²³ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

²⁴ Fr. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge », *op. cit.*, pp. 35 et s.

²⁵ Elle s'étend également à la liberté d'expression des magistrats, qui prend une dimension particulière lorsqu'il s'agit de dénoncer des atteintes à l'indépendance de la justice (voy. ci-après section 3, § 2).

²⁶ Fr. Rigaux considère même que la principale fonction du juge est de régler les conflits de normes, avant même de trancher les conflits entre personnes (Fr. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997).

²⁷ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, *op. cit.*, p. 224 et les réf. citées.

²⁸ Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 146, n° 52. Au niveau européen, outre la jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme, la mise en cause de la responsabilité d'un État pour une faute commise par le pouvoir judiciaire est largement admise (voy. notamment CJUE, 28 juillet 2016, *Tomášová*, aff. C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602 et la jurisprudence citée).

²⁹ Fr. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés? », *op. cit.*, p. 112.

³⁰ L. CADIET, « Réformer la justice: des théories de l'action publique aux pratiques des acteurs. Observations conclusives », *op. cit.*, pp. 586-587.

prendre l'obligation étatique de rendre la justice et, plus largement, l'évolution de notre fonction de juger, il faut cependant remonter le temps, jusqu'au VIII^e siècle de notre ère.

Section 2.

L'invention de la fonction de juger européenne

§ 1. La consécration de la dette de justice

La configuration du procès archaïque peut faire penser à celle du procès moderne : on y retrouve deux parties et une personne ou un groupe faisant « office de juge », que ce soit le dirigeant de l'assemblée ou le spécialiste de telle coutume ou procédure. Le rôle de ce tiers, qui n'est pas toujours neutre, y diffère cependant fondamentalement du juge tel qu'on l'a décrit plus haut : il ne lui appartient en effet pas de trancher le litige par une décision contraignante pour les parties mais de faciliter la mise au point d'une solution recueillant leur adhésion. Toute la procédure est conçue pour favoriser le compromis et pour rétablir la paix sociale et débouche souvent, quoique pas systématiquement, sur le recours au serment ou à l'ordalie. Cette dernière implique un changement de personne, les « juges » laïcs cédant la place aux magistrats du sacré (devins et autres sorciers) avant que les plaideurs, les officiants et les juges commentent le résultat dans un ultime dialogue qui vise l'assentiment final du perdant. Les polythéismes ne reposent en effet pas sur l'idée d'un dieu unique de justice qui donnerait raison au juste mais plutôt sur l'intervention de divinités qui se font les cautions d'une parole dont résulte la vérité judiciaire³¹.

Là où, en Chine ou dans la Grèce et la Rome antiques, le procès archaïque va progressivement céder la place à la justice des hommes, l'Occident médiéval chrétien va suivre une trajectoire différente. Plutôt qu'à un recul des dieux, on va assister à une transformation de la représentation du divin qui, de simple caution de la parole, va s'élever au rang de juge parfait et véritable. Ce n'est que dans un second temps que la justice va se laïciser, non sans avoir donné naissance, à partir d'une matrice culturelle commune, aux deux

³¹ Sur cette question, voy. R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, PUF, 2014, pp. 67-72 et pp. 93-103. À côté du serment et de l'ordalie, M. Foucault distingue d'autres formes d'« épreuves », comme l'épreuve sociale (liée à l'importance sociale d'un individu) ou l'épreuve verbale, dans laquelle l'individu accusé de meurtre ou de vol devait répondre à cette accusation en prononçant sans se tromper un certain nombre de formules. Il voit dans l'épreuve du vieux droit féodal une façon de donner raison au plus fort et lui dénie la fonction « de désigner, de manifester ou de faire apparaître la vérité » (M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », in *Écrits*, t. II, texte n° 139).

modèles européens dominants : les systèmes de droit civil et de *common law*. L'idée que Dieu pourrait intervenir directement dans les procès n'émerge cependant pas tout de suite. Il faut en effet attendre le VIII^e siècle pour que s'opère la mutation des rituels monarchiques et judiciaires, qui s'incarne dans l'adoption par les rois francs du sacre royal et de l'ordalie de la croix³².

Le principal effet du sacre, qui commence en 751 avec Pépin le Bref, est la dette universelle de justice que contracte le souverain à l'égard de tous ses sujets. L'idée semble résulter d'un extrait d'une collection canonique irlandaise, appelée *Hibernensis*, qui aura une postérité considérable dès lors qu'il sera repris dans tous les textes carolingiens relatifs à la fonction royale. Robert Jacob souligne d'une part que la promesse de justice n'avait pourtant rien d'une évidence, que ce soit en Europe avant l'époque carolingienne ou, encore actuellement, dans les ordres juridiques hors Occident et, d'autre part, qu'il faut éviter l'anachronisme consistant à considérer que la limite imposée par le serment est venue cadrer un pouvoir qui était auparavant absolu. Au contraire, en conférant au roi le magistère du règlement des conflits, la promesse de justice conforte son pouvoir³³. En 851, Lothaire I^{er}, Charles II le Chauve et Louis le Germanique s'engagent ainsi par serment envers leurs sujets à ne condamner personne contre le droit et la justice³⁴. À la fin du X^e siècle, l'abbé Abbon de Fleury confirme la mission royale de faire régner la justice sous la conduite spirituelle de l'Église, qui implique, outre le fait de trancher les litiges, « de réprimer les vols, châtier les adultères [...] »³⁵. Enfin, la dette universelle de justice du Roi est consacrée par l'article 40 de la célèbre *Magna Carta* concédée en 1215 par Jean Sans Terre à la noblesse anglaise, qui contient l'engagement du Roi de ne vendre, refuser ou différer « le droit d'obtenir justice à personne ».

C'est également au VIII^e siècle qu'apparaît l'ordalie de la croix, vraisemblablement importée par des moines irlandais. Il s'agit de faire s'affronter deux champions qui se font face debout les bras en croix, le vainqueur étant celui qui reste le plus longtemps dans cette position sans faiblir. Il ne faut toutefois pas sous-estimer la différence entre l'ordalie païenne et cette ordalie spécifiquement chrétienne, qui marque une adhésion complète à la valeur absolue du jugement de Dieu³⁶. Certes, en parallèle, une certaine rationalisation de la procédure se met en place : des pouvoirs d'enquête sont confiés aux *missi*

³² R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., pp. 104-142.

³³ *Ibid.*, pp. 145-156.

³⁴ A.J. CARLYLE, « Le bien commun, la justice et la sécurité juridique dans la conception médiévale du droit », in *Le but du droit : bien commun, justice, sécurité*, Travaux de la troisième session de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, t. III, Paris, Sirey, 1938, pp. 19-22.

³⁵ Cité par R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., p. 11.

