

Les juges : décideurs politiques ?

Une des caractéristiques du 21^e siècle serait la « judiciarisation » de la société. Cette notion renvoie à l'extension du pouvoir des juridictions, lesquelles sont amenées à traiter un nombre croissant de problèmes politiques et sociaux. Si elle était confirmée, la « judiciarisation » serait-elle susceptible de remettre en cause les fondements classiques de notre approche occidentale de la démocratie ? En effet, la judiciarisation ne conduit-elle pas, in fine, à transformer les juges en « producteurs de normes » ?

C'est autour de ces questions que les directeurs scientifiques de l'ouvrage ont demandé à des auteurs d'horizons scientifiques multiples (juristes, politologues, philosophes, chercheurs, magistrats constitutionnels et administratifs, avocats, etc.) et géographiques divers (Belgique, France, Canada, Luxembourg, Russie, etc.) d'interroger, dans une perspective comparative, les fonctions politiques des juges au niveau national et au niveau européen.

L'ouvrage se divise en quatre parties : les juges et le pouvoir politique, les juges et la production de normes, les juges et l'arbitrage des valeurs morales, les juges et la continuité du système politique. Les contributions qui le composent (re)mettent en cause le mode de fonctionnement et/ou de composition des juridictions (judiciaires, administratives ou constitutionnelles) et leur influence sur les processus décisionnels. Elles questionnent, en d'autres termes, la légitimité du juge dans une perspective philosophique, juridique et politique. Par son approche multidisciplinaire, l'ouvrage s'adresse à tous ceux (avocats, politologues, magistrats, journalistes) qui s'intéressent à la place du juge, à son rôle et à ses limites, dans la société contemporaine, qu'ils soient déjà impliqués dans la vie professionnelle ou encore étudiants.

Geoffrey Grandjean est chargé de cours à la Faculté de droit, de science politique et de criminologie (Université de Liège) et chargé de cours aux Écoles de sciences administratives de Liège et Namur.

Jonathan Wildemeersch est référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne et maître de conférences à la Faculté de droit, de science politique et de criminologie (Université de Liège).

L'ouvrage rassemble les contributions de Marc Chevrier, Laurence Dumoulin, Lucien François, Thierry Giet, Geoffrey Grandjean, Guy Haarscher, Patrick Henry, Paul Martens, Michel Pâques, Géraldine Rosoux, David Sanschagrin, Sabine Saurugger, Laurent Scheeck, Fabien Terpan, Nicolas Thirion, Vassili Tokarev, Guillaume Tusseau, Marc Verdussen et Jonathan Wildemeersch.

JUDEPO
ISBN : 978-2-8027-5484-8

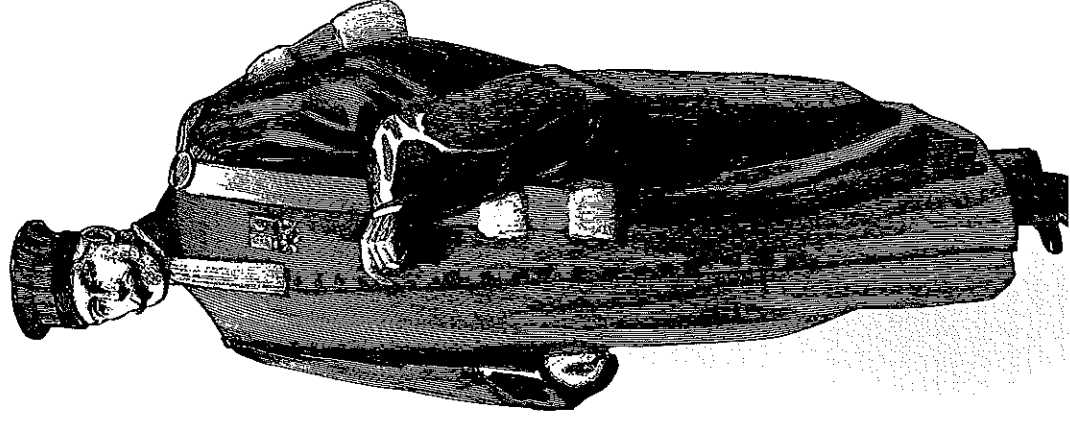


bruylant



Sous la direction de
Geoffrey Grandjean et
Jonathan Wildemeersch

Les juges : décideurs politiques ?



Les juges : décideur politiques ?

Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction

Sous la direction de
Geoffrey Grandjean
Jonathan Wildemeersch

Préface de Paul Martens



bruylant

Les juges dans la politique

LUCIEN FRANÇOIS

et

NICOLAS THIRION

1. INTRODUCTION

1. Il semble que la vision courante du juge et de l'homme politique leur suppose des attributions en principe fondamentalement différentes. *Grosso modo* : selon cette vue, l'un est saisi de problèmes et doit les traiter, l'autre veut s'en saisir ; l'un applique des règles préétablies, l'autre les change ou en fait de nouvelles ; l'un et l'autre diffèrent encore par la manière dont ils reçoivent leur charge, la remplissent ou la perdent.

L'on peut percevoir un reflet ou un écho de cette conception dans la présentation, par ses directeurs scientifiques, de l'ouvrage auquel ressortit la présente contribution : celui-ci, en effet, « s'intéresse au processus de judiciarisation qui renvoie à l'exercice du pouvoir des juridictions amenées à traiter un nombre croissant de problèmes politiques et sociaux » ; « les juges prennent de plus en plus position sur de nombreux thèmes et deviennent ainsi des producteurs de normes et des acteurs centraux de la démocratie » ; du fait de cette évolution, ils « participent à l'exercice du pouvoir, entendu au sens politique du terme, c'est-à-dire la capacité d'imposer des injonctions socialement légitimes ».

2. Distinguons d'abord deux problèmes que leur enchevêtrement fait apparaître comme n'en formant qu'un seul. C'est une chose d'examiner une extension du pouvoir des juges en tant qu'elle représente une augmentation du poids de l'État dans la coexistence humaine, c'en est une autre de l'observer comme un changement dans la répartition des rôles au sein de l'organisation qui agit sous ce nom d'État. Entre les différents organes par lesquels l'action d'un État se manifeste, la distribution des rôles peut évoluer de telle sorte que chacun voie son importance relative croître ou diminuer. C'est ainsi que le « chef de l'État » est tantôt véritablement maître à bord, comme dans la Cinquième République en France, tantôt confiné dans un rôle de figurant, comme le doge dans les derniers temps de Venise, et qu'aux juges, les législateurs laissent une liberté très large dans certaines sociétés, dans d'autres restreinte (au point même, à un des stades de la Révolution française, de prévoir pour tout délit une peine fixe). Tout autre que ces différences dans l'organisation interne

de l'appareil étatique est la variation de l'étendue et du nombre des aspects de la vie sociale dont l'État entend s'occuper, variation considérée indépendamment du point de savoir s'il intervient au moyen de ses juges ou par d'autres agents. Des pans entiers de la fonction qui passe aujourd'hui pour lui incombent, entre autres l'assistance, la santé, l'état civil, l'enseignement, étaient laissés à la famille et à l'Église par le roi (de France, de Germanie, etc.) et ses grands vassaux, formant ensemble un début d'État. S'il est vrai qu'aujourd'hui, « les juges prennent de plus en plus position sur de nombreux thèmes », il faut donc distinguer si la nouveauté apparaît dans l'ampleur du champ d'action de l'appareil étatique tout entier ou seulement dans une influence accrue des juges comparée à celle des autres autorités qui partagent avec ceux-ci l'activité de cette organisation.

Il nous paraît évident que le second de ces aspects est le seul qu'il soit intéressant d'étudier ici et qu'il importe par conséquent de veiller à éviter toute confusion avec le premier. En effet, si l'objet de l'examen était l'importance du rôle de l'État, il n'y aurait aucune raison de privilégier les cas particuliers où celui-ci occupe le terrain en mettant en avant ses juges plutôt que ses gens d'armes, ses administrateurs, ses missionnaires, ses instructeurs ou ses collecteurs d'impôts.

3. Il n'en reste pas moins que ce second aspect appelle lui-même deux séries de développements. Dans les premiers, il s'agit de mettre en question la question telle qu'elle est posée par les concepteurs du présent ouvrage ; plus précisément, les termes en lesquels ceux-ci s'interrogent sur les fonctions politiques des juges reposent sur un certain nombre de postulats qui n'ont rien d'évident et qui méritent, par conséquent, d'être interrogés à leur tour (I). Dans les seconds, une autre manière de concevoir le problème sera proposée, qui rend mieux compte, selon nous, des rapports entre les juges et le champ politique en ce qu'elle se tient éloignée autant que possible de l'importante part de mythologie que charrient la plupart des constructions juridiques – y compris celles qui prétendent déterminer la place, le rôle et la spécificité du juge dans un État, *a fortiori* dans un État démocratique (II).

2. UNE MISE EN QUESTION DE LA QUESTION

4. En affirmant que les juges, dès lors qu'ils « rempliss[ent] une fonction politique, [...] participent à l'exercice du pouvoir, entendu au sens politique du terme, c'est-à-dire la capacité d'imposer des injonctions socialement légitimes », l'on semble présupposer que, dans leurs fonctions traditionnelles, antérieures à une évolution considérée comme un élargissement de leur rôle, ils faisaient tout autre chose. Ce point est à vérifier car, pour prendre la mesure des « fonctions politiques des juges », il est indispensable de préciser l'idée qu'on se fait de celles de leurs fonctions qui ne seraient pas politiques et de situer nettement celles-ci par rapport à celles-là ; ou, si l'on préfère, de donner au terme « politique » un sens suffisamment restreint pour que toute l'activité des juges n'y soit pas comprise d'emblée.

Il faut en effet observer que le concept utilisé de « capacité d'imposer des injonctions socialement légitimes » ne fournit certainement pas un instrument suffisamment précis pour accrédiéter ce présupposé. Examinons d'abord ce qu'implique « capacité d'imposer des injonctions » (n° 5), ensuite « socialement légitimes » (n° 6).

5. Une « capacité d'imposer des injonctions », d'abord. Depuis qu'il y a des juges, ceux-ci finissent, au terme d'une procédure plus ou moins longue, par prononcer une décision (appelée sentence, jugement, arrêt, ordonnance, etc.). Aucun juge n'est un simple juriconsulte, se bornant à décrire une situation et à l'analyser au regard du droit ; il est même arrivé que, préparatoires à une décision juridictionnelle, ces opérations soient faites par d'autres que les juges, par des « légistes » qui assistaient leur seigneur ou leur souverain, peu compétent en droit, mais seul titulaire du pouvoir de trancher.

