

DE LA BOUCHE À L'OREILLE ? QUELQUES RÉFLEXIONS AUTOUR DU DIALOGUE DES JUGES ET DE LA MONTÉE EN PUISSANCE DE LA FONCTION DE JUGER

Julie Allard et Arnaud Van Waeyenberge

Université Saint-Louis - Bruxelles | « [Revue interdisciplinaire d'études juridiques](#) »

2008/2 Volume 61 | pages 109 à 129

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse :

[https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-
juridiques-2008-2-page-109.htm](https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2008-2-page-109.htm)

Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

© Université Saint-Louis - Bruxelles. Tous droits réservés pour tous pays.



De la bouche à l'oreille ?
**Quelques réflexions autour du dialogue des juges
et de la montée en puissance de la fonction de juger**

Dr Julie ALLARD
Chercheur qualifié au Fonds National de la Recherche Scientifique
et
Arnaud VAN WAEYENBERGE
Chercheur
Centre Perelman de Philosophie du Droit
Université Libre de Bruxelles

L'oreille attentive n'a besoin que de la moitié du mot
PASCAL

La tradition juridique continentale tend à faire du juge un automate qui ne peut parler que de manière anonyme, au nom de la loi. Or ce mythe n'appartient manifestement plus à la réalité. Cette dernière se caractérise bien mieux par une nouvelle forme de gouvernement - la gouvernance - qui fournit à certains acteurs, dont le juge, l'occasion de jouer des rôles politiques nouveaux. En effet, partant du constat que le citoyen ne se satisfait plus de ses représentants pour faire entendre son point de vue et qu'il n'hésite plus à s'adresser au juge, Paul Martens écrit : « on est encore en démocratie, mais celle-ci est de moins en moins représentative et de plus en plus juridictionnelle »¹. Il n'est dès lors pas étonnant de voir combien le rôle du juge et la place accordée à la justice ont subi ces dernières années, dans nos « démocraties *contentieuses* »², de profondes mutations qui se manifestent, entre autres, par une « *montée*

¹ P. MARTENS, « Les juges ne gouvernent pas : ils gèrent tant bien que mal une démocratie du ressentiment, de la controverse et de la défiance », http://dev.ulb.ac.be/~droitpub/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/MARTENS-2-20070429.pdf.

² F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007, p. XII.

en puissance »³ des juges. Celle-ci désigne un recours accru à l'autorité judiciaire et sa présence croissante dans le débat politique.

Parallèlement à leur montée en puissance, les juges entretiennent des relations de plus en plus étroites entre eux, et cela par delà les frontières. Ces relations peuvent « prendre des formes très diverses : citations de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, échange d'arguments, formations communes, dialogues entre juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats des juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc. »⁴.

Cette étude désire analyser en profondeur ces deux tendances de la fonction de juger (montée en puissance et dialogue) ainsi que les confronter afin de déterminer si ce dialogue des juges est un phénomène à redouter ou au contraire une pratique à promouvoir, s'il sert ou dessert la fonction de juger, si le dialogue est un instrument ou une limite au pouvoir croissant des magistrats.

Nous soutenons l'hypothèse selon laquelle le développement de la pratique du dialogue dans un contexte de montée en puissance de la fonction de juger est un facteur déterminant dans la responsabilisation indispensable des juges et dans l'amélioration de la qualité des décisions de justice.

1. La montée en puissance des juges

L'expression de « *montée en puissance* » indique que le rôle du juge dans la société devrait être abordé en termes de pouvoir⁵. Or l'ordre juridique moderne, dans lequel nous évoluons encore, s'est bâti sur le présupposé inverse : notre système – au contraire du système de *Common Law* – place le juge en bas de la chaîne qui va de la production de la norme à son application et repose sur une série de règles et de procédures⁶ visant à limiter autant que possible le pouvoir

³ M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation et montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, p. 95 à 114.

⁴ J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005, p. 6 et 7.

⁵ Voir M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 95 à 114, et F. OST, *op. cit.*.