³⁶ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., pp. 158-159.

dominici, ces « envoyés du maître » qui avaient pour mission de rendre la justice au nom du souverain³⁷. Par ailleurs, un capitulaire de Louis le Pieux impose en 816 que, lorsqu'une partie a été autorisée à produire des témoins, l'autre le soit également, ouvrant la voie au principe de l'égalité des armes. En cas de désaccord des deux parties, cependant, le recours au combat judiciaire s'impose toujours. Le procès du haut Moyen Âge se distingue ainsi des cultures païennes en ce qu'il érige en dernier recours le jugement de Dieu, dont la perfection le dispense de toute motivation ou de toute référence à une norme préexistante³⁸.

L'idée d'instrumentaliser la justice divine pour régler les affaires humaines a, toutefois, rapidement fait l'objet d'une désapprobation par l'Église. Dès le IX^e siècle, les décrétales de Nicolas I^{er} (867) et d'Étienne V (886) ont acté la répudiation du dogme carolingien de la foi dans le jugement de Dieu. En pratique, cependant, cette épreuve a continué à jouir d'une grande tolérance et il faudra attendre le concile de Latran en 1215 pour qu'il soit interdit aux clercs de participer aux épreuves de l'eau ou du feu. En retirant le ministère de ses prêtres, l'Église a ainsi privé le jugement de Dieu de sa légitimité, entraînant à terme la disparition des ordalies sur le continent où le juge assumera le soin de dire le vrai et de rendre justice³⁹. Jusque-là, relève Foucault, le juge ne portait « pas un témoignage sur la vérité, mais sur la régularité de la procédure⁴⁰ ». Cette incarnation humaine du jugement de Dieu aura cependant pour conséquence de définir, dès les XII^e et XIII^e siècles, les traits qui, à terme, caractériseront l'essentiel de la fonction de juger des États de droit

³⁷ Relevons à cet égard le rôle joué par les *bonis viri* qui, à l'échelon local, avaient une grande influence sur la population, assistaient les *missi dominici* en qualité de médiateurs et essayaient de faire accepter aux parties l'issue du litige (L. VIAUT, *Rénover la fonction de juger. La transformation de la justice saisie par l'histoire*, Dijon, EDU, Essais, 2020, pp. 31 et s., spéc. p. 42). Cet auteur relève que l'époque entre le VIII^e et le XI^e siècles a vu une « galerie incomparable d'arbitrages, de médiations, d'accords consentis ou forcés » (*ibid.*, p. 11).

³⁸ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, *op. cit.*, p. 166. La situation n'est guère différente en Angleterre. Ainsi, les promesses du roi dans les sacres du IX^e siècle consistent à faire prévaloir en tous jugements la droite justice. En 973, le serment prêté par le roi Edgar lors de son couronnement impliquait de répondre à la question suivante: « *Will you to your power cause law and justice in mercy to be executed in all your judgements?* ». La même question a été posée à la reine Élisabeth II lorsqu'elle a prêté serment en 1953. Quant à l'ordalie chrétienne, elle y connaîtra le même succès, tout comme dans l'ensemble de la Scandinavie du reste et même sur le versant méditerranéen de l'Europe, quoique de façon plus tardive et moins profonde (*ibid.*, pp. 178-182).

³⁹ *Ibid.*, p. 251. L'évolution se concrétise jusque dans la terminologie, avec le nouveau terme de « jugement » qui renvoie à l'acte de juger humain et remplacera progressivement le terme plus communément usité à l'époque de « juise » (qui évoque, lui, le jugement de Dieu). Ce terme gagnera même, par l'intermédiaire du *Law French*, l'Angleterre où, dès le lendemain du concile de Latran, les ordalies disparaissent également, ouvrant la voie au *jury trial* qui reprendra la fonction du jugement de Dieu, le juge gardant un rôle plus subsidiaire de facilitateur de la décision finale (*ibid.*, pp. 201-227).

⁴⁰ M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », *op. cit.*

modernes et seront garants de la légitimité du juge, dont on attend qu'il soit impartial, astreint au respect de règles formelles et matérielles contraignantes, tenu à une déontologie rigoureuse et, bien entendu, indépendant des autres pouvoirs.

À cet égard, l'influence de l'Église sera déterminante, sans être unique. À cette époque, l'explosion du contentieux ecclésiastique suscitée par l'augmentation substantielle des effectifs du clergé et des ordres monastiques ainsi que l'affirmation de l'autorité des papes rendent à la fois nécessaire et possible le développement de la justice pontificale. Dès le XI^e siècle, l'Église entame un processus de judiciarisation à partir d'un appareil judiciaire spécialisé au sein de la hiérarchie ecclésiastique et d'une procédure élaborée, dite romano-canonique, qui inspirera à terme la plupart des États de l'Europe continentale. Au cœur de cette procédure, le recours à l'enquête, dès le milieu du XII^e siècle, témoigne de la rationalisation du procès et sera suivi, peu après, de deux instruments clés : le libelle (*libellus*), soit l'acte introductif d'instance produit par le demandeur et les articles (*articuli* ou *positiones*), ancêtres de nos conclusions. Annonçant le *principe du contradictoire*, le *Rhetorica Ecclesiastica* (qui daterait de 1160) prévoit que les seuls faits qui sont susceptibles de fonder un jugement sont ceux qui sont connus de la même façon par les parties et les juges. Il en résulte une interdiction pour le juge de se fonder sur sa connaissance personnelle, ce qui n'était nullement prohibé dans le monde antique⁴¹. Thomas d'Aquin soulignait ainsi que le juge doit, lorsqu'il exerce sa fonction, « former son opinion non pas selon ce qu'il sait en tant que personne privée, mais d'après ce qui est porté à sa connaissance en tant que personnage public », de façon générale par les lois et de façon particulière « pour telle affaire, par les pièces à l'appui, les témoins et les autres documents légitimes⁴² ». L'enjeu était, en effet, de taille : si on abandonnait la garantie que la décision revenait à Dieu, il fallait au moins s'assurer que l'homme chargé de rendre justice serait impartial⁴³.

Le monde laïc n'est pas en reste. Sur le plan socio-économique, le renouveau de la vie urbaine est un des traits les plus remarquables des XI^e et XII^e siècles en Europe. Les villes sont devenues des marchés et, grâce à l'affranchissement graduel des bourgs, les artisans et les marchands constituent une nouvelle classe sociale dévouée au commerce, composée de personnes égales formel-

⁴¹ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., pp. 277-306. Foucault relève qu'on trouve déjà l'invention de l'enquête dans l'*Cédipe* de Sophocle mais que celle-ci disparaîtra ensuite pour ne réapparaître qu'au Moyen Âge, où elle sera pratiquée par l'Église puis par l'Empire carolingien (M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », op. cit.).

⁴² Th. AQUIN, *Somme Théologique*, t. III, trad. par M. l'Abbé Drioux, Paris, Ed. Eugène Belin, 1852, II-IIae, question 67, art. 2.