Quels que soient les constats préliminaires émanant du juge lui-même ou d'experts qui l'aident à instruire l'affaire en cause, la décision finale est un acte non pas constatatif, mais normatif. Certes, il est à la portée de tout le monde de prononcer un texte formellement équivalent à une décision ou injonction (comme ferait un acteur au théâtre, ou ce juge retraité, dont le jugement est fatigué, mais l'activité infatigable, qui, dans *Les plaidiers* de Racine, joue encore à juger). Certes encore, ce n'est pas le juge en personne qui réalisera ce que sa décision semble prescrire et qui exécutera la menace qu'elle contient. Néanmoins, ces actions sont les siennes en ce qu'il les *couvre de son autorité*. Son pouvoir d'injonction, on vient de le voir, n'est pas en lui mais il n'en est pas moins réel, et guère moins le sien, car il y a, derrière tout juge institué, d'autres personnages qui commandent d'avoir égard à ses arrêts, d'y obéir, et tiendront la main à leur exécution. Certes, sa capacité d'imposer des injonctions ne lui est pas intrinsèque puisqu'elle ne réside que dans une *habilitation* par autrui, par des normes préexistantes, et qu'elle cesse si le pouvoir habilitant y met fin ; cependant, c'est bien à ce juge que ces normes habilitantes donnent le pouvoir de délivrer l'autorisation ou de donner l'ordre auxquels elles subordonnent leur effet, présenté comme celui de la décision juridictionnelle.

Ce mécanisme de la « capacité d'imposer des injonctions », l'on s'aperçoit donc, d'une part, qu'il ne diffère en rien chez les juges et chez ceux – chefs d'État, ministres, hauts fonctionnaires, gouverneurs, préfets, édiles – qui exercent un pouvoir perçu comme politique et que, d'autre part, les juges en sont les dépositaires depuis qu'il y a des juges – en tout cas, depuis qu'il y a des juges dont les sentences procèdent d'une habilitation conférée par une puissance qui assure, par voie de conséquence, leur efficacité et le respect qui leur est dû.

6. Ces injonctions doivent ensuite être, ajoute-t-on, « socialement légitimes ». *Légitime* tout court serait, il est vrai, un terme vide de sens, sauf à appeler, naïvement, légitime ce qui paraît respectable, voire « respectable en soi », aux auteurs de ces lignes. Certes, ce mot renvoie à ce qui est conforme à un modèle ou du moins à ce qui est compatible avec lui. Toutefois, le choix du modèle dépend d'un jugement de valeur. Celui-ci n'a pas sa place dans un discours tant soit peu scientifique lorsqu'il est émis par l'auteur de ce discours, car il est alors décisoire au lieu de ne faire que désigner un fait constatable par tous. Un tel jugement peut en revanche être observé

de l'extérieur comme un fait constatable : sous cet aspect, l'émission effective d'un jugement de valeur apparaît comme un événement psycho-social historiquement situé dans la relation que des individus déterminés, cibles de l'observation, entretiennent avec l'objet auquel ils attribuent une valeur (en l'occurrence, avec l'injonction qu'ils réputent légitime). Sous cet aspect – le seul que nous puissions retenir –, la légitimité ne peut être que relative. Elle ne cesse pas de l'être si ceux qui l'affirment la croient absolue : une injonction n'est légitime (absolument ou non) que pour Un Tel et Un Tel, que selon ceux-ci ; ne l'étant que par eux, elle ne l'est qu'aussi longtemps qu'ils en ont le sentiment. C'est d'ailleurs cette relativité essentielle que l'on reconnaît implicitement en prenant soin d'ajouter l'adverbe *socialement* au mot *légitimes* pour qualifier lesdites injonctions.

Cependant, cet ajout est trompeur, car il n'existe rien de tel que « la société ». Ce singulier pousse au mythe. Le seul phénomène parfois appelé *société* qui puisse être proprement désigné comme une unité est la coexistence humaine. Or celle-ci, multiforme, ne peut être prise pour un être pensant, susceptible d'émettre une opinion déterminée, tel un jugement de légitimité. Il y a seulement – plus précisément : il coexiste – différents individus nourrissant ou défendant, isolés ou à plusieurs, des opinions ; or la moindre réflexion suffit pour comprendre que, sur la légitimité de quoi que ce soit, l'opinion des uns ne coïncide pas nécessairement avec celle des autres.

Laissons les individus isolés et les ensembles (plus ou moins organisés) autres que l'organisation étatique : il suffit de considérer celle-ci pour les besoins du présent débat. Parmi les jugements portés sur la légitimité d'une injonction émise en un lieu donné, ne considérons donc (sans oublier l'existence des autres) que ceux des individus qui participent à cette organisation ou la soutiennent par le geste ou la parole, soit une partie seulement de la population vivant dans l'espace où elle se meut. Il paraît donc préférable de rejeter l'expression « socialement légitime » comme faussement précise et faussement claire, voire suspecte d'idéologisme, et de la remplacer par « étatiquement légitime ». Ce n'est pas en effet parce que l'État règne sur toute la population d'un espace qu'il se *compose* de cette population tout entière, à moins d'employer le terme *État* dans deux sens différents (pouvoir, population) sans s'en apercevoir. Ceux des habitants de cet espace qui refusent autant qu'ils peuvent d'obéir n'ont d'égard aux normes étatiques que dans la mesure où ils craignent de ne pouvoir échapper à des sanctions : ils ne voient en de telles normes qu'une réalité comme une autre, tantôt à contourner, tantôt à subir, tantôt indifférente ; ils ne s'embarrassent absolument pas de la question de savoir ce qui est ou non légitime. Leur état d'esprit n'est pas influencé par leur qualité officielle de « citoyens », laquelle leur est tout extérieure, ne consistant que dans le *reflet porté sur eux* des volontés de ceux dont l'action constitue l'ordre juridique étatique.

Cette correction (par substitution d'« étatiquement » à « socialement ») de l'adverbe dont il fallait, sous peine d'inconséquence, affecter le mot « légitime » fait d'ailleurs perdre en contenu informatif une partie de ce que l'on y gagne en précision. En effet, qui s'étonnera d'apprendre qu'un État (ce mot désignant indirectement des humains déterminés) juge légitimes les injonctions qu'il a lui-même habilité leur auteur à

prendre ? Tout ce que cette précision nous apporte est que l'organisation étatique ne croit pas sur parole n'importe qui prétendant juger, mais s'assure que la décision en cause a bien été rendue dans les conditions arrêtées par la norme habilitante. Ceux, gendarmes ou fonctionnaires, qui font obéir aux lois et autres commandements d'un État ne croient pas sur parole n'importe qui se prétendant juge, non plus, d'ailleurs, que n'importe qui se déclarant ministre agissant dans l'exercice de ses fonctions.

7. Il paraît alors tentant de conclure, comme ce qui précède y invite, que le pouvoir d'injonction du juge a, en fin de compte, la même structure que celui de l'homme politique. Cette conclusion se heurte toutefois à une idée autrefois régnante, certes réfutée depuis longtemps, mais qui survit en demi-teinte, à la façon de ces anciennes substitutions qui continuent d'imprégner les façons de parler et d'inspirer des réactions tout en renonçant à se présenter explicitement et nettement comme l'orthodoxie. Selon cette idée, l'autorité politique serait libre d'apprécier souverainement ce qu'il y a lieu de décider alors que le juge ne serait que « la bouche de la loi ». La première ferait des choix, le second n'aurait qu'à comprendre ce que la loi veut et à le formuler solennellement. Aux mécontents qui se plaignent de sa rigueur, seul le second pourrait donc répondre *dura lex, sed lex*, suggérant que sa volonté propre n'est pas en cause, cependant que la première, privée de cet écran protecteur, resterait directement exposée à l'impopularité.

Il s'agit d'un mythe. Les normes à respecter par le juge ne limitent pas sa liberté d'appréciation au point de ne lui laisser aucun choix (et nous ne visons même ici que les normes à respecter, sans parler de l'hypothèse, qui se réalise parfois, où une juridiction réussit à imposer sa volonté sans respecter la loi qu'elle est censée appliquer, grâce au fait que sa décision ne peut plus faire l'objet d'un recours¹ ou que les juridictions de recours ne l'ont pas censurée). Il en est ainsi non seulement en raison de contestations sur la réalité des faits à propos desquels un litige lui est soumis, mais aussi à cause de l'impossibilité de légiférer de manière telle que, pour l'application d'une loi donnée à un fait donné, une seule solution soit concevable. Il y a une impossibilité logique à imputer intégralement une décision aux lois sur lesquelles on prétend la fonder, à prouver qu'elle est la seule que les lois autorisent². La détermination des textes à appliquer, la manière de les combiner, le sens précis dans lequel entendre en chaque circonstance les expressions en lesquelles ces textes s'énoncent, tout concourt à une incertitude et celle-ci est exploitable, d'abord par les plaideurs, ensuite par les divers magistrats participant au délibéré d'une même affaire,

¹ Qu'il suffise ici de penser à certaines décisions de juridictions suprêmes, en Belgique ou ailleurs.

² Le grand Kelsen l'avait déjà clairement indiqué en 1934, à l'encontre de la « traditionnelle jurisprudence » dont il reste encore des échos – il est vrai qu'il ne pouvait pas encore être lu en langue française : « Dass ein richterliches Urteil im Gesetz begründet ist, bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als dass es sich innerhalb des Rahmens hält, den das Gesetz darstellt, bedeutet nicht, dass es die, sondern nur, dass es eine der individuellen Normen ist, die innerhalb des Rahmens der geltenden Norm möglich ist » (affirmer, d'une décision juridictionnelle, qu'elle trouve son fondement dans la loi, signifie en vérité seulement qu'elle n'excède pas le cadre que la loi lui assigne, qu'elle est bien une des normes qu'il était possible d'émettre en respectant ce cadre, et non qu'elle était la seule). Voy. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig/Vienne, Deuticke, 1934, p. 95.

enfin par les scrupules en sens divers qui prolongent la réflexion dans le for intérieur de chacun des juges. Certes, des normes d'interprétation ont été élaborées au cours des siècles, selon des théories savantes et subtiles, souvent d'autant moins rigoureusement motivées que leur réponse est plus univoque (moins « normative »). Il n'en reste pas moins que les énoncés généraux auxquels ces théories aboutissent sont à leur tour et pour les mêmes raisons d'une application discutabile dans les cas particuliers qu'il faut bien finir par trancher³.