⁶ Telles l'obligation générale de motivation des décisions rendues, la publicité des audiences et du prononcé ou l'existence de Cours d'assise.

du juge sur le droit et dans la société, voire parfois à en nier l'existence politique. Le juge, dit Montesquieu, n'est que la bouche de la loi, une puissance invisible et nulle. Le juge est donc exclu de la politique pour être cantonné à l'interprétation du droit. Mais, de plus, la part du juge dans l'interprétation du droit semble elle-même extrêmement limitée puisque l'instance judiciaire n'a pas vocation à créer de la norme, mais seulement à appliquer les normes en vigueur, décidées par d'autres. Tout notre système dépend donc de l'idée selon laquelle le droit appliqué *découle* de la politique, comme si la décision du juge était simplement déduite des décisions législatives⁷.

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

Les présupposés de l'ordre juridique moderne, qui déterminent notre vision continentale de la fonction de juger et l'organisation du pouvoir judiciaire, relèvent d'une représentation aujourd'hui démentie par la pratique⁸. De plus en plus, en effet, les juges semblent exercer une forme de pouvoir indépendant. Le juge est, en Belgique par exemple, devenu, sous l'impulsion de la Cour de cassation, « non

⁷ C'est ce qu'implique la séparation des pouvoirs, qui répond à une logique des équilibres : il faut répartir les pouvoirs de l'État et non les concentrer, afin d'éviter que quelqu'un n'en abuse. Il faut, selon l'expression de Montesquieu, que le pouvoir arrête le pouvoir. « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait les trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. » (MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI). Cela implique bien sûr de limiter la puissance éventuelle des juges, en leur imposant le « *texte précis de la loi* ».

⁸ Prenons un exemple illustratif de cette évolution qui maltraite le principe de juge « *bouche de la loi* » : les arrêts déclarant les magistrats responsables des fautes commises dans l'exercice de leur fonction. Dans ce cas, ce n'est pas la loi qui parle, mais bien le juge, responsable de la décision qu'il rend (cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « La responsabilité des magistrats. L'évolution d'une idée », in *La semaine juridique*, 20 octobre 1999, p. 1869 et s.).

seulement l'arbitre des litiges privés, mais le censeur des pouvoirs déficients, qu'il s'agisse de l'exécutif (1920), du judiciaire (1991) ou du législatif (2006) »⁹.

Cette montée en puissance des juges découle d'un triple phénomène.

En premier lieu, on constate depuis la seconde guerre mondiale un processus, qui s'est accéléré dans les années 90, de *juridisation* des relations sociales. Ce processus se caractérise par une extension du droit dans des domaines de plus en plus nombreux de la vie en société. Les questions qui relevaient autrefois d'autres sphères de régulation (comme la famille ou la religion par exemple) sont désormais réinterprétées dans les termes du droit. De plus en plus, le droit devient la grammaire propre des relations entre individus.

En deuxième lieu et en conséquence, on constate une *judiciarisation* des rapports sociaux et un recours accru au juge. « Ces dernières décennies ont vu le contentieux exploser et les juridictions croître et se multiplier, se diversifier et affirmer chaque jour un peu plus leur autorité. Le juge se manifeste dans un nombre de secteurs de la vie sociale toujours plus étendu. »¹⁰ La montée en puissance des juges se caractérise ainsi par une présence accrue des magistrats dans la société et une augmentation de leur influence dans toutes les grandes démocraties contemporaines.

Mais la montée en puissance des juges découle également d'un troisième phénomène, à savoir une *autonomisation* croissante des juges.

D'une part, les juges s'émancipent des autres pouvoirs constitués et cela contribue à renforcer l'image d'un juge plus puissant qu'avant. Ce phénomène est particulièrement bien illustré au niveau national, avec le constitutionnalisme et l'idée selon laquelle un texte juridique fondamental peut se maintenir au-dessus des lois et de la volonté du législateur. Dans certains pays, comme la Belgique, il a fallu du temps au monde politique pour admettre que la Cour constitutionnelle puisse exercer un contrôle des lois au regard de la Constitution car cela impliquait que ce soit le juge qui ait le dernier mot sur le droit, et non le législateur. C'est toutefois dans cet esprit qu'il faut interpréter le récent arrêt *Ferrera* de la Cour de cassation de

⁹ P. MARTENS, « Les juges ne gouvernent pas... », *op. cit.*

¹⁰ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 20.