⁴³ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., p. 299.

lement et libres de se déplacer, d'acheter et de vendre, qui aspire à un environnement sécurisé et qui donnera naissance à la bourgeoisie⁴⁴. Les pouvoirs publics sont désormais à même de rémunérer les services d'agents professionnels, que ce soient des juges de métier ou des assistants de justice comme le sergent français ou le *bailif* anglais qui ont permis de soulager les juges de la peur de repréailles ou de la charge de l'exécution des jugements. L'autorité des juges qui, à défaut d'ordalies, devait se fonder sur un *raisonnement reposant sur des normes matérielles préconstituées* commence à s'affirmer et, quelque part entre le XII^e et le XIII^e siècle, la mention dans les notices de *respondeo* du consentement au jugement de la partie perdante tend à disparaître.

Plus fondamentalement, l'acte de juger va se détacher progressivement de l'intervention divine pour inscrire le ressort de la décision au cœur de la subjectivité du juge. Ce déplacement n'est pas sans conséquence pour ce dernier, dont la légitimité des décisions est indissociable de l'éthique qui s'impose à lui. L'idéal de la justice divine va en effet donner naissance à une véritable morale judiciaire, source de la *déontologie moderne des magistrats* et étroitement liée à la notion de *responsabilité du juge*, véritable pierre d'angle de l'ordre juridique. Si « Dieu s'était retiré des procès » depuis l'interdiction de l'ordalie, l'idée que « juger c'est imiter Dieu » subsistait⁴⁶. Dès le XII^e siècle, les juriconsultes s'attachent ainsi à développer des principes qui permettent d'établir une « image idéale du juge ordinaire » et de « penser le contrôle des magistrats par la justice et par les justiciables⁴⁷ ». Dans la littérature juridique médiévale, de nombreux traités évoquent les devoirs du juge, comme le *Traité des lois et coutumes d'Angleterre* du juge anglais Bracton qui, en 1260, insiste sur la nécessité de l'impartialité du juge et sur son devoir de diligence, mais souligne également son obligation d'aimer la justice et la vérité. Symptomatique de cette évolution, le serment, qui jusqu'au XII^e siècle était soit assertoire (visant à confirmer une allégation), soit décisoire (de type ordalie), deviendra principalement promissoire. Il ne s'agit plus de lui prêter la vertu d'établir la vérité judiciaire, sous la caution de Dieu, mais de s'engager à mettre cette vérité au jour. Plutôt que de venir clore le litige, le serment l'ouvre et participe à la légitimité de la décision à venir, qu'il ne contient plus. Progressivement, le serment prêté en cours de procédure laisse la place au serment prêté lors de

⁴⁴ L. SIEDENTOP, *Inventing the individual. The origins of western liberalism*, Londres, Penguin Books, 2014, pp. 265-276.

⁴⁵ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., p. 191.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 196 et pp. 309-312. Ainsi, pendant longtemps, l'appel était dirigé contre le premier juge, passible d'une amende ou de dommages et intérêts envers la partie appelante, l'adversaire étant simplement « intimé » (*ibid.*, p. 324).

⁴⁷ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., pp. 100-104.

l'entrée en fonction des magistrats permanents et évolue d'un engagement à statuer en conscience vers un engagement à respecter les règles de droit⁴⁸.

Enfin, si Dieu n'intervient plus dans les procès, il n'en reste pas moins garant de la légitimité des magistrats, ce qui permettra l'émergence de l'idée que la fonction de juger doit être *autonome à l'égard du pouvoir politique*. Le juge n'est, en effet, pas que le représentant du Roi au nom de qui il statue, il est aussi le représentant de Dieu, dès lors que le souverain lui-même dérive son pouvoir (et son devoir) de juger de Dieu. Or, entre ces deux fidélités, celle envers Dieu a vocation à l'emporter, justifiant l'indépendance de la raison et de la conscience du juge. Il en résulte que le pouvoir de juger inclut celui de juger le pouvoir lui-même : les archives du XII^e siècle en Angleterre et du XIII^e siècle en France témoignent ainsi du fait que le Roi se retrouve régulièrement partie devant les tribunaux⁴⁹.

On mesure le chemin parcouru en quelques siècles à peine. Les évolutions sont cependant plus marquées au civil qui commence à se détacher du pénal alors que le procès archaïque ne les distinguait pas. En effet, si le procès civil parvient assez facilement à se passer des modes rituels de résolution des conflits (comme l'ordalie), le procès pénal restera « longtemps hanté par la vengeance, la composition, la négociation sur la peine », le répertoire des rituels décisifs évoluant sans disparaître, avec notamment le maintien du serment purgatoire⁵⁰. Foucault signale toutefois quelques nouveautés pénales significatives du XII^e siècle qui vont « permettre au pouvoir politique de s'emparer des procédures judiciaires » : l'arrivée du procureur, personnage inconnu du droit romain, qui représente le pouvoir et, de façon inédite, se présente également comme une partie lésée susceptible de demander réparation (par le système des amendes et des confiscations) et l'apparition de la notion d'infraction, qui substitue à l'ancienne notion de crime l'idée d'une offense envers la société et le souverain⁵¹.

⁴⁸ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., pp. 269-270 et pp. 315-322. Il faut évidemment tenir compte du caractère composite du corpus normatif qui laisse une place conséquente aux coutumes (R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., pp. 73-74).

⁴⁹ Ce dédoublement fonctionnel dans le chef du magistrat, qui peut paraître naturel aux yeux du juriste contemporain, paraîtrait tout à fait incongru aux cultures qui entretiennent la conception d'un pouvoir unique (R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., pp. 197-199).

⁵⁰ *Ibid.*, p. 191. En Angleterre, c'est au XII^e siècle que se dessine pour la première fois la distinction entre civil et pénal (*ibid.*, pp. 250-257).

⁵¹ M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », op. cit. Il relève que, à l'époque où Tacite décrivait l'ancien droit germanique, l'action pénale était introduite par un individu contre un autre, initiant un rituel de vengeances réciproques dans lequel l'intervention d'un tiers n'était pas systématique.

§ 2. L'émergence d'un pouvoir judiciaire indépendant

La route vers la mise en place de notre justice moderne sera toutefois encore longue : elle passera, outre le développement du corpus normatif qui, à terme, viendra assujettir les juges à la loi⁵², par la transition vers un réel monopole étatique de la justice puis, au sein de l'État, vers l'attribution de ce monopole à un pouvoir judiciaire indépendant. Certes, on l'a vu, l'idée que le Roi est la seule source (terrestre) de justice est largement acceptée depuis les temps carolingiens. En 1380, Charles V (1364–1380) dira sur son lit de mort qu'en la couronne réside « le mystère de la justice », signifiant que, si d'autres peuvent avoir la « charge » de juger (*munus judicandi*), seul le Roi en a le pouvoir⁵³. Pourtant, la justice pénale étatique ne sera pleinement effective que très tardivement en France et laissera encore beaucoup de place à la vengeance privée⁵⁴.