8. De son côté, la liberté de choix supposée aux autorités politiques par opposition aux juridictions ne doit pas être surestimée. Le refus d'un permis de bâtir, l'arrêté d'application d'une loi, la circulaire ministérielle contenant des instructions pour l'application de cet arrêté, la décision finale, sont autant d'exercices d'une liberté d'appréciation plus ou moins encadrée par des normes supérieures. Le législateur subit des contrôles de constitutionnalité et de « conventionnalité ». Non seulement les juges, mais les autorités dites « politiques » (en particulier, les pouvoirs législatif et exécutif) exercent leurs activités dans le cadre d'une habilitation qui limite leur marge de manoeuvre. Le législateur constituant dérivé lui-même est habilité, dans les limites fixées par la procédure de révision. Ce n'est qu'au sommet ou, pour mieux dire, à la base de tout l'édifice juridique qu'opère la dépendance du législateur constituant (originaire) par rapport à un fait brut – fait social peu visible aussi longtemps qu'il reste stable. Ce fait n'est autre qu'une disposition de la population d'un lieu à se conduire dans l'ensemble comme si elle acceptait, activement ou passivement, de coexister sur le mode d'une société étatique avec une partie déterminée de l'humanité. À cette condition de possibilité d'un droit étatique, il est inutile de donner une apparence juridique en inventant la supposition d'une *Grundnorm* supérieure à la Constitution, sauf si on ne veut pas s'avouer qu'au fond des choses, vues indépendamment d'un ordre juridique déterminé, *ius oritur ex facto*. Il n'en reste pas moins vrai qu'au sein d'un ordre juridique étatique et aussi longtemps que celui-ci est en vigueur, le mécanisme de l'habilitation est partout présent.

9. L'intuition existe bien que les États confient parfois aux juges des rôles nouveaux ; néanmoins, en quoi, en quel sens, ces rôles sont-ils plus « politiques » ? Quand, sous l'Ancien Régime et dès le Moyen Âge, les rois ont progressivement imposé que des juges nommés par eux connaissent non plus seulement des litiges nés dans les fiefs de la Couronne, mais aussi de l'appel dirigé contre les décisions relevant de la justice des grands vassaux, cette évolution reflétait évidemment une politique de centralisation (qui a fait dire que ses rois avaient « fait la France ») ; toutefois, cette extension faisait-elle de la fonction juridictionnelle une fonction politique qu'elle n'aurait pas été précédemment ? Certes, en amont d'un tel événement, figure un projet politique du suzerain ; mais n'en va-t-il pas de même pour toute institution de juges, pour toute création de juridictions ? Le fait que l'État affirme sa présence et décide d'intervenir plus ou moins dans les jeux et paris, les conflits de la famille ou du travail, est l'expression d'une option politique, mais, une fois le juge institué, le caractère de sa fonction ne s'en trouve pas altéré pour autant.

³ Qu'il suffise, ici encore, de penser aux résultats contradictoires auxquels peuvent aboutir, dans le cadre d'un même litige, les adages *Lex posterior priori derogat* et *Lex specialis generalis derogat*.

10. Faisons le point : une entreprise scientifique reposant sur une distinction des fonctions politiques des juges et de leurs autres fonctions est vouée à l'échec si l'on s'en tient à une définition du politique aussi lâche que celle qui a généralement cours. Il serait certes possible d'établir par convention, pour avancer, une distinction des fonctions politiques et des fonctions typiquement juridictionnelles, si l'on pouvait se contenter de l'idée que la latitude inévitablement laissée au juge est *manifestement* plus étroite que la marge donnée aux « responsables politiques » (ce terme consacré de « responsables » étant d'ailleurs perçu comme le corollaire d'une liberté juridique dont l'exercice risque d'avoir un « coût politique »). Ne pourrait-on soutenir que, dans les fonctions politiques, la liberté juridique du choix de la décision à prendre est de principe, alors que, dans les fonctions juridictionnelles, le principe (souffrant des exceptions) serait que le juge est toujours tenu non seulement de juger, mais de prendre la décision même à laquelle on le voit se résoudre ?

Que le degré de liberté soit *réellement* plus important d'un côté que de l'autre, on n'oserait le nier sans présenter des preuves assez fortes pour démentir l'apparence. Toutefois, avant de céder à la tentation de faire d'une différence *manifeste* de degré un critère utilisable pour repérer avec quelque précision ce qui est politique et ce qui ne l'est pas dans les fonctions confiées aux juges, il faut prendre conscience du fait que, pour des raisons qui vont être exposées, cette différence est sans cesse rendue beaucoup plus grande en apparence qu'en réalité, et cette apparence se reforme à peine dissipée, de sorte que, pratiquement, le manquement d'un tel critère reste très périlleux. Il faudrait sans cesse corriger le sens commun et faire abstraction de conceptions qui s'imposent d'autant plus qu'elles répondent à un besoin probablement irrépressible.

Il importe en effet de comprendre que le souci de l'apparence donnée à la population est vital pour une profession qui, contrairement aux médecins, aux ingénieurs, aux fonctionnaires d'un service d'assistance, sans parler des infirmiers ou des pompiers, mécontente quelqu'un à peu près chaque fois qu'elle opère. Or, « [p]lus la liberté d'appréciation des juges est manifeste, moins la loi paraît sûre. Plus les juges laissent voir que tout se passe comme si les lois disaient ce qu'ils leur font dire, plus le respect du public pour la loi risque de diminuer, sans que ce respect se reporte sur le juge par qui le scandale arrive. Le juge peut donc être tenu d'apparaître le moins possible comme ayant fait un choix personnel. Il cherche alors à imputer à la loi même le principe de la décision qu'il prononce. Il lui faut d'autant plus trouver ailleurs qu'en lui-même de quoi se donner du poids que, s'il ne pesait que le sien propre, il ne paraîtrait pas justifier sa fonction ; en d'autres termes, il comprend, sauf s'il a la faiblesse de se surévaluer, qu'il ne sera respecté que s'il paraît respecter à son tour quelque chose d'autre que lui-même et ses options personnelles [...] La loi reste donc la référence la moins discutabile et la plus sûre – surtout pour le juge suprême, celui qui statue en dernier ressort [...] –, quitte à la faire parler même quand elle est muette. Le Juge comprend d'ordinaire que puisqu'il prétend qu'on respecte la loi lorsqu'elle commande d'obéir à ses jugements (autrement dit la loi qui le fait juge, à défaut de laquelle il serait sans pouvoir), c'est aussi à la loi qu'il doit montrer le plus d'égards

lorsqu'il essaie de justifier sa façon de juger, sous peine de paraître se dispenser d'un respect qu'il lui paraît tout naturel d'exiger d'autrui »⁴.

De là, tout un art très subtil, inventif, parfois même un peu illusionniste, de parler et de raisonner comme si la décision serait de près « la volonté du législateur (constituant ou ordinaire) ». C'est particulièrement le cas dans la tradition juridique d'inspiration française dans laquelle le magistrat est officiellement assujéti à la loi, par opposition à la conception anglo-américaine du juge qui reconnaît officiellement à ce dernier une marge de manoeuvre beaucoup plus large et une liberté beaucoup plus grande pour fixer la solution qui lui paraît la plus juste – alors même qu'en réalité, un affranchissement analogue des juges est atteint dans les systèmes de droit écrit par des votes détournés (par exemple, sous couvert de l'interprétation de la loi, de la résolution des antinomies, de la « découverte » de principes généraux, etc.). Dans la tradition américaine, cette assimilation de la fonction juridictionnelle à une forme d'activité « politique » est du reste renforcée par le fait que, dans nombre d'États fédérés, tout ou partie des juges sont élus au suffrage universel et que cette élection dépend au moins en partie du programme de « politique judiciaire » du candidat ou de son bilan en la matière en cas de candidature à une réélection. L'image d'un juge essentiellement serviteur de la loi (ou de la Constitution ou des conventions internationales, selon le cas) est certes une apparence nécessaire par bien des côtés, mais elle est plus prégnante dans certaines traditions juridiques que dans d'autres, davantage acquises de leur côté à l'idée d'un juge beaucoup plus libre dans le choix de la solution qui lui paraît la mieux adaptée au litige à trancher. Il ne faut donc pas perdre de vue que le problème sous-jacent au présent ouvrage n'est pas universellement perçu de la même manière.

11. Un autre critère conventionnel pourrait être cherché dans la généralité de l'objet de la décision comme de la désignation de ses destinataires. Une règle définissant la responsabilité de *tout auteur* d'un dommage ou les obligations incombant *aux bailleurs* serait politique au sens strict du terme, la condamnation de *telle personne* à payer une indemnité ou à réparer un toit ne le serait pas.

Distinction ténue, car les justiciables savent et se disent que tel juge a montré dans l'ensemble des affaires portées devant lui une « jurisprudence » plus favorable à tel type de prétention que d'autres juges. On entend même parler, et en ce sens⁵, de « politique jurisprudentielle » ; si l'expression paraît quelque peu cavalière, nul ne la jugera obscure. Or si ces tendances ne sont pas formellement des règles, elles n'en sont pas moins générales. En effet, lorsque telle juridiction rend telle décision, elle ne s'adresse, à proprement parler, qu'àux parties litigantes, mais elle fait également savoir, implicitement, que, dans des cas analogues portés devant elle, elle adoptera

⁴ L. FRANÇOIS, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, 2^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2012, n° 169. L'ouvrage rélie ce souci de produire une image convenable à « divers artifices comparables au mimétisme dont les représentations picturales entourent certains personnages ou objets » (« Glossaire », p. 325).

⁵ Ce sens n'est pas le seul. Ainsi, W. Van Gerven intitule *La politique du juge* sa réflexion sur les méthodes suivies ou à suivre par les juges s'interrogeant sur la décision à prendre, (W. VAN GERVEN, *La politique du juge – Essai sur la mission du juriste dans la société*, Bruxelles, Swinnew, 1983, trad. fr. de Het beledid van de rechter par M.-F. RIGAUX et B. DEJEMEPPE).

probablement la même décision. Sinon, pourquoi serions-nous si attentifs aux arrêts d'une Cour de cassation, d'un conseil d'État, d'une juridiction constitutionnelle, voire de juridictions dites inférieures ?

Il est à remarquer en outre que les mesures prises par les autorités dites politiques qui semblent ne concerner que des cas individuels, telles les nominations, ont indirectement une portée générale si elles désignent le titulaire d'une autorité.