Belgique¹¹ qui condamne l'État belge pour les fautes commises par ses organes agissant dans le cadre de la fonction législative¹². Cela entérine la fin de la position « *souveraine* » autrefois reconnue au législateur. Cette émancipation du juge à l'égard des autres pouvoirs s'exprime également à travers les différents procès où l'on voit des élus politiques¹³ faire l'objet de poursuites et se retrouver devant les tribunaux.

D'autre part, les juges gagnent en autonomie vis-à-vis de l'État en tant que tel. En effet, les systèmes juridiques supranationaux (Convention Européenne des droits de l'Homme et droit communautaire en particulier) concurrencent la loi nationale, de sorte que l'État n'est plus la seule source du droit positif applicable sur son territoire. La Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de Justice des Communautés européennes contrôlent en outre les États et peuvent les condamner, non plus seulement pour leurs actions sur la scène internationale (droit international classique), mais pour leurs actions à l'intérieur même de leurs frontières¹⁴. Ces juges supranationaux se

¹¹ Cour de Cassation (B.), *Ferrera*, Arrêt du 28 septembre 2006, n°C.02.0570.F, disponible sur le site www.cass.be

¹² Pour une étude détaillée de la question, voir J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », in *J.T.*, 2007, p. 433. – F. GOSSELIN, « Responsabilité du législateur belge en raison de l'arriéré judiciaire : l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », mis en ligne le 9 oct. 2006 sur le site *Droit belge.Net*, consultable en ligne à l'adresse : http://www.droitbelge.be/news_detail.asp?id=355.

¹³ Nous pensons, par exemple, à l'affaire *Agusta* où trois ministres belges ont été inculpés et condamnés ou, plus récemment, aux procès en cours à l'encontre de mandataires communaux carolorégiens.

¹⁴ Il y a là un déplacement qui n'est pas anodin pour comprendre le conflit contemporain entre le droit et la politique : les juges européens ne contrôlent pas les États en vertu d'une Constitution, dont la portée est politiquement fondatrice d'un État, mais à l'aune des droits de l'homme ou du Traité de Rome, tels qu'ils ont été consignés dans une Convention entre États. On peut donc présumer que les grandes déclarations de droit renversent la primauté de la politique sur le droit et rendent possible, comme Derrida l'affirmait à propos de la déclaration d'indépendance américaine, des coups de droit qui sont en même temps des coups de force (J. DERRIDA, *Déclarations d'indépendance*, in *Otobiographies*, Paris, 1984, pp. 13 s.). Par le droit, montre Derrida, on peut aussi bien que par la force mettre en place ou influencer substantiellement le rôle d'institutions politiques. Cf. C.J.E., « *Les Verts c/Parlement* », 23 avril 1986, C-294/83, in *Recueil*, 1986, I, pp.1339 et s.

sont d'ailleurs rapidement affirmés à travers une jurisprudence volontariste et audacieuse vis-à-vis des États qui les avaient institués. A cet égard, notons par exemple que la Cour de Luxembourg a consacré, dans les premières années de son existence, le concept de primauté du droit communautaire sur le droit national et en a fait un « *principe angulaire* » de son système¹⁵. Corollairement, les juges nationaux se sont donc vu attribuer de nouvelles compétences et une nouvelle légitimité qui a transcendé leur titre national et qui a renforcé leur position et leur pouvoir face au législateur national.