Le moment décisif consistera dans le double mouvement, lié, de consécration du concept de souveraineté et de passage au premier plan du pouvoir royal d'adopter des lois par rapport à celui de rendre la justice. Vers la fin du XVI^e siècle, les légistes renoncent en effet à penser la monarchie à partir de la notion d'*imperium* et d'un faisceau de prérogatives pour y préférer le concept moderne de souveraineté, qui deviendra le fondement ultime de l'administration de la justice⁵⁵. Pour Jean Bodin, le souverain seul « investit les magistrats du droit de juger, que la justice, à tous les niveaux est rendue⁵⁶ ». Par ailleurs, si Cardin le Bret pouvait encore écrire, en 1639, que « la plus importante fonction des Rois est de rendre la justice à leurs peuples⁵⁷ », le « concept totalisant de souveraineté » finira par diluer la portée symbolique de cette fonction, qui deviendra un attribut parmi d'autres du souverain législa-

⁵² À partir des XII^e et XIII^e siècles, les rois de France n'auront de cesse d'asseoir leur pouvoir en mettant les coutumes par écrit ou en abrogeant les « mauvaises coutumes » afin de garantir l'unification du droit, projet culminant avec la mise en chantier, lors de la seconde moitié du XVI^e siècle et sous l'impulsion du juriste Charles Dumoulin, de la politique de réformation et de codification des coutumes de l'ensemble du royaume (A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2004, 148^e année, n° 4, p. 1555 ; R. BEAUTHIER, *Droit et genèse de l'État*, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'ULB, 2002, pp. 226-228). En droit pénal, il faudra cependant attendre encore longtemps avant d'avoir un véritable « catalogue des peines », ce que déplore Beccaria en 1764 dans l'introduction de son célèbre livre (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Éd. Guillaumin, 1870, pp. XI – XII). En France, le premier Code pénal ne sera adopté qu'en 1791.

⁵³ P. OURLIAC, « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1989, n° 9, p. 29.

⁵⁴ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., p. 345.

⁵⁵ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., pp. 14-21.

⁵⁶ J. BODIN, *Les six livres de la République*, abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583 édité par G. Mairet, coll. « Les classiques des sciences sociales », p. 85.

⁵⁷ C. LE BRET, « Traité de la souveraineté du Roy », in *Œuvres*, Paris, 1643, p. 80.

teur⁵⁸. Bodin écrivait déjà que la première marque de la souveraineté, « c'est la puissance de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier », dans laquelle « sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté⁵⁹ ».

Il n'en demeure pas moins que, si le Roi est la source unique de tous les pouvoirs, il ne peut les exercer seul. Il en va *a fortiori* de la justice qui sera rapidement déléguée à des magistrats. En 1617, Bernard de la Roche-Flavin rappelait à la fois que Dieu avait délégué la justice aux rois et aux princes et que, vu l'importance de la tâche, ceux-ci l'avaient à leur tour déléguée aux juges et magistrats : « Dieu qui seul est iuste, & de qui l'œuvre le plus parfaict est la iustice [...] en a distribué un rayon aux Roys et Princes: à fin de l'espandre parmy le monde. Les Princes ne pouvans porter seuls une si pesante charge, s'en sont deschargés & l'ont remise aux juges et Magistrats [...]»⁶⁰. Cette délégation n'est évidemment pas neuve : chez les Rois carolingiens, elle avait commencé par l'envoi des *missi dominici* et, à partir du XIII^e siècle, les célèbres « parlements » étaient mis en place. Statuant dans les affaires tant civiles que pénales, ils exerçaient un certain contrôle de légalité leur permettant d'adresser au Roi des remontrances non contraignantes lorsqu'ils jugeaient que ses décisions étaient incompatibles avec les lois et coutumes existantes. Ils adoptaient également des arrêts de règlement (sorte de codification de leur jurisprudence), qui **parentait** à l'exercice d'une fonction législative autonome, longtemps associée à leur pouvoir de police⁶¹.

On l'a vu, cependant, l'aura du jugement de Dieu va donner à cette mission de justice une portée susceptible de dépasser la simple délégation royale, voire de sacraliser la fonction de juger. Jean Domat en rend bien compte lorsqu'il écrit du juge, non sans emphase, que, « au lieu qu'il faut qu'il s'abaisse à la nature de l'homme pour prendre la qualité de prêtre et de pontife, il faut au contraire qu'il élève l'homme à sa nature divine pour lui donner celle de juge » de sorte que « la qualité de juge est bien plus propre à Dieu que celle de prêtre, et qu'elle est aussi plus élevée qu'aucune autre dignité qui soit sur la terre »⁶². Bernard de la Roche-Flavin précisait que si la « puissance » des magistrats provient « immédiatement » du prince souverain, elle « vient originellement de Dieu⁶³ ». Cette double loyauté des juges, à l'égard du Roi, d'une part, et de la justice divine, d'autre part, va inévitablement mener à des tensions entre royauté et magistrature. Débat doctrinal ancien, il prendra de

⁵⁸ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., p. 16.

⁵⁹ J. BODIN, *Les six livres de la République*, op. cit., pp. 80-85.

⁶⁰ B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Treize livres des parlemens de France*, Bourdeaus, 1617, liv. 13, chap. 10, p. 688.

⁶¹ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., pp. 42-43 et p. 72.

⁶² J. DOMAT, « Harangue prononcée au présidial de Clermont en 1660 », in *Cœuvres complètes*, Paris, J. Remy, t. IV, 1830, p. 13.

⁶³ B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Treize livres des parlemens de France*, op. cit., p. 689.

l'ampleur tout au long de l'ancien régime, opposant les tenants d'une certaine équivalence des légitimités des rois et des juges et les théoriciens du pouvoir royal qui défendront la soumission des seconds aux premiers⁶⁴. Confronté à une fronde des parlements, qui se présentaient comme un corps unique et distinct et revendiquaient des pouvoirs comparables à ceux du Parlement d'Angleterre, Louis XV n'hésitera pas à leur rappeler leur place dans un discours prononcé lors de la séance du 3 mars 1766. Il insistait sur le fait que la magistrature ne formait « point un corps, ni un ordre séparé », les juges étant uniquement des officiers chargés de s'acquitter « du devoir vraiment royal de rendre la justice » à ses sujets, et que c'était en sa « personne seule que réside la puissance souveraine ». Il les menaçait enfin « d'employer tout le pouvoir » qu'il avait reçu de Dieu pour préserver ses « peuples des suites funestes de ces entreprises⁶⁵ ».

Des suites funestes, il y en aura bien eu, mais sans doute pas celles envisagées par Louis XV : la Révolution française éclatera une vingtaine d'années plus tard. Les débats révolutionnaires seront, sur la question qui nous occupe, largement alimentés par les théories de Rousseau et Montesquieu.