Il faudrait en tout cas, dans cette perspective d'une distinction en fonction non plus de la marge de manoeuvre de l'autorité qui décide (*supra*, n° 10) mais du degré de généralité de la décision prise, réserver un sort spécial aux instances, organisées à la manière des juridictions, habilitées à annuler une loi ou un règlement. Les effets de telles décisions ont évidemment une portée générale bien qu'elles portent sur un texte particulier. En vérité, sans le dire, de tels organes légifèrent, fût-ce négativement, parfois même positivement, c'est-à-dire par correction, substitution, ou en imposant une « interprétation conforme ». Ces Conseils d'État et cours constitutionnelles, avec ou sans leurs robes, diffèrent-ils foncièrement d'autorités politiques ? Or le problème n'est pas neuf : il y avait déjà en France un Conseil d'État sous l'Empire et les Parlements – juridictions – de l'Ancien Régime « vérifiaient » les édits royaux.

12. Pour approfondir la notion de juridiction, il importe en tout cas de se souvenir que l'utilité des juges tient à des raisons différentes selon qu'il s'agit des litiges qui opposent entre eux les sujets du pouvoir politique ou du problème qui apparaît dans les rapports de celui-ci avec ceux qui lui résistent ou qui contestent une de ses prétentions.

Les premiers de ces litiges conduiraient immanquablement à une justice privée mettant en danger l'existence même du pouvoir s'il n'imposait pas son arbitrage. Or il lui est difficile de l'imposer durablement s'il donne le sentiment de trancher à tort ou à travers plutôt qu'en connaissance de cause, ou l'impression pénible que, « Selon que vous serez puissant ou misérable, Les jugements de cour vous feront blanc ou noir ». En d'autres termes, il faut un minimum d'apparence de soin, de sagesse et de justice ; c'est d'ailleurs en ces termes que les inévitables mécontents se plaignent d'un juge, puisqu'ils parlent de sa négligence, de ses excès et de son injustice plus souvent qu'ils ne revendiquent le droit de faire justice eux-mêmes.

Le problème est tout différent lorsque c'est avant tout afin d'imposer les volontés du pouvoir, autres que celle de s'interposer entre les particuliers en conflit, que le juge intervient. Le pouvoir étatique est contraint, ne fût-ce que pour survivre, d'arbitrer les différends des particuliers, sous peine de voir ceux-ci faire « justice » eux-mêmes, ou en recourant à d'autres puissances. En revanche, en l'absence de tels différends, ce pouvoir, pour contraindre ceux qui lui désobéissent, pourrait à la rigueur se passer de juges et se contenter d'envoyer sa police et ses agents fiscaux avec main forte ; l'histoire abonde en exemples. Mais l'État, sans être contraint, a un intérêt évident à ménager la population en interposant des vérificateurs et même des atténuateurs, non plus seulement entre les particuliers en conflit, mais même entre sa police et le délinquant ou entre ses agents fiscaux et le contribuable. Cette précaution, caractéristique de ce

qu'on appelle « État de droit » (terminologie idéaliste), complique la tâche des gouvernants, mais leur vaut un surcroît de considération (de toute façon, dans les moments de grande urgence, l'on en revient au *Poizistaat*). Ici encore, c'est d'abord la réputation et l'apparence qui conditionnent l'utilité de ces intermédiaires, car il n'est ni tout à fait nécessaire ni entièrement suffisant qu'un jugement soit à proprement parler juste pour être accepté par l'opinion.

Si les raisons politiques que le pouvoir peut avoir de faire intervenir un juge sont très différentes dans ces deux types de rapport, cette dualité de mobiles est masquée par un intérêt qui se fait sentir uniformément dans l'un et dans l'autre et qui est pour l'État de donner aussi bien à son règlement des conflits entre particuliers qu'à son traitement de la désobéissance un certain air de qualité, que ce soit par souci de justice ou même seulement par souci des apparences. À cette fin, il faut confier la fonction de juge à un être passant pour avoir certaines qualités dont il porte les signes. Qualités personnelles qu'il faut sans cesse réaffirmer, car ceux qui perdent leur procès cèdent souvent à la tentation de les dénier. Aussi prend-on soin d'y ajouter un facteur de qualité qui ne tient pas à celle des personnes, mais semble résulter, en quelque sorte plus objectivement, comme par la vertu d'un rituel (pure comédie, dans certains États), de l'observation de formes contraignantes, d'un statut des juges et d'une procédure qui accroissent les chances d'une issue acceptable des procès ; nous pensons entre autres choses aux règles relatives à la publicité des débats, à l'inamovibilité des juges, aux incompatibilités et aux récusations, au principe du contradictoire et aux droits de défense, à l'obligation de motiver en la forme, etc. : règles propres à garantir ou à paraître garantir dans une certaine mesure que les décisions soient sages et justes, rendues après avoir pesé soigneusement le pour et le contre, en toute indépendance et partant, croit-on, en toute impartialité⁶. Parmi ces règles, une des plus fondamentales est celle qui fait au juge l'obligation de juger, si épineux et apparemment indécidable que soit le problème, et si forte la tentation de l'éluder pour échapper à une tempête politique. Dans certaines « affaires » très passionnées, les mécontents, quelle que soit l'issue, reprocheront véhémentement aux juges d'avoir rendu un « arrêt politique », mais comme chacun sait que la décision contraire eût encouru le même reproche si elle avait été différente et que ses auteurs ne pouvaient se dérober comme d'autres à la redoutable nécessité de se prononcer, l'institution peut sans trop vaciller faire office de paratonnerre.

Il s'ensuit de ces précautions qu'en dépit du discours de l'« homme politique », ses décisions ont plus de peine à paraître désintéressées, équilibrées, indépendantes, que celles des juges. Le public se demande : « veut-il le pouvoir pour faire la meilleure politique possible ou infléchit-il sa politique de façon à obtenir ou conserver le pouvoir ? ». Personne peut-être ne croit vraiment qu'un juge est toujours un juste ; mais n'est-il pas remarquable, lorsqu'on le compare aux autres agents de l'État, que tout ce qui touche à sa fonction porte le nom de ce qu'on en attend, à savoir le nom

6 L'impartialité nous paraît une qualité plus fondamentale que l'indépendance tant vantée. Si l'on nomme magistrat un homme qui entretient des préjugés, l'on ne voit pas après tout ce que la justice gagne à ce qu'il puisse les satisfaire en toute indépendance.

d'une vertu : palais de justice, officiers de justice, ministère de la justice, décision de justice, rendre la justice ? Ces appellations ambiguës renforcent la présomption que la décision des juges, grâce notamment à leur *modus operandi*, ont en principe une valeur plus indiscutable que celle d'hommes politiques sans cesse préoccupés de leur pouvoir menacé et contestés par leurs propres collègues ainsi que par la presse. S'il est vrai que tout pouvoir tend, dans sa présentation et sa représentation, à se numbrer avantagusement⁷, le nimbe n'est pas uniforme, et la théâtralisation si remarquablement différente du rôle des juges et de celui des autres titulaires d'un pouvoir étatique est un exemple de cette diversité.

13. Encore une fois, en insistant sur l'importance de l'apparence, nous ne sous-entendons pas que celle-ci soit nécessairement éloignée de la réalité, mais nous tenons simplement compte de ce qu'elle a sur les faits sociaux et politiques une incidence directe et considérable. Les observations qui précèdent conduisent à penser que, si parfois les ministres et les parlementaires, hommes politiques par excellence, confient, voire abandonnent, des missions qui semblaient leur incomber à des organes juridictionnels, ce n'est pas uniquement en considération d'une nature spécifique de ce que ceux-ci font ou même de ce qu'ils sont, mais au moins autant en considération de ce qu'ils passent pour être.

14. Le soin que nous venons de prendre d'une remise en question de la question fait apparaître un bilan plutôt mitigé : la distinction entre fonctions politiques et fonctions autres des juges n'est guère fiable, faute d'avoir retenu d'emblée une définition nette et, autant que faire se peut, circonscrite de l'adjectif *politique* ; les critères possibles de distinction, tels la marge de manœuvre de l'autorité qui décide ou le degré plus ou moins grand de généralité de la décision prise, n'autorisent pas de délimitation précise. Ce qui semble néanmoins ressortir de cette première analyse, c'est que, dans la plupart des États, même les moins recommandables, le statut des juges et les normes relatives à leur activité tendent à véhiculer l'image d'agents du pouvoir revêtus de qualités particulières, soumis à des modes de désignation censés garantir certaines vertus et assujettis à des règles de procédure assurant un traitement correct du procès. En d'autres termes : une image de nature à conférer à leurs décisions une plus grande acceptabilité auprès des justiciables et dans l'opinion publique.

Pour approfondir le sujet à la lumière de la théorie générale du droit, trois postulats de l'approche suggérée aux contributeurs du présent ouvrage devraient dès lors être remis en cause. D'abord, quitte à prêter le flanc à la critique sur la définition proposée, il conviendrait de déterminer ce que l'on entend par « pouvoir politique », autrement que par la seule « capacité d'imposer des injonctions étatique⁸ légitimes » : quelle est la spécificité de l'activité politique qui, tout à la fois, la caractérise et la délimite ? Cette définition même conduit-elle à admettre ou, au contraire, à rejeter la pertinence d'une distinction entre fonctions « politiques » et fonctions « autres » de ceux qui, dans un ordre juridique étatique donné, sont habilités à juger ? Ensuite, il

7 L. FRANÇOIS, *Le cap des Tempêtes, Essai de microscopie du droit*, op. cit., n^{os} 165 et 170, et « Glossaire ».

8 Plutôt que « socialement » (*supra*, n^o 6).

importe de se déprendre d'une manière de penser peut-être trop tributaire de la tradition juridique française, qui tend à accentuer certaines évolutions ou prises de conscience récentes⁹, au détriment d'une vision plus globale de l'activité juridictionnelle dans le temps et dans l'espace – c'est du reste l'ambition de la théorie générale du droit de transcender les aires culturelles pour tenter de découvrir ce qui fait partout la spécificité du phénomène juridique ou d'une portion de celui-ci. Enfin (peut-être surtout), l'approche considérée paraît tenir pour évidente ou reçue depuis toujours la séparation entre juges et hommes politiques dans les systèmes étatiques ; en d'autres termes, elle part de l'état présent de la situation, qui est en réalité le point d'aboutissement extrêmement sophistiqué d'un processus pluri-séculaire de constitution de l'État moderne, alors que le mouvement inverse, qui cherche à remonter aux origines pour comprendre la situation actuelle, est lui aussi riche d'enseignements et permet, en réintroduisant de l'historicité là où une vision an-historique, exclusivement rivée au présent, peut être fallacieuse, une manière peut-être plus judicieuse de penser le problème.