Le processus de judiciarisation interne qui s'est développé depuis la fin de la guerre froide se déroule donc conjointement à un processus de supranationalisation du droit. La montée en puissance des juges trouve un ressort particulier dans la mondialisation que nous connaissons et dans la crise de souveraineté de l'État-Nation qui la caractérise. Cette dynamique (montée en puissance des juges / affaiblissement de l'État) est une radicalisation de la séparation des pouvoirs qui a pour conséquence le déclin de l'État-Nation. Hobbes, qui n'était pas favorable à la soumission du Léviathan au droit, avait prédit qu'une telle division du pouvoir de l'État l'affaiblirait. Hobbes pensait même que la séparation des pouvoirs conduirait à sa disparition¹⁶.

¹⁵ C.J.E., *Costa/ ENEL*, 15 juillet 1964, C-6/64, in *Recueil*, 1964, I, p.1141 et s.

¹⁶ « Il y a une doctrine clairement et directement contraire à l'essence de l'État ; c'est que la puissance souveraine peut être divisée. En effet, qu'est-ce que diviser la puissance de l'État, sinon la dissoudre ? (...) Ce sont là des doctrines principalement recueillies chez certains de ceux qui pratiquent les lois et s'efforcent de les faire dériver de leurs propres connaissances et non de la puissance législative. » (T. HOBBS, *Léviathan*, Chap. 19). Et Hobbes ne s'était pas tout à fait trompé dans la mesure où on constate aujourd'hui que le juge, *a fortiori* s'il est international, n'est plus ce délégué de la souveraineté qui réglait les relations entre individus. Il s'insère désormais davantage qu'avant dans la relation entre l'État et l'individu, ce qui renforce encore sa position de tiers : non seulement à l'égard des parties, mais à l'égard de l'État lui-même.

2. Le dialogue des juges¹⁷

« Le concept de « dialogue des juges » désigne l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats, notamment dans le délibéré, à travers la jurisprudence ou par le biais de la coopération entre juridictions »¹⁸. Ce dialogue constitue un trait essentiel du travail juridictionnel dans la mesure où il définit le plus souvent le rapport entre le juge et le législateur, ainsi qu'entre un juge et les magistrats qui l'ont précédé. Le dialogue symbolise donc la relation que peuvent entretenir les juges de différentes juridictions, parfois de différentes nations, et en particulier le fait que les juges se citent entre eux dans leurs décisions. Ce dialogue peut être prévu par les mécanismes institutionnels, voire être rendu obligatoire, comme c'est le cas par exemple du renvoi préjudiciel en droit européen ou dans le droit constitutionnel belge¹⁹.

Mais le dialogue peut aussi – c'est ce qui nous intéressera ici – être le fruit de l'initiative propre des magistrats²⁰ et ainsi témoigner de

¹⁷ Le thème du dialogue des juges suscite également un engouement de la doctrine : voyez, entre autres, M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : Tome 2, le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006 ; Collectif, *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant (Cahiers de l'Institut d'études sur la justice), 2007, 168 p. ; M.-A. EISSEN, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Droit et Liberté en Europe, Edition STH, 1990, pp.140 et s. ; J. ILIOPOULOS-STANGAS (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration*, Athènes, Ant. N. Sakkoulas et Bruxelles, Bruylant, 2007 ; F. LICHERE, L. POTEVIN-SALIS et A. RAGOUNARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Droit et Justice, Volume 53, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; C. McCRUDDEN, « A common Law of Human rights ? Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights », in *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 20, 2000.

¹⁸ J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges, op. cit.*, p. 77.

¹⁹ En effet, l'utilisation de ces mécanismes est obligatoire pour les juridictions dont les décisions sont rendues en dernières instances, qui doivent d'ailleurs se conformer au contenu des réponses obtenues. Nous nous trouvons dès lors dans un système plus proche du monologue hiérarchique que du dialogue libre et spontané.

²⁰ Il faut toutefois préciser que, le plus souvent, la jurisprudence étrangère, quand elle est citée dans la motivation d'une décision, a été introduite dans l'affaire par les

leur autonomie interprétative croissante. Dans cet esprit, l'ancien Président de la Cour de cassation française, Guy Canivet, parle de « *bénévolance des juges* »²¹.