Pour le philosophe genevois, on le sait, la solution au risque de dépérissement du genre humain dans l'état de nature est la conclusion du contrat social, qui consiste à ce que chacun mette « en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale » et donne « au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens », pouvoir qui, dirigé par la volonté générale, porte le nom de souveraineté⁶⁶. À côté de la puissance législative, Rousseau ne distingue cependant que la puissance exécutive qui inclut celle de juger et qui revient au gouvernement, composé de « simples officiers du souverain » qui « exercent en son nom le pouvoir dont il les a faits dépositaires, et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plaît⁶⁷ ». On le voit, Rousseau ne revient pas sur le principe de la concentration du pouvoir et du primat de la loi mais il substitue la nation au Roi comme titulaire de la souveraineté et du pouvoir législatif⁶⁸. L'article 3 de la Déclaration des droits

⁶⁴ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive, op. cit.*, pp. 22-23.

⁶⁵ J. FLAMMERMONT et M. TOURNEUX (éd.), *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, t. II (1755-1768), Paris, Imprimerie nationale, 1895, pp. 556-559. Le problème n'était pas neuf, ni en France ni en Angleterre (sur cette question, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 226-237 et les réf. citées).

⁶⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, GF Flammarion, 2001, p. 42 et *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam, Ed. Michel Rey, 1755, pp. 52-68.

⁶⁷ *Ibid.* p. 79.

⁶⁸ COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive, op. cit.*, p. 28.

de l'homme et du citoyen confirmera que le principe de toute souveraineté réside dans la Nation et que « nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

Montesquieu distingue plus clairement les fonctions législative, exécutive et judiciaire et insiste sur la nécessité de tenir séparés le pouvoir « de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers⁶⁹ ». Malgré son autorité, la distinction des fonctions exécutive et judiciaire ne fut cependant pas acquise sans difficulté après la Révolution française⁷⁰. Certes, l'article 16 de la même déclaration dispose que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». L'examen des travaux préparatoires montre cependant que le pouvoir judiciaire n'avait, à l'époque, guère retenu l'attention, le but étant surtout d'éviter que le pouvoir royal ne puisse remettre la main sur la fonction législative. Lors des discussions relatives à l'institution des juges, certains estiment que le pouvoir judiciaire n'est qu'une émanation du pouvoir exécutif et c'est finalement grâce à Barnave que le chapitre V du titre III de la Constitution de 1791 consacra l'existence d'un pouvoir judiciaire distinct des deux autres⁷¹, dont les juges seront « élus à temps par le peuple » (art. 2) et ne pourront s'immiscer dans l'exercice des autres pouvoirs (art. 3).

Le second enseignement de Montesquieu est que l'autonomie du pouvoir judiciaire doit se payer d'un prix conséquent : les juges ne peuvent être que « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer la force ni la rigueur⁷² ». Ce principe trouvera un terreau favorable dans la méfiance révolutionnaire à l'égard des juges, paradoxalement héritée de l'Ancien Régime et renforcée par la conviction que la plupart des magistrats étaient réfractaires aux idées de la Révolution. Dans son discours à l'Assemblée nationale lors de la séance du 24 mars 1790, Thouret déclarait ainsi que :

« Si la Nation doit s'honorer de la vertu de quelques Magistrats bons patriotes, une foule de faits malheureusement incontestables annonce que le plus grand nombre résiste encore à se montrer citoyen, et qu'en général l'esprit des grandes Corporations judiciaires est un esprit ennemi de la régénération⁷³. »

⁶⁹ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, op. cit.

⁷⁰ S. RIALS, « L'office du juge », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1989, n° 9, p. 7.

⁷¹ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., p. 53.

⁷² MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, op. cit., pp. 244-256.

⁷³ Discours à l'Assemblée nationale à la séance du 24 mars 1790, pp. 13-14.

La conséquence s'impose d'elle-même : les juges doivent se limiter à appliquer la loi mécaniquement, selon le syllogisme judiciaire popularisé en droit pénal par l'Italien Beccaria⁷⁴.

La loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire confirmera la volonté de limiter l'emprise des juges sur les autres pouvoirs⁷⁵, mais également sur « le corps social » tout en s'appuyant sur « l'anthropologie sociale optimiste du moment⁷⁶ ». Ainsi, le premier titre de cette loi n'est pas consacré au pouvoir judiciaire mais... aux arbitres. L'article 1^{er} est éloquent : le législateur ne peut rien faire qui porterait atteinte à un compromis trouvé entre parties, l'arbitrage « étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens ».

L'adoption du modèle du jury a par ailleurs vocation à garantir que la justice émane de la nation. Malgré les réserves de Sieyès, qui doutait de la compétence juridictionnelle des simples citoyens, les députés de l'Assemblée constituante accueilleront largement cette importation anglaise et les premiers procès comprenant des jurés se dérouleront en France dès 1792⁷⁷.

Par la suite, cependant, la remise en cause de l'élection des juges et de fréquentes épurations judiciaires auront pour effet de placer le pouvoir judiciaire dans une relation de dépendance institutionnelle à l'égard du pouvoir exécutif. Au cours du XIX^e siècle, la question de savoir si le pouvoir judiciaire constitue un pouvoir à part entière continuera à faire débat même si, à terme, la nécessité de garantir l'indépendance des magistrats sera largement admise⁷⁸. Quant à la volonté de privilégier ce qu'on appelle aujourd'hui

⁷⁴ Voy. la citation de M. Garat l'Aîné qui reprend explicitement le syllogisme judiciaire en réponse aux plans présentés par MM. Dupont et Sieyès à l'Assemblée nationale pour l'organisation du pouvoir judiciaire (Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le juge entre ordre et désordre », in *Dire le droit, faire justice*, op. cit., p. 68). La formule est connue : « Le juge doit faire un syllogisme parfait, dont « la majeure doit être la loi générale ; la mineure, l'action conforme ou non à la loi ; la conséquence la liberté ou la peine » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., pp. 21-24).

⁷⁵ Le titre II défend ainsi aux tribunaux d'empêcher « l'exécution des décrets du corps législatif [...] » (art. 10) ou de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs [...] » (art. 13).

⁷⁶ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., p. 52. La conciliation est au cœur de la mise en place de juges de paix et de tribunaux de famille, et le passage devant un « bureau de paix » constitue même un préalable obligatoire à toute action de quelque importance (*ibid.*, pp. 53-54). Voy. le titre X de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁷⁷ R. ALLEN, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, pp. 9-10. Si R. Colson écrit qu'il s'agit d'une « importation anglaise dénuée de tradition indigène » (R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., p. 84), il semblerait cependant que le système de jury a fonctionné pendant un temps, autour des XII^e et XIII^e siècles, notamment en Normandie mais également dans la région entre Seine et Rhin, avant de disparaître progressivement (R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, op. cit., pp. 257-259).