Cette triple remise en cause autorise à poser la question d'une autre façon.

3. UNE AUTRE MANIÈRE DE POSER LA QUESTION

15. Qu'est-ce que le pouvoir politique ? Plus précisément, qu'est-ce que le pouvoir politique dans l'État moderne, voire dans les structures inter- ou supranationales auxquelles il participe – puisque que c'est de ces entités dont il est essentiellement question lorsque l'on veut étudier les fonctions politiques des juges ? Si des tombereaux d'ouvrages et d'articles ont été consacrés à cette question, aussi bien sous l'angle de la philosophie politique qu'à l'aune de la science politique ou de la sociologie, on doit au philosophe Michel Foucault d'avoir désigné l'exercice du pouvoir dans les États occidentaux, en tout cas, depuis, *grasso modo*, le XVII^e siècle, par un néologisme : la « gouvernamentalité », définie comme l'activité consistant à « conduire les individus tout au long de leur vie en les plaçant sous l'autorité d'un guide responsable de ce qu'ils font ou de ce qui leur arrive »¹⁰.

Jusqu'alors, le pouvoir souverain se présentait de manière certes spectaculaire, mais discontinu : celui-ci n'était pas constant, il ne se manifestait pas par des régularités, il n'était pas omniprésent ; au contraire, il ne se concrétisait que par à-coups, de manière sporadique, mais éclatante (notamment au moyen de cérémonies paroxystiques réaffirmant la surpuissance du Roi, à l'instar des supplices publics¹¹) ou, en tout cas, de façon suffisamment régulière pour rester présent à l'esprit des

⁹ *Supra*, n° 10.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, coll. Hautes études, Paris, Gallimard/Seuil, 2004, p. 373.

¹¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, coll. Tel, Paris, Gallimard, 1975.

sujets lorsqu'il ne se manifeste plus pendant un certain temps (les collectes périodiques d'impôts, par exemple).

Dans la gouvernamentalité moderne, au contraire, l'État s'imisce beaucoup plus dans les relations sociales, jusqu'au grain le plus fin des rapports interindividuels les plus simples (tels ceux de la famille), s'inscrivant ainsi dans la continuité du pastorat ecclésiastique que le christianisme avait progressivement perfectionné grâce à l'idée de gouvernement des âmes. Une telle activité est assez bien illustrée par la métaphore du berger et de son troupeau : gouverner les hommes, dans une telle conception, c'est être le berger en charge d'un troupeau humain. Le berger a, en particulier, pour rôles de fournir au troupeau sa subsistance, de veiller sur lui et d'assurer quotidiennement son salut (c'est un pouvoir bienveillant, à la différence de la souveraineté qui se caractérise essentiellement par la faculté d'infliger un mal aux sujets), mais aussi d'individualiser, en accordant autant de prix à une seule des brebis qu'au troupeau tout entier (le salut de chacun compte autant que le salut de tous).

Si l'on en croit Foucault, ce thème pastoral serait donc passé, à partir du XVII^e siècle, dans la sphère proprement politique, à la faveur d'un bouleversement dans les débats de cette époque relatifs à la question de la pérennité de la structure étatique : l'État est-il une réalité transitoire, destinée à disparaître au profit de la réunification annoncée, souhaitée, théorisée, de l'ancien Empire romain ? Ou bien cette possibilité d'une résurrection de la structure impériale (la vraie, non celle – devenue assez factice – du Saint Empire romain germanique) n'est-elle qu'un mirage, une illusion, voire un danger ? Jusqu'au XVII^e siècle, la première position avait tendance à l'emporter ; or – innovation politique fondamentale –, à partir du XVII^e, le thème impérial tend à disparaître (on n'y croit plus, ou de moins en moins) et l'État moderne devient alors une structure politique vouée à la permanence. C'est lui dont il convient dès lors d'assurer la solidité, la prospérité et le caractère éminemment respectable.

A cette époque, émerge la notion de « raison d'État » : l'objet du pouvoir, c'est désormais l'État ; son objectif, la prospérité et la solidité croissantes de l'État. On serait donc passé d'un art de gouverner centré tantôt sur certaines vertus (la sagesse, la justice, le respect des lois divines ou des coutumes humaines), tantôt sur une certaine habileté (prudence, prévoyance, soin à s'entourer des meilleurs conseillers), à un art de gouverner dont la rationalité a ses principes et son domaine d'application mêmes dans l'État.

En vue d'assurer cette expansion et cette prospérité croissantes de l'État, ceux qui en ont la charge doivent donc orienter, contrôler, superviser, le cas échéant sanctionner, les comportements des sujets formant sa population, afin d'atteindre les objectifs jugés nécessaires à la consolidation constante de l'organisation étatique. La gouvernamentalité politique consiste donc, désormais, en un art de conduire des conduites. Il s'agit d'obtenir, de façon beaucoup plus systématique qu'auparavant, des comportements déterminés des sujets.

Pour la suite des développements, tenons-nous à cette définition du pouvoir politique dans l'État moderne.

16. En vue d'obtenir des comportements déterminés des sujets, plusieurs techniques sont concevables. Sans prétendre épuiser la palette des instruments susceptibles d'aboutir à un tel résultat, trois d'entre eux méritent tout particulièrement d'être rappelés. D'abord, la persuasion, qui recourt à des moyens très divers (propagande, publicité, campagnes de sensibilisation, argumentation plus ou moins raisonnée, etc.), tend à orienter les conduites en emportant la conviction des sujets sans pour autant les forcer à adopter les comportements souhaités. Ensuite, des mécanismes de conditionnement peuvent être utilisés, grâce auxquels le vœu de l'autorité est obéi sans même devoir recourir à une quelconque menace puisque les sujets ont intériorisé la norme : certes, ce conditionnement a souvent été préparé et obtenu à l'aide d'injonctions répétées et l'usage de sanctions a pu être présent comme technique de dressage, mais, une fois ce dressage obtenu, nul besoin de brandir une quelconque menace à l'encontre des sujets. Enfin, entre la persuasion (régulant des activités mineures ou, tout au moins, suffisamment peu importantes aux yeux du pouvoir pour qu'il ne s'assure pas plus fermement de la conduite adoptée par les sujets) et le conditionnement/dressage (peu efficace à terme et n'impliquant que des conduites relativement stéréotypées et automatiques), une troisième technique de conduite des conduites peut être employée : celle qui consiste à obtenir des sujets des conduites au moyen d'une pression, tantôt par promesse de récompense, tantôt par menace de sanction. Il va de soi que ces trois champs de la gouvernabilité (ou de l'activité politique à l'heure actuelle) peuvent être combinés entre eux, en vue d'atteindre les meilleurs résultats possible : persuasion, conditionnement et pression se donnent alors la main pour obtenir le maximum de conduites souhaitées par celui ou ceux qui exerce(nt) le pouvoir¹².

La troisième technique, dans son deuxième versant, doit retenir plus spécifiquement l'attention en ce qu'elle constitue peut-être le propre des pratiques juridiques : celles-ci ne consistent-elles pas, en effet, dans l'émission d'impératifs accompagnés d'un dispositif de pression par menace de sanction ou, à tout le moins, ne concourent-elles pas à l'émission de tels impératifs ? Certes, cette technique, comme les autres, n'est pas l'apanage de l'État : elle existe aussi dans nombre de groupes sociaux dont les membres ou certains d'entre eux sont exposés à de telles injonctions : que l'on songe, par exemple, aux cercles de jeu, aux syndicats, aux entreprises, aux organisations criminelles, etc. Si l'on veut bien admettre que le phénomène juridique n'est pas réductible à l'État, on considérera que ces injonctions émanant de tels groupes sociaux, pourvu qu'elles soient accompagnées d'une menace de sanction en cas de désobéissance (comme, par exemple, la suspension ou l'exclusion dans un cercle de jeu), sont tout autant juridiques que celles de l'État.

Compte tenu de l'objet de la présente contribution, tenons-nous-en toutefois aux injonctions de ce type qui relèvent de ce que l'on appelle l'« État », en ce qu'elles sont formulées par des individus habilités à ce faire dans le cadre de cette organisation spécifique.

17. Dans le champ étatique, la production d'injonctions accompagnées d'un dispositif de pression par menace de sanction conduit alors à une tripartition des fonctions au sein de la population présente sur le territoire de l'État : les uns commandent, les autres obéissent (ou doivent obéir) et les troisièmes font obéir¹³. Les deuxièmes aux premiers. Toute société politique se décompose non pas en deux groupes (les gouvernants et les gouvernés), comme tendent à le faire accroire les théories traditionnelles de droit public¹⁴, mais bien en trois : c'est qu'il faut bien que certaines autorités garantissent, au besoin par la force, les commandements formulés par d'autres autorités au sein de l'appareil étatique et contraignent, si cela est nécessaire, les sujets à se plier à ces commandements. Certes, ces autorités, qu'on les appelle « forces de l'ordre », « force publique », « bras armé », « main-forte », sont généralement présentées comme subalternes, mais il ne faut pas s'y tromper : comme l'écrivait Valéry, « un chef est un homme qui a besoin des autres ». Or, il est entendu que, si ces forces qui font obéir renoncent à exercer leur mission et, au sens propre, déposaient les armes, les commandements émis par le pouvoir qui enregistre une telle défection perdraient une bonne part, pour ne pas dire la totalité, de leur efficacité. Qu'il suffise de citer le fonctionnement des forces armées vis-à-vis du gouvernement ou des agents de la force publique vis-à-vis d'une décision judiciaire. Que seraient les instructions d'un gouvernement pour la protection du territoire ou les jugements, si ces forces, capables de retirer leur fidélité aux diverses autorités à n'importe quel moment, décidaient de se croiser les bras ? On aurait assurément tort de croire que les régimes démocratiques seraient prémunis contre tout risque de ce genre : on se souviendra peut-être qu'en 1996, dans le cadre d'une affaire mettant en cause le président de la République française alors en fonction, le directeur de la police judiciaire donna l'ordre à ses subordonnés de ne pas procéder aux perquisitions pourtant requises par le juge d'instruction saisi de l'affaire – lequel fit donc chou blanc, vu l'insoumission des forces de police.