Qu'est-ce qui motive ce dialogue « *bénévole* » des juges ? Dans la mesure où le contentieux lui-même s'internationalise en même temps que les sources du droit se dénationalisent, les juges sont de plus en plus confrontés à des problèmes communs (comme le terrorisme, Internet ou la pollution) qui ne peuvent être résolus qu'à l'échelle globale. La mondialisation encourage donc les juges à se livrer à l'exercice comparatif et leur permet aussi parfois d'emprunter à d'autres juges, issus de systèmes hétérogènes, des solutions aux affaires difficiles. Les tribunaux internes subissent ainsi l'influence croissante des autres systèmes et des autres cultures juridiques.

La Cour suprême des États-Unis justifie certaines décisions grâce à des arguments ouvertement empruntés à la jurisprudence de Strasbourg²² ou à la jurisprudence d'autres juridictions nationales²³. La Cour européenne des droits de l'homme²⁴ cite des décisions nationales

avocats, et seulement ensuite reprise par les juges. En ce sens, les juges n'ont pas ou peu l'occasion d'opérer eux-mêmes l'investigation de droit comparé qui leur permettrait de dialoguer de façon autonome, au sens plein du terme.

²¹ C'est-à-dire une ouverture d'esprit qui se fait de bonne grâce : « Lorsqu'on passe d'un ordre international à un autre, l'interférence ne peut qu'être *bénévole* et s'exercer dans un champ plus culturel que strictement juridique. C'est donc finalement sur le mode de l'approbation réfléchie, par la raison des juges, que se propagent les modèles de justice et se développent les interactions entre jurisprudences internes et internationales. » (G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la '*bénévolance*' des juges », in *Revue des sciences criminelles et de droit comparé*, 2005, http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/benevolance_juges/02.htm).

²² Voir le très célèbre arrêt: Cour Suprême USA, *Lawrence v. Texas*, 2003, 539 US 558, à propos du droit à la vie privée des homosexuels.

²³ La Cour suprême cite même des droits très variés, notamment de pays peu ou pas démocratiques comme par exemple le Zimbabwe ou la Chine, comme dans la très controversée décision : Cour Suprême USA, *Roper v. Simmons*, 2005, 543 U.S. 551 à propos de la constitutionnalité de la peine de mort pour les mineurs.

²⁴ Pour une étude détaillée des influences réciproques de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour Suprême des États-Unis : J. ALLARD, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour Suprême des États-Unis. Constats et perspectives philosophiques », in J. Allard (et al.), *Juger les droits de l'homme. L'Europe et les États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant,

européennes, mais aussi de pays tiers²⁵, comme par exemple le Canada dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*²⁶. De même, les tribunaux nationaux citent les décisions des deux Cours européennes (Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes), se citent entre eux²⁷, sont cités par d'autres. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud par exemple, conformément aux prescrits constitutionnels, n'hésite pas se référer aux décisions rendues par les cours constitutionnelles/suprêmes allemande, américaine, canadienne, indienne et hongroise²⁸. La Cour suprême argentine se réfère quant à elle à « une opinion consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme mais aussi à l'arrêt *Kroon contre Pays-Bas* de la Cour européenne des droits de l'homme »²⁹.

Ces exemples montrent que le dialogue des juges se déroule de plus en plus en dehors des voies institutionnelles et, surtout, indépendamment de la hiérarchie judiciaire. On assiste à une sorte de

2008, p. 93 à 138 ; pour une étude détaillée de la Cour européenne des droits de l'homme : J.-F. FLAUS, « Cour européenne des droits de l'homme et Cours Suprêmes », in J. Iliopoulos-Stangas (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration, op. cit.*, p. 327 à 347.