⁷⁸ Le Constituant belge partira d'une conception nettement plus positive du pouvoir judiciaire comme garant des droits individuels, et ce, contre les éventuels abus de l'administration et en se démarquant

les modes alternatifs de résolution des conflits, elle survivra difficilement à l'adoption en 1806 du Code de procédure civile, qui renoue avec les formes judiciaires de l'Ancien Régime⁷⁹. Enfin, le principe du jury populaire se maintiendra *in extremis* face à Napoléon qui, sensible à la plainte de certains magistrats selon lesquels les jurés profanes mettaient à mal le bon fonctionnement de la justice criminelle, envisagera même sa suppression⁸⁰.

Section 3.

Quelques réflexions

Ce trop bref parcours historique permet à la fois de relativiser la nouveauté de certaines mutations déjà analysées et de prendre la mesure de leur spécificité (§ 1). Il autorise également à poser un regard critique sur les défis contemporains de la fonction de juger (§ 2).

§ 1. L'ancien et le nouveau

Si on revient sur les quatre caractéristiques du modèle légaliste-libéral, force est de constater qu'il convient de relativiser la portée des changements constatés.

Tout d'abord, le lien entre justice et État ne paraît pas consubstantiel à la fonction de juger : il est difficile de contester que, de tout temps, celle-ci s'est exercée, et ce, même avant la naissance de l'État, *a fortiori* moderne. Si, depuis le régime carolingien, les Rois se sont évertués à s'arroger le monopole de l'administration de la justice, il a fallu plusieurs siècles avant que le principe même d'une justice purement étatique soit acquis, y compris – voire surtout – dans une matière régalienne par excellence comme le droit pénal. Il en va *a fortiori* ainsi de l'idée que la justice est l'apanage de juges professionnels. Si la professionnalisation de la fonction de juger a suivi en France un chemin inexorable, il en a été différemment en Angleterre où, dès le XIII^e siècle, le jugement de Dieu s'est incarné dans la mise en place du *jury trial*, le juge professionnel n'y jouant longtemps qu'un rôle subsidiaire d'encadrement. Par ailleurs, et pendant plusieurs siècles, la médiation parajudiciaire s'est épanouie à l'ombre de la juridictionnalisation des conflits pour culminer avec la

de la conception française de la séparation des pouvoirs (sur cette question, voy. J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : ni summa ni divisio ? », in *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 23 et s.).

⁷⁹ R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., pp. 31-62 et p. 114.

⁸⁰ R. ALLEN, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, op. cit., pp. 13-14. Sur l'histoire du jury d'assises, voy. la contribution de L. Rousvoal dans cet ouvrage.

Révolution française qui avait à cœur de conférer un caractère subsidiaire à la résolution judiciaire des litiges⁸¹.

Ensuite, la limitation de la fonction de juger aux conflits (civils) entre particuliers ou aux accusations en matière pénale présente, à l'échelle de l'histoire de la justice, une dimension relativement nouvelle. On l'a vu, les parlements de France ont très tôt exercé une fonction quasi législative en rendant des arrêts de règlement. Par ailleurs, les magistrats ont longtemps exercé des fonctions de police à côté de leurs fonctions juridictionnelles, les deux prérogatives n'étant clairement distinguées pour la première fois qu'au ^{xvi}e siècle⁸².

L'image du juge « bouche de la loi » est encore plus récente. Elle aurait sans doute paru parfaitement inintelligible aux juristes du Moyen Âge, voire absurde à Aristote. Le philosophe grec avait, en effet, déjà compris il y a 2 500 ans que la règle légale ne peut tout prévoir ni rendre compte à l'avance de ses applications. Selon lui, la fonction de juger requiert la *phronesis*, qui est cette qualité de l'homme d'action lui permettant d'adapter ses décisions aux circonstances sans perdre de vue les fins poursuivies par la règle⁸³.

Enfin, l'idée qu'un juge n'aurait jamais à rendre des comptes en raison de son indépendance était étrangère à la théorie médiévale qui a été soumise rapidement à une déontologie très stricte au point que, on l'a vu, la responsabilité du juge était considérée comme la pierre d'angle de l'ordre juridique⁸⁴. Aujourd'hui, la « *Magna Carta* des juges » adoptée en 2010 par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) trace les grandes lignes de ce qui pourrait constituer un régime commun de responsabilité des magistrats : l'exclusion de leur responsabilité civile et pénale pour les faits liés à leur fonction, sauf faute intentionnelle, et, dans tous les autres cas, leur soumission au droit commun (art. 20 et 22)⁸⁵.

⁸¹ L. Viaut relève que la médiation a pu se maintenir jusqu'au « crépuscule de l'Ancien Régime » avant d'être quasiment oubliée au ^{xix}e siècle (L. VIAUT, *Rénover la fonction de juger. La transformation de la justice saisie par l'histoire*, op. cit., p. 12).

⁸² R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., pp. 41-42 et p. 71. Dans le même sens, F. GARRISON relève que, durant les ^{xiv}e et ^{xv}e siècles, le pouvoir de juger n'a pas été limité à la résolution des litiges mais a inclus « maints aspects de la gestion publique » (F. GARRISON, *Histoire du droit et des institutions. Le pouvoir des temps féodaux à la Révolution*, Paris, Montchrestien, 1977, p. 132).

⁸³ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, liv. V, trad. par R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 2008, pp. 92-94. Pour ce philosophe, la raison scientifique, qui procède par syllogisme ou induction, ne peut s'appliquer qu'aux choses qui, comme les mathématiques et contrairement à la politique ou au droit, ne peuvent être autrement que ce qu'elles sont.

⁸⁴ Voy. ci-devant section 2, § 1.

⁸⁵ CCJE, « *Magna Carta* des juges », 17 novembre 2010, disponible sur <https://rm.coe.int/168074825a>, consulté le 25 octobre 2022. C'est toutefois sans doute sur le plan disciplinaire qu'il reste d'importants progrès à réaliser en termes d'effectivité.

Comparaison n'étant pas raison, il convient cependant de prendre la mesure de la spécificité des mutations contemporaines identifiées plus haut. À cet égard, si la dimension paraétatique de la résolution des litiges n'a, finalement, rien de nouveau, il en va différemment de sa dimension supra-étatique. L'influence des jurisprudences des deux cours européennes n'est plus à démontrer : on nous pardonnera donc de ne pas nous y attarder.

S'il fallait toutefois localiser la spécificité contemporaine de la fonction de juger, ce serait sans doute sous le signe du paradoxe. Ainsi, la montée en puissance des juges dénoncée d'une part s'accompagne d'une fragilisation à due concurrence du pouvoir judiciaire d'autre part. Alors que le juge est surinvesti par des demandes et attentes les plus diverses – qu'elles émanent du législateur ou des justiciables – et qu'il se voit confier toujours plus de prérogatives, le pouvoir judiciaire est, lui, sous-investi en termes de moyens humains et matériels. S'ensuit le risque, comme l'écrit François Ost, que « l'engouement pour le judiciaire, et la formidable intensification des attentes projetées sur lui, ne s'accompagnent ni d'un accroissement corrélatif des moyens qu'on lui attribue, ni d'un surcroît de confiance à son endroit⁸⁶ ». Plus récemment, Loïc Cadiet opérerait le même constat :

« Le malaise social se déverse dans les prétoires sans que soient donnés à l'institution judiciaire, tétanisée par l'immensité de la tâche, les moyens de répondre comme il le faudrait à cette demande croissante de justice et ceux qui lui sont accordés risquent en vérité d'éloigner le juge du justiciable⁸⁷. »

Un Hercule, peut-être, mais aux pieds d'argile.