On voudra bien noter que ces trois groupes se caractérisent non pas par les individus qui le composent, mais par les fonctions qui leur sont assignées : une même personne peut appartenir, sous des angles et à des moments différents, voire simultanément, aux trois groupes. Prenons l'exemple du policier : il lui arrive de commander, quand il en a reçu l'habilitation (ainsi, quand il règle la circulation en lieu et place des feux de signalisation en cas de problèmes techniques ou d'embouteillages) ; il fait obéir aux injonctions formulées par d'autres que lui (par exemple, quand il doit veiller au bon déroulement d'une manifestation, en faisant respecter notamment le tracé imposé par l'autorité administrative) ; il se peut même qu'il fasse obéir à ses propres

¹³ A ce sujet, voy. L. FRANÇOIS, « La révolution selon le droit », in *Le droit sans la justice. Actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du Cap des Tempêtes de Lucien François* (E. DELREUILLE et G. BRATSCH dir.), Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2004, pp. 111 ; et *id.*, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, *op. cit.*, n° 162.

¹⁴ Voy., entre bien d'autres, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 2^e éd., Paris, E. de Brocard, 1921, p. 522 ; J. GICOQUEL et J.-E. GICOQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 19 (droit français) ; R. EXARCIS, *Introduction au droit public*, t. 1, *Le système institutionnel*, 2^e éd., Diegem, Story-Scientia, 1994, p. 5 ; F. DELPERÉ, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2000, p. 38 (droit belge).

¹² L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1976, p. 123 ; *id.*, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, *op. cit.*, n° 36.

commandements (en cas de flagrant délit, lorsqu'il menace de tirer si le délinquant ne se rend pas et que, en cas de résistance de ce dernier, il tire effectivement) ; par ailleurs, ce même policier doit lui-même faire preuve d'obéissance, d'une part, dans l'exercice de ses fonctions (puisqu'il est censé respecter les règles qui déterminent son office), d'autre part, en tant que simple sujet de l'État, lorsqu'il délaisse son uniforme en dehors de son activité professionnelle.

En tout état de cause, dès lors que la production d'injonctions assorties d'un dispositif de pression par menace de sanction est l'un des aspects majeurs de la gouvernementalité, commander et faire obéir participent incontestablement de l'exercice du pouvoir politique.

18. Dans cette perspective, il faut se rendre à l'évidence : avec d'autres (le législateur, les autorités administratives, les forces de police, l'armée, etc.), les juges sont parties prenantes de l'exercice du pouvoir politique ainsi entendu. Quand ils jugent, ils émettent des injonctions accompagnées d'une menace de sanction (par exemple, quand ils enjoignent à une des parties au litige de faire, de ne pas faire ou de payer quelque chose au profit d'une autre¹⁵) ou sanctionnent par une peine le non-respect d'une injonction préalable (par exemple, quand ils condamnent un individu à une peine d'emprisonnement pour vol¹⁶). Il n'est pas jusqu'au contentieux objectif, devant les juridictions administratives ou constitutionnelles, où leur intervention n'ait une incidence sur les conduites des sujets, puisque, selon le sort qu'elles font à l'acte attaqué (annulation ou non), les sujets devront se comporter de telle ou telle manière.

Du reste, non seulement les juges commandent et font obéir, mais eux aussi obéissent : d'une part, ils sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, à un certain nombre d'obligations (procédure, exigence d'impartialité, déontologie, etc.) dont le non-respect expose leurs jugements à être annulés, réformés ou invalidés, voire engage leur mise en cause personnelle ; d'autre part, en tant que personnes privées, ils sont assujettis, sauf exception (comme certains « privilèges de juridiction », par exemple), à l'ensemble des règles applicables aux citoyens ordinaires.

Organes de l'État, les juges exercent donc des fonctions éminemment politiques ; plus exactement : les fonctions juridictionnelles sont des fonctions politiques. Il suffit de se rappeler qu'à l'époque où la distinction et, *a fortiori*, la séparation des fonctions (législative, exécutive et judiciaire) n'avaient pas encore été conceptualisées, soit aux premiers temps de l'État moderne, le Roi concentrait entre ses mains ces trois fonctions, sans que nul ne s'en offusque. On peut même avancer que la centralisation de l'État moderne (en France tout au moins) s'est opérée notamment par la prise en charge, par l'autorité royale, des tâches juridictionnelles¹⁷ – lesquelles paraissent donc bien, à l'époque, comme évidemment « politiques ». L'oubli de cette dimension provient sans doute des perfectionnements ultérieurs, qui se sont attachés à donner à

¹⁵ C'est plutôt le cas dans les litiges tranchés par les juridictions civiles et commerciales.

¹⁶ C'est plutôt le cas des affaires relevant des juridictions pénales.

¹⁷ M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », cycle de conférences prononcées à l'Université pontificale de Rio de Janeiro, reproduites in *Dits et écrits*, coll. Quarto, Paris, Gallimard, 2004, n° 139, pp. 1406 et s.

l'activité juridictionnelle des attributs et des spécificités censés lui conférer une dignité toute particulière, mais le rappel des origines permet de relativiser le sens commun.

19. Une fois posé que les juges participent, en raison de leur office même, à l'exercice du pouvoir politique, on peut revenir à la singularité de leur statut : il est vrai, en effet, qu'un certain nombre de règles établissent généralement des modalités de nomination, des conditions de compétence et des exigences procédurales qui tendent à renforcer l'image d'un pouvoir qui, loin d'être discrétionnaire, serait essentiellement lié, étroitement enserré, et ne pourrait dès lors donner prise à la qualification de « politique » en un des sens du terme. La séparation et la spécialisation des fonctions dans l'État moderne se sont ainsi accompagnées d'un régime spécifique pour les agents chargés de trancher les différends. Toutefois, outre le fait que, comme nous l'avons vu¹⁸, cette apparence, même si elle correspond indéniablement à une partie de la réalité, doit être relativisée, dès lors qu'elle occulte au moins le pouvoir réel de certains juges (pensons en particulier aux juridictions dites « suprêmes » dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours et qui, en particulier sur certaines questions de principe, tranchent parfois des débats dans lesquels d'autres instances politiques, pour des raisons diverses – peur des conséquences électorales, indifférence, démagogie, etc. –, se sont abstenues d'intervenir) et que, dans certains systèmes juridiques, d'inspiration anglo-américaine pour l'essentiel, ces règles spécifiquement applicables à l'activité juridictionnelle n'empêchent pas de reconnaître par ailleurs la part essentielle que la volonté propre des juges prend au choix final, l'image en quelque sorte nimbée¹⁹ qui est entretenue des institutions juridictionnelles appelle trois remarques.

D'abord, comme nous l'avons déjà souligné²⁰, il ne faut pas négliger l'intérêt de l'État et de ses agents à cultiver cette apparence : l'interdiction des règlements de comptes privés et la prétention au monopole de la contrainte physique ont d'autant plus de chances d'être respectées que les personnes habilitées à trancher les différends ou à prononcer des peines privatives de liberté, voire, dans certains États, de la vie même, passent pour particulièrement scrupuleuses et dotées de qualités renforcées par les exigences procédurales auxquelles elles sont astreintes.

Ensuite, ces qualités constitutives de la déontologie judiciaire (indépendance, impartialité, interdiction du déni de justice, etc.) passent trop souvent pour aller de soi, consubstantielles en quelque sorte à la fonction juridictionnelle, alors qu'elles sont essentiellement culturelles et forment l'héritage laïcisé de l'Occident médiéval. C'est que le jugement des hommes est conçu, dans la chrétienté, à l'imitation, autant que faire se peut, du jugement de Dieu. Robert Jacob a montré ailleurs que la figure du juge dans l'histoire juridique occidentale est étroitement connectée à Dieu et qu'il reste, dans les ordres juridiques européens contemporains, des rémanences indiscutables de cette dépendance de la fonction de juger par rapport à l'ordre divin ou du moins à une transcendance, qui explique toute une série de traits caractéristiques de l'office du juge à l'heure actuelle²¹. Les deux grandes cultures judiciaires

¹⁸ *Supra*, n° 10.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, PUF, 2014.

occidentales (romano-canonique et anglaise) ont certes emprunté ensuite des chemins différents, mais ont conservé, par-delà leurs spécificités procédurales, ce trait commun. La figure du juge telle que nous la concevons est, pour l'essentiel, occidentale et imprègne ceux des systèmes juridiques qui sont les héritiers de cette tradition.

Enfin, et par contraste avec ce qui précède, dans les autres systèmes étatiques, la fonction juridictionnelle se conçoit comme en tout ou en partie délestée des attributs que l'on s'accorde à reconnaître à ceux qui en ont la charge dans les traditions romano-canonique et anglo-américaine. Le caractère politique de l'activité juridictionnelle, dépourvu de tout fard, apparaît alors avec d'autant plus de netteté. Que l'on songe, par exemple, aux juges des régimes autoritaires, et plus encore à ceux des régimes totalitaires, qui ne sont que de simples rouages au service de l'idéologie officielle : dans de telles circonstances, faire preuve d'impartialité ou d'indépendance, loin d'inspirer le respect, expose le magistrat qui s'en rend coupable à de non négligeables ennuis. Dans les périodes de crise, même les systèmes démocratiques n'hésitent pas à s'éloigner des valeurs proclamées avec force en temps ordinaire : ainsi, en cas de guerre, la justice militaire²² ne s'embarrasse pas toujours de scrupules procéduraux pour procéder à des condamnations expéditives, ainsi que l'illustre à merveille le film de Stanley Kubrick, *Les sentiers de la gloire*, inspiré de faits réels. La justice civile n'est, en ces époques troublées, guère exempte de telles dérives non plus. Les qualités dont les juges sont censés pourvus dans certains ordres juridiques ne sont donc pas de l'essence même de la fonction juridictionnelle et n'infirmen en tout cas pas le postulat de notre analyse, suivant lequel l'acte de juger relève sans conteste du champ de la gouvernamentalité.

20. Le fait nouveau n'est donc pas tant que le juge, en remplissant son office, se serait mis à exercer des fonctions politiques. La question est plutôt celle-ci, tout au moins dans les systèmes de tradition française : comment expliquer que l'activité juridictionnelle soit désormais à ce point sur le devant de la scène et l'office du juge à ce point considéré comme en pleine expansion, au détriment, le cas échéant, des autres pouvoirs (en particulier, législatif et exécutif) ? Plusieurs explications peuvent être avancées ; nous en retiendrons pour notre part trois, d'inégale importance.