²⁵ La Cour de Strasbourg cite à ce jour la jurisprudence en matière constitutionnelle de six pays tiers : les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Canada, l'Afrique du sud et Israël. Voir par exemple : C.E.D.H., *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985 ; C.E.D.H., *Jales et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986 ; C.E.D.H., *Grigoriadès c. Grèce*, 25 novembre 1997 ; C.E.D.H., *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001 ; C.E.D.H., *Anguelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002 ; C.E.D.H., *Von Mamltzan et autres c. Allemagne*, 2 mars 2005 ; C.E.D.H., *Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005 ; C.E.D.H., *Zdanoka c. Lettonie*, 16 mars 2006 et C.E.D.H., *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, disponibles sur le site <http://www.echr.coe.int/echr/>

²⁶ C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, disponibles sur le site <http://www.echr.coe.int/echr/>

²⁷ Voir par exemple House of Lords, *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, 2002, 3 All E.R. 305, 3 W.L.R. 89 et dans l'affaire House of Lords, *Pretty v. Director of Public Prosecutors*, 2001, UKHL, 61, dans lequel la plus haute juridiction britannique cite un arrêt de la Cour suprême canadienne.

²⁸ South Africa Supreme Court, *S v. Makwanyane and Another*, 1995, 6 BCLR 665.

²⁹ Décision du 1.10.1999, *Bull. jur. const.*, p.360. Exemple cité par P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelle », in *Le dialogue des juges, op. cit.*

« circularité des jurisprudences »³⁰ dans la mesure où le dialogue peut être aussi bien horizontal que vertical, institutionnel qu'informel, national qu'international, international que transnational, bref, il est multidimensionnel. Pour reprendre l'heureuse expression de Paul Martens, les juridictions « se tutoient par-dessus l'épaule des États qui les ont créées »³¹, ce qui semble confirmer l'émancipation des juges à l'égard de leur État qui caractérise leur montée en puissance.

Les interprétations de cette autonomie des juges divergent, et on peut dire que le débat est différent selon les traditions juridiques. Aux États-Unis par exemple, où la pratique du dialogue est plus ancienne, plus apparente, mais aussi plus fermement contestée, ce sont sans doute les interprétations critiques du dialogue qui dominent, en particulier chez les théoriciens du droit conservateurs³² et certains juges de la Cour suprême, comme le juge Scalia. En France et en Belgique au contraire, le dialogue est surtout mis en avant par ses « partisans »³³. On peut donc dessiner au moins deux grandes tendances interprétatives, qui dominent de part et d'autre de l'Atlantique :

1. Selon la première interprétation, le dialogue des juges serait, selon l'expression classique du réalisme juridique, un « voile de fumée » qui a pour seule fonction de masquer le caractère arbitraire des décisions de justice. Que l'on considère l'arbitraire comme une dérive évitable, due au dialogue, ou un vice structurel et inéluctable, cette interprétation du dialogue des juges se fonde essentiellement sur le constat que le dialogue est une pratique largement opportuniste, et

³⁰ J.-F. FLAUS, « Cour européenne des droits de l'homme et Cours Suprêmes », *op. cit.*, p. 346.

³¹ P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelle », in *Le dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 9.

³² Voir notamment S. CALABRESI et S. DOTSON ZIMDHAL, « The Supreme Court and Foreign Sources of Law : Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision », in *William and Mary Law Review*, dec. 2005, p. 747 et s. ; U. MATTEI, « A Theory of Imperial Law : a Study on US Hegemony and the Latin Resistance », in *Indiana Journal of Global Studies*, 10, 2003 (ce dernier auteur est cité par F. OST dans l'article « Le dialogue des juges », in *JT*, 2007, p. 306).

³³ Voir entre autres : Paul Martens, Guy Canivet, Julie Allard et Antoine Garapon, Mireille Delmas-Marty dont les références aux articles sont cités dans cette contribution.

par conséquent non fondée sur des principes généraux, énoncés et intangibles.

Cette critique pose la question à la fois des occasions du dialogue des juges et du choix des interlocuteurs dans le dialogue. Il est vrai que le dialogue n'est pas, sauf exceptions déjà évoquées, une contrainte positive. Les juges choisissent donc de dialoguer (ou non), et ils choisissent également les éléments de jurisprudence pertinents. De sorte que l'on va accuser les juges de faire du *cherry picking*³⁴. Ils citent seulement certains arguments de leurs