À première vue, on pourrait croire que cet aspect concerne essentiellement le juge civil : mobilisé de façon croissante par les sujets de droit, particulièrement dans le contentieux du référé, c'est également lui qui est appelé à devenir un juge actif du procès. Par contraste, on pourrait davantage attendre du juge pénal qu'il reste cantonné dans le rôle plus passif du paradigme libéral-légaliste. Il faut toutefois se garder de toute conclusion expéditive sur ce point, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le procès pénal compte déjà, de longue date, des magistrats fort actifs dans la personne du procureur ou du juge d'instruction. Ensuite, le phénomène de contractualisation de la solution des litiges, mis en avant comme étant une évolution relativement récente de la fonction de juger, ne touche pas que la justice civile mais également la justice pénale⁸⁸. Enfin, le paradigme communicationnel du droit

⁸⁶ Fr. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 123.

⁸⁷ L. CADIET, « Réformer la justice : des théories de l'action publique aux pratiques des acteurs. Observations conclusives », *op. cit.*, p. 582.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 576.

en réseau, peu compatible avec l'image d'un juge passif, concerne tous les magistrats. À cet égard, la situation d'Hermès n'est pas moins paradoxale que celle d'Hercule : on attend de lui qu'il communique et qu'il motive, ce qui prend du temps, et, dans le même souffle, la logique managériale lui impose de travailler aussi vite que possible, ce qui implique un examen rapide (sinon superficiel) des dossiers et l'adoption d'un style lapidaire dans la rédaction des décisions.

Enfin, il est un domaine, largement méconnu des juges médiévaux, qui expose pareillement les juges pénaux et civils à un autre paradoxe, cette fois formulé en termes de légitimité : il s'agit du contentieux des droits fondamentaux. Garants ~~du respect de ces droits~~, les juges occupent un rôle central dans la protection de l'État de droit. En même temps, la force normative de ces droits, de rang constitutionnel, voire supraconstitutionnel, couplée à leur caractère le plus souvent indéterminé, instituent les magistrats en pouvoir de contrôle et de censure des choix opérés par les pouvoirs législatif et exécutif. La légitimité que les juges tirent de ce statut de protecteur de l'État de droit n'a d'égal que la suspicion qu'ils suscitent lorsque, en leur qualité d'organes non élus, ils arbitrent des intérêts d'ordre sociétal ou remettent en cause des politiques publiques⁸⁹. La situation en Hongrie ou en Pologne, pour n'évoquer que des pays membres de l'Union européenne, témoigne largement de cette double dimension.

§ 2. Un regard critique sur les défis contemporains ?

Il est une dernière utilité ~~du détour historique que nous avons parcouru~~ : nous inviter à réfléchir à ce qui est consubstantiel à la **fonction de juger** afin de nous permettre d'appréhender les défis contemporains **fonction de juger** qui se posent à la **fonction de juger**. On l'aura compris, la tâche n'est pas aisée, sauf à en exclure de nombreux phénomènes qui lui sont en général associés, soit historiquement soit géographiquement. Tout au plus peut-on défendre l'idée que la fonction de juger exige l'intervention d'un tiers au conflit, qui a vocation à en permettre la résolution. Comme l'écrit François Ost, plus que le mérite de la décision rendue, c'est l'interposition que le juge « opère au cœur d'un

⁸⁹ Fr. Ost relève qu'il en résulte une « politisation » du procès (au sens de délibération sur les intérêts communs de la cité) qui succède au débat plus ancien de la politisation de la magistrature (Fr. Ost, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, pp. 117 et s.). Ce phénomène (dont l'archétype est le contentieux stratégique ou *strategic litigation*) n'est évidemment pas limité au contentieux des droits fondamentaux qui ne peut davantage y être réduit.

rapport de force qui fait sa légitimité», cet «écart, si minime soit-il, ce léger différent qu'il impose entre une volonté et sa réalisation⁹⁰».

Cependant, si on prend comme visée la notion d'État de droit, comprise dans son sens le plus large (et donc comme englobant également les notions voisines de *Rechtsstaat* et de *Rule of law*), on peut se risquer à quelques suggestions complémentaires. Au-delà de leurs différences, les trois notions partagent l'idée d'un pouvoir politique distinct des autres systèmes sociaux, soumis à des principes de droit et garant des droits individuels⁹¹. Ce concept n'implique pas que la fonction de juger soit exclusivement étatique ou le fait de professionnels mais bien qu'elle soit encadrée par l'État, tenu d'une dette de justice⁹².

Si on accepte de prendre cette idée de dette de justice au sérieux (c'est-à-dire en dépassant une compréhension purement formelle du terme «justice»), il est alors raisonnable d'affirmer que l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard des autres pouvoirs est, elle, indispensable pour que cette dette puisse être honorée. Comme l'écrivait Montesquieu, si le pouvoir de juger était dans les mains de l'auteur des lois, «[t]out serait perdu⁹³». Le risque est, en effet, que l'auteur de la loi abuse de son pouvoir et que la justice ne soit plus que l'effet du bon vouloir du prince.

La nécessité d'éviter tout abus de pouvoir se reporte alors sur le juge, qui doit être impartial, respecter les principes du contradictoire et de l'égalité des armes et faire preuve d'une éthique juridictionnelle rigoureuse, des exigences qui innervent la question de juger depuis près de mille ans.

Ce n'est donc pas un hasard si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à toute personne que sa cause sera entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial ou que la *Magna Carta* des juges déjà évoquée rappelle en son article 2 que l'indépendance et l'impartialité du juge sont des «conditions préalables indispensables au fonctionnement de la justice» et, en son article 18, que des «principes déontologiques, distincts des règles disciplinaires, doivent guider l'action des juges».

⁹⁰ Fr. OST, «Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge», *op. cit.*, p. 56.

⁹¹ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 301.

⁹² R. Jacob relève que la notion de dette de justice n'a rien d'un produit naturel dans le processus de formation de l'État, étant étranger tant à la genèse de l'État en Chine que dans la Rome antique (R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, *op. cit.*, p. 194). L'article 1^{er} de la charte précitée du CCJE confirme que la mission du pouvoir judiciaire, qui est un «des trois pouvoirs de tout État démocratique», est de «garantir l'existence de l'État de droit».

⁹³ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 244.