La première, probablement la plus circonstancielle et la moins fondamentale, réside dans les avatars d'une démocratie d'opinion qui, en France, en Belgique et ailleurs, conduit les responsables politiques perçus immédiatement comme tels (en particulier, ministres et parlementaires) à ne pas intervenir ou à intervenir *a minima*, là où les sondages d'opinion, la pression médiatique ou les échéances électorales les incitent à une prudence qui peut aller jusqu'à la lâcheté. Mieux (ou pire) encore : il arrive de lire, dans les travaux préparatoires, que telle question ne sera pas tranchée dans la loi à venir ou que tel concept n'y sera pas énoncé, étant entendu qu'il reviendra aux juridictions d'apporter les précisions nécessaires. En d'autres termes, si les juges prennent une place plus importante qu'auparavant, c'est que, en toute conscience, les autres pouvoirs préfèrent parfois se défaire sur eux de leurs responsabilités.

²² Qui, si l'on en croit Clemenceau, est à la justice ce que la musique militaire est à la musique.

La deuxième tient aux développements d'instances de type juridictionnel dont la dimension politique apparaît d'autant plus clairement qu'elles sont souvent appelées à trancher des questions de principe et à intervenir dans des débats fortement médiatisés : tel est le cas de juridictions internationales, comme la Cour européenne des droits de l'homme, supranationales, comme la Cour de justice de l'Union européenne, ou simplement constitutionnelles, dans des États qui, telle la Belgique, ont longtemps ignoré le contrôle de constitutionnalité des lois. Nous avons déjà souligné²³ combien ces organes, en réalité, légifèrent, fût-ce négativement, ou interfèrent dans le processus législatif.

La troisième explication, qui nous paraît la plus fondamentale, tient à l'évolution constatée des rapports entre pouvoirs au sein des États européens depuis la chute du mur de Berlin et la victoire des systèmes d'économie de marché sur les économies planifiées.

À la fin des années 1990 déjà, M. Scholsem avait pointé ce parallélisme entre l'extension de l'économie de marché et l'accroissement de la place du juge et, singulièrement, du juge constitutionnel, désormais tenu pour l'accessoire indispensable de tout État de droit digne de ce nom²⁴.

Plus récemment, M. Vandevenne dressait un constat analogue en des termes si éloquentes que nous les reproduisons *in extenso* : « Dans un climat de méfiance vis-à-vis des autres pouvoirs, l'institution juridictionnelle, présentée par la pensée libérale comme première gardienne des libertés, s'est peu à peu affranchie du rôle qui lui avait été assigné par les traditions de la pensée socio-politique européenne. Progressivement, les différentes branches du droit ont été contaminées par cette doctrine, qui installe le juge au premier rang des producteurs de la norme. Il en résulte désormais – c'est presque un truisme de le dire – qu'une bonne part des concepts qui fondent notre ordre juridique provient directement de la jurisprudence. Étrangement, cette situation est relativement peu critiquée. Il est mal vu de s'en prendre au juge qui fait aujourd'hui office de "héraut de la démocratie" lorsqu'il proclame un nouveau droit fondamental »²⁵.

21. Cette induration de l'étendue du pouvoir juridictionnel sur l'extension de la logique de marché, intuitivement ressentie du fait de la synchronie des deux tendances, est corroborée par les analyses que Foucault a consacrées au néo-libéralisme allemand dans son cours au Collège de France, *Naissance de la biopolitique*²⁶ – néo-libéralisme allemand qui constitue l'une des sources d'inspiration du Traité de Rome de 1957 comme de ses révisions subséquentes et, par contrecoup, a pu rejaillir sur d'autres systèmes juridiques étatiques.

À la différence des libéraux classiques du XVIII^e siècle, les néo-libéraux allemands du XIX^e (également appelés « ordolibéraux », en référence à la revue *Ordo*, qui constitua

²³ *Supra*, 2, n° 11.

²⁴ J.-C. SCHOLSEM, « Droit constitutionnel, "branches du droit" et droit des affaires », in *Liber Amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 195 et s.

²⁵ F. VANDEVENNE, « Le juge et la fin de l'Histoire », disponible sur le site web de recherche interdisciplinaire sur le droit public *Le droit public existe-t-il ?* à la page <http://dev.uib.ac.be/droitpublic/index.php?id=26>.

²⁶ M. FOUCAULT, *Cours au Collège de France 1978-1979*, coll. Hautes études, Paris, Gallimard/Seuil, 2004.

le fer de lance de leur pensée et de leur combat) ne veulent pas d'un simple « gouvernement économique » ; ils plaident au contraire en faveur d'un « gouvernement de société » qui mène une « politique de société » (*Gesellschaftspolitik*), indexée sur le marché comme principe de régulation et de fonctionnement de toutes les relations sociales. Cette *Gesellschaftspolitik* aboutit à deux conséquences majeures : d'une part, le modelage de toutes les relations sociales sur la structure de l'entreprise ; d'autre part, la revalorisation du rôle du cadre institutionnel et juridique dans la diffusion du modèle de l'entreprise. D'emblée, extension de la logique de marché et accroissement du rôle des juges se trouvent ainsi associés.

Selon les ordolibéraux, il convient en effet d'ériger le marché en principe régulateur de la société dans son ensemble. Or, pour eux, le fondement du marché est moins l'échange des marchandises que la concurrence. L'unité de base dans un modèle de concurrence est l'entreprise. *L'homo economicus* n'est pas, dans cette perspective, l'homme de l'échange et de la consommation, c'est l'homme de l'entreprise et de la production. Le programme de société des ordolibéraux est donc axé sur l'entreprise et se donne pour objectif de créer une trame sociale où toutes les unités de base auraient la forme de l'entreprise et dont les relations se modèleraient sur le moule concurrentiel : « ce que l'on cherche à obtenir, ce n'est pas une société soumise à l'effet-marchandise, c'est une société soumise à la dynamique concurrentielle. Non pas une société de supermarché – une société d'entreprise ».²⁷ À cet égard, un texte de Röpke²⁸, une des figures de proue de la pensée ordolibérale, est symptomatique de cette tendance : les objectifs assignés à une telle politique de société résident, selon lui, dans l'accès du plus grand nombre à la (petite) propriété privée, le développement du petit commerce et de l'artisanat, la substitution d'une offre de logements individuels à la politique des grands ensembles, le renoncement au gigantisme urbain au profit des villes moyennes et la décentralisation des lieux d'habitation, de production et de gestion. En proposant de la sorte de déplacer le centre de gravité de l'action gouvernementale vers le bas, Röpke espère aussi conférer un supplément d'âme à l'économie de marché en permettant de retisser les communautés organiques « naturelles » (familles, voisinage) que la concentration antérieure avait au contraire affaiblies. Or, fait valoir Foucault²⁹, que sont, aux yeux des ordolibéraux, la propriété privée, l'acquisition et l'entretien d'une maison d'habitation, la gestion de petites communautés comme la cellule familiale ou le voisinage immédiat, si ce n'est des « formes » d'entreprise ? C'est cette démultiplication de la forme « entreprise » à l'intérieur du corps social qui constitue, je crois, l'enjeu de la politique néolibérale. Il s'agit de faire du marché, de la concurrence et, par conséquent, de l'entreprise, ce qu'on pourrait appeler la puissance informante de la société »³⁰.

²⁷ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 153.

²⁸ W. RÖPKE, *Ist die deutsche Wirtschaftspolitik richtig ? Analyse und Kritik*, Stuttgart, Kohlhammer, 1950 (cité également in F. BÜRGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, 1964, p. 87).

²⁹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 154.

³⁰ *Ibid.*

Toutefois, en multipliant la forme « entreprise », en disséminant le principe de concurrence dans toutes les relations sociales, une telle politique augmente du même coup les possibilités de frictions, de conflits, de litiges. D'où l'importance, dans une société modelée sur la forme de l'entreprise, du juridique et du juridictionnel et l'importance accordée à la réflexion sur le droit dans l'ordolibéralisme allemand. Il convient à cet égard de déterminer le cadre juridique optimal pour le bon fonctionnement d'une économie, voire d'une société, de marché. Or celui-ci réside, selon les ordolibéraux, dans l'État de droit (*Rechtsstaat*). Qu'entend précisément par là ?

22. L'expression *Rechtsstaat*, au sens que les ordolibéraux confèrent à ce terme, advient pour la première fois en Allemagne à la fin du XVIII^e siècle et est théorisée dès le début du XIX^e siècle sous la plume d'un publiciste, Welcker³¹. Elle cerne un régime qui s'oppose tout à la fois au despotisme et au *Polizeistaat*. Dans un système despotique, le souverain peut tout faire ; il n'est encadré par aucune règle s'imposant à lui. Par contre, dans l'État de droit, le souverain est en quelque sorte soumis à la loi : le *Rechtsstaat* fait en somme advenir le principe de légalité dans l'État moderne. Par ailleurs, dans le *Polizeistaat*, il y a une sorte de *continuum* indifférencié entre la loi et ses diverses mesures d'application (règlements administratifs, actes individuels d'application, etc.). Au contraire, dans l'État de droit, la suprématie de la loi sur les mesures réglementaires et les actes individuels est clairement affirmée : est désormais consacré le principe de la hiérarchie des normes. À l'origine donc, la notion de *Rechtsstaat* concerne essentiellement la question des normes abstraites, de leur articulation et de leurs relations.

Dans la suite du XIX^e siècle, cette théorie est complétée par un aspect juridictionnel : en cas de litige entre l'administration et un citoyen, celui-ci doit disposer d'un droit de recours devant un juge. Encore ce droit de recours peut-il prêter à controverses : pour les uns, peu importe le juge, ordinaire ou spécial, devant lequel le recours doit être porté. Ainsi en va-t-il pour le système français, fondé sur le principe de la dualité juridictionnelle : les litiges entre l'administration et les administrés sont du ressort de juridictions spécialisées, les juridictions administratives, en tête desquelles est placé le Conseil d'État. Pour les autres, au contraire, il n'y a, à proprement parler, État de droit que si de tels litiges sont de la compétence des juridictions ordinaires – les juridictions administratives étant censées trop inféodées au pouvoir qu'elles sont chargées de contrôler. Le système de l'unité de juridiction est alors privilégié, comme en Angleterre – ce qui permet à d'éminents juristes anglais, à l'instar de Dicey, de nier que la France puisse être un État de droit³².

23. Quoi qu'il en soit, il convient, selon les ordolibéraux, d'appliquer cette doctrine du *Rechtsstaat* à l'économie de marché (c'est-à-dire, en fin de compte, à la plupart, voire à la totalité des rapports sociaux), aussi bien en ce qui concerne sa dimension normative que pour ce qui touche à son aspect juridictionnel.

³¹ K.T. WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, Heyer, 1813, pp. 13-26.

³² A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., New York, The Macmillan Company, 1915.

En ce qui concerne sa dimension normative, d'abord. Dans l'optique ordolibérale, le marché est conçu comme un terrain de jeu. Le droit doit dès lors se borner à fixer les règles du jeu. De surcroît, dans la mesure où celles-ci sont laissées entre les mains des joueurs, elles n'ont pas à poursuivre un objectif concret décidé par l'État (il doit s'agir de règles purement « formelles »). Par ailleurs, l'État ne peut en aucun cas entrer sur le terrain de jeu, car cela ruinerait son rôle de pur arbitre. Enfin, pour permettre au jeu de se déployer dans toute son efficacité, il convient d'éviter de multiplier à l'infini les règles.

La comparaison avec l'État-Providence, dominant au moment où les ordolibéraux développent leurs thèses, atteste, selon eux, que les conséquences logiques de ces principes de l'État de droit dans le champ économique n'y sont guère respectées. D'abord, l'État et son droit n'y sont pas seulement arbitres : ils sont aussi joueurs. Ensuite, les règles y poursuivent souvent un objectif concret, une politique déterminée (par exemple, la lutte contre le chômage, la relance économique, le redressement des entreprises en difficulté). Enfin, vu l'omniprésence de l'État dans les relations économiques et sociales, les règles sont détaillées, concrètes, nombreuses, tatillonnes. La méconnaissance de ces principes juridiques expliquerait les échecs persistants des systèmes économiques d'après-guerre. Il faudrait dès lors se borner à un droit qui fasse respecter les règles du jeu « marché » (celles qui, précisément, sont appelées, par les ordolibéraux, « règles formelles » : propriété privée, respect des engagements contractuels, responsabilité patrimoniale, etc.) et en sanctionne les manquements.

Pour ce qui touche à l'aspect juridictionnel, ensuite. Nous l'avons déjà souligné³³, la multiplication de la forme « entreprise » aboutit inéluctablement à une multiplication des frictions, donc à la nécessité d'un renforcement des interventions de type juridictionnel. Alors que, dans l'État-Providence, le segment dominant de l'appareil étatique est l'administration, c'est le juge qui, dans un État néo-libéral, occupe le devant de la scène. D'où la nécessité de multiplier les instances d'arbitrage dans la société. Dans l'esprit des ordolibéraux, il existe donc déjà une étroite connexion entre l'instauration généralisée d'une logique de marché et l'accroissement du pouvoir juridictionnel.

24. Or, cette conception allemande a été déterminante dans l'histoire de la construction européenne. Au moment de l'adoption du Traité de Rome, les six États fondateurs étaient certes tiraillés entre deux philosophies économiques opposées : le keynésianisme³⁴ en habits d'État-Providence d'un côté, prisé à l'époque en France, en Italie et, dans une moindre mesure, dans le Benelux ; l'ordolibéralisme de l'autre, prôné par la jeune République fédérale allemande. Le texte origininaire du Traité est symptomatique de ce tirailement : d'une part, des dispositions d'inspiration incontestablement ordolibérale (libertés de circulation afin de créer un marché commun³⁵, règles de concurrence appelées à gouverner ce marché³⁶) ; d'autre part,

des règles manifestement déduites d'une approche « keynésienne » de l'économie (possibilité, pour les États membres, de prévoir des mécanismes d'exception aux libertés de circulation, au nom de valeurs jugées supérieures, comme l'ordre public, la santé publique, etc.³⁷ ; faculté de soumettre, dans certaines limites, les services d'intérêt économique général à un régime dérogatoire³⁸ ; admissibilité de certaines aides d'État³⁹ ; neutralité de la Communauté à l'égard du régime de propriété, notamment publique, des États membres⁴⁰).

Si le Traité de Rome de 1957 fut donc, à l'origine, un compromis entre les discours keynésien et ordolibéral, ce dernier rameau de la pensée libérale s'est depuis lors fortifié et occupe, depuis le début des années 1990, l'essentiel de l'espace de réflexion. Aussi bien du côté de la Commission que de la Cour de justice, en effet, la tendance lourde a consisté, depuis cette époque, à réduire les dispositions d'inspiration keynésienne à peau de chagrin et, à l'inverse, à dilater au maximum l'héritage ordolibéral⁴¹. Comment expliquer cette propension des autorités européennes à interpréter la lettre ambivalente du texte fondateur de la Communauté européenne dans un sens de plus en plus unilatéral ?

Cette suprématie s'explique probablement par la vogue du néolibéralisme anglo-américain qui, à la faveur de l'expérience thatchérienne des années 1980, influença durablement (sans doute jusqu'à aujourd'hui) l'orientation de la construction européenne. C'est à partir de ce moment, en effet, que furent adoptés les programmes de démantèlement des monopoles publics, les processus de libéralisation⁴², les grandes décisions de la Commission en matière d'aides d'État qui subordonnèrent la recapitalisation de certaines entreprises publiques à leur privatisation ultérieure, en négligeant l'article 295 du Traité CE (art. 345 du TFUE)⁴³, etc. Or, dans l'histoire des idées, l'ordolibéralisme allemand et le néolibéralisme américain se caractérisent par d'étroites proximités, ne fût-ce que parce qu'entre les deux, il y eut des passeurs, au nombre desquels on compte notamment Hayek (qui enseigna de nombreuses années à Chicago, berceau des néolibéraux américains). Dans cette perspective, l'interprétation et l'application des Traités européens par les organes communautaires se sont traduites, sous l'effet de la vogue néolibérale, par un amoindrissement radical de leur dimension keynésienne et, par contre-coup en quelque sorte, par une consolidation tout aussi radicale de leur dimension ordolibérale, revivifiée par l'influence néolibérale anglo-américaine. La chute du rideau de fer et l'adhésion à l'Union européenne

concurrentielle, telles que la rupture d'égalité entre entreprises publiques et privées – actual art. 106.1 TFUE – ou l'octroi d'aides d'État – actual art. 107.1 TFUE).

³⁷ Actuels art. 36, 45.3, 51, 62 et 65 TFUE.

³⁸ Actuel art. 106.2 TFUE.

³⁹ Actuels art. 107.2 et 3 et 108 TFUE.

⁴⁰ Actuel art. 345 TFUE.

⁴¹ Voy., pour plus de détails à ce sujet, N. THIRION, « *Golden shares*, droit des sociétés et marché intérieur », C.D.E., 2003, pp. 225 et s., spéc. pp. 281-282.

⁴² A ce sujet, voy. id. (dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007.

⁴³ Sur ce point, voy. id., *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002, spéc. pp. 455 et s.

³³ *Supra*, 3, n° 21.

³⁴ Par « keynésianisme », nous entendons moins les théories de Keynes proprement dites que l'usage qu'en firent les États pour justifier la nécessité d'interventions publiques régulières dans l'économie.

³⁵ Actuels art. 34 et s. du TFUE.

³⁶ Actuels art. 101 et s. TFUE (lesquels visent aussi bien les comportements anticoncurrentiels des entreprises elles-mêmes – art. 101 et 102 – que les interventions publiques susceptibles de fausser la

d'États auparavant soumis à l'hégémonie soviétique n'ont fait qu'amplifier le mouvement.

Cette victoire progressive d'une philosophie économique au détriment d'une autre⁴⁴ ne pouvait dès lors que s'accompagner des mutations institutionnelles attachées à la première – soit une centralité beaucoup plus grande de la fonction juridictionnelle dans le jeu économique et politique. C'est peut-être, en fin de compte, ce contexte général qui, tout à la fois, englobe, explique et justifie la part beaucoup plus grande (mais loin d'être inédite, insistons-y) que prennent les juges à la gouvernabilité contemporaine, en particulier dans les États membres de l'Union européenne.

4. CONCLUSIONS

25. L'activité juridictionnelle participe pleinement de la gouvernabilité, c'est-à-dire d'une conduite des conduites caractéristique de l'État moderne. Plus particulièrement, les juges concourent à la production d'injonctions accompagnées d'un dispositif de pression par menace de sanction ou, en tout cas, à leur efficacité. À ce titre, la fonction de juger est *ipso facto* une fonction politique. Certes, par rapport à d'autres activités immédiatement perçues comme politiques (à l'instar de l'action de légiférer ou de celle d'administrer), l'office du juge s'est progressivement spécialisé et a revêtu des attributs qui incitent à penser qu'il se tient désormais éloigné de toute considération politique au sens vulgaire (exigences d'indépendance et d'impartialité, déontologie spécifique, etc.). Toutefois, outre le fait que cette position est souvent de nature à conforter l'État dans ses prétentions aux monopoles de la contrainte physique et de l'administration de la justice, en favorisant l'adhésion des sujets aux décisions prises par ses juges, elle est également étroitement tributaire de la tradition culturelle dont elle émane et ne constitue donc pas un élément consubstantiel à l'acte de juger, ainsi que l'attestent de nombreux contre-exemples. Si certains critères de distinction ont été avancés pour distinguer le travail du juge de celui des « responsables politiques », tels que le degré plus ou moins grand de liberté du décideur ou de généralité de la décision prise, aucun d'entre eux n'est pleinement convaincant et ne permet en tout cas de tracer une frontière nette.

Ainsi, l'impression initiale d'assister à un changement important se justifie, mais ce qui la fonde est ailleurs que là où l'on croyait pouvoir le situer. Ce qui a changé n'est pas que les juges soient devenus des autorités politiques, mais que leur intervention semble d'une ampleur beaucoup plus vaste aujourd'hui qu'hier – fût-ce au détriment des autres organes étatiques. Sans doute cette présence accrue s'explique-t-elle, en dernière instance, par les transformations politiques consécutives à l'évolution de la

construction européenne – transformations assez éloignées de la tradition française, voire républicaine. Plutôt qu'une société gouvernée par la volonté générale dont le législateur serait l'incarnation – fût-il un parlement mené par le gouvernement, comme l'implique la Constitution de la V^e République –, la tendance est à mettre en place une organisation sociale fondée sur la logique de marché, dans laquelle le paradigme concurrentiel jouerait à plein, et, par conséquent, à accroître le poids de l'instance juridictionnelle par rapport à celui des autres pouvoirs. L'europanisation de la politique et le succès des thèses ordolibérales dans ce processus constitueraient donc, en fin de compte, les facteurs déterminants de cette montée en puissance des juges, même dans des systèmes juridiques étatiques jusqu'alors étrangers à cette tradition.

⁴⁴ Sur cette prégnance de la philosophie ordolibérale sur la construction européenne, quoique sous un angle différent de celui discuté au texte, voy. C. STRASSEL, « Le modèle allemand de l'Europe : l'ordolibéralisme », *En temps réel*, juin 2009, cah. n° 39.