Ces éléments constituent l'ADN de la fonction de juger occidentale⁹⁴. C'est à l'aune de leur respect qu'il faut appréhender les deux défis majeurs auxquels sont et seront confrontés les magistrats d'aujourd'hui et de demain : outre la managérialisation de la justice, déjà citée, il s'agit évidemment de la révolution numérique, cette « rupture anthropologique majeure dont on n'a pas fini d'imaginer toutes les conséquences⁹⁵ ».

Impossible de résumer ici toutes les questions suscitées par l'application de l'intelligence artificielle à la fonction de juger : tenue de procès en ligne, mise à disposition de logiciels de justice prédictive, utilisation par des tribunaux américains d'un algorithme permettant de déterminer la peine à partir des probabilités de récidive du prévenu ou sites de résolution en ligne de litiges⁹⁶. Il faut d'emblée relativiser l'objectivité que peut offrir la justice prédictive, qui n'est jamais qu'une formule conçue à la base par des êtres humains, à partir de données établies par des êtres humains. Cela signifie que même l'algorithme le plus neutre (ce qui reste invérifiable) ne pourra jamais que répéter (et renforcer) les biais et stéréotypes affectant les décisions humaines. Qu'on ne se trompe pas de procès : ce n'est pas la technologie qui est sur le banc des accusés, mais l'usage qu'on est susceptible d'en faire. Le numérique offre en effet des outils formidables : une justice plus accessible, tant sur le plan de l'accès à l'information (sites de vulgarisation) que du coût (dépôt des conclusions en ligne), gain de temps et d'efficacité pour les praticiens (outils de recherche plus performants), sans oublier la nécessité réelle d'informatiser correctement la justice⁹⁷. Il ne faut cependant pas « subjectiver » l'outil et

⁹⁴ À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne considère que, pour retenir la qualification de « juridiction » au sens de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (relatif à la question préjudicielle), il faut tenir compte d'un ensemble d'éléments, notamment l'origine légale de l'organe concerné, la nature contradictoire de sa procédure, son indépendance et le fait qu'il applique des règles de droit (CJUE, 16 septembre 2020, *Anesco e.a.*, aff. C-462/19, ECLI:EU:C:2020:715, point 36 et la jurisprudence citée). ~~On peut évidemment renvoyer également à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.~~

⁹⁵ L. CADIET, « Réformer la justice : des théories de l'action publique aux pratiques des acteurs. Observations conclusives », *op. cit.*, pp. 586-587. Antoine Garapon et Jean Lassègue évoquent quant à eux une véritable révolution symbolique pour le droit : « L'écriture numérique ne se borne pas à bouleverser les fondations du procès classique, elle prétend fournir les moyens de le remplacer purement et simplement » (A. GARAPON et J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, PUF, 2018, p. 195).

⁹⁶ Comme Kleros, qui propose un système de justice rendu par des jurés volontaires et tirés au sort : ayant consulté les pièces du dossier mais sans pouvoir délibérer entre eux, ils essaient de deviner ce que va décider la majorité (ce qui leur vaudra un bonus, ou dans le cas contraire la perte de points de réputation). Le site annonce des décisions rapides, abordables, justes et sécurisées et vend la fonction de juré avec cette formule choc : *Earn money and bring justice to the world* (« Gagne de l'argent et apporte de la justice dans ce monde »), et ce, évidemment, quand ça nous arrange (« *when it suits you* »), <https://kleros.io/>, consulté le 25 octobre 2022.

⁹⁷ Avantage à tempérer par le risque de justice à deux vitesses induit par la fracture numérique.

attendre de l'intelligence artificielle qu'elle prenne les décisions. Elle en est certainement capable, et ses décisions seront à la fois plus prévisibles et plus rapides que celles prises par les humains. Ne perdons toutefois pas de vue que la prévisibilité et la rapidité des décisions de justice ne sont pas des impératifs absolus. Comme le relèvent Antoine Garapon et Jean Lassègue, « la persistance et même la préservation d'un indéterminé non calculable **est nécessaire** à la construction d'un sens juridique⁹⁸ ».

Plus fondamentalement, la dette de justice implique un pouvoir autonome, capable de veiller à ce que les autres pouvoirs n'outrepassent pas leurs compétences. Est-il raisonnable de penser – *a fortiori* de souhaiter – que cette mission puisse être confiée à un algorithme, aussi performant soit-il? Là où le numérique tend à repérer des récurrences, il est indispensable que la justice reste humaine afin, précisément, d'être en mesure d'identifier la situation sans précédent, particulièrement si elle est de nature à remettre en cause l'État de droit. Du reste, dans l'exercice de cette mission, le juge contemporain ne doit plus nécessairement se cantonner dans son traditionnel devoir de réserve⁹⁹, comme en témoigne le contentieux strasbourgeois relatif à la liberté d'expression des magistrats, particulièrement protégée lorsqu'elle tend à préserver l'indépendance de la justice¹⁰⁰.

Conclusion

L'histoire de la fonction de juger occidentale n'est pas linéaire. Son étude permet toutefois de jeter un regard utile **sur les mutations contemporaines de la fonction de juger**, tant pour en saisir la réelle nouveauté que pour les passer au crible d'un regard critique. Il en ressort une image affinée du juge, qui n'est pas là que pour trancher mais aussi pour concilier, qui ne doit pas que dire le droit mais aussi faire justice. Enfin, notre promenade dans les méandres de l'histoire nous a permis de cerner quelques éléments non négociables de la fonction de juger dans un État qui prétend à la qualification d'État de droit. Rien de révolutionnaire, sans doute, mais de quoi formuler un horizon critique pour appréhender les défis majeurs qui se posent à la justice aujourd'hui. Que ce soit la logique managériale ou l'outil numérique, il serait vain et

⁹⁸ A. GARAPON et J. LASSEQUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, op. cit., p. 237.

⁹⁹ Radicale, la magistrate belge Manuela Cadelli invite les juges à résister, protester, informer, tenter, braver et persister, la défense de la justice étant un « sport de combat » (M. CADELLI, *Radicaliser la justice. Projet pour la démocratie*, Bruxelles, Éd. Samsa, 2018, pp. 369-371).

¹⁰⁰ Voy. notamment Cour EDH, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12. Inutile de rappeler la situation préoccupante des juges en Hongrie ou en Pologne.

contre-productif de les condamner d'emblée; on peut cependant suggérer de les soutenir lorsqu'ils permettent d'améliorer l'exécution de la dette de justice et de les condamner en ce qu'ils lui portent atteinte. Dans ce cadre, il convient de rappeler que juger est au moins autant une responsabilité qu'un pouvoir, surtout lorsqu'il s'agit de vérifier le bien-fondé d'accusations en matière pénale et, potentiellement, de priver quelqu'un de sa liberté. Il est tentant alors de suggérer le remplacement de l'image d'un juge bouche de la loi par celle d'un juge bouche de l'État de droit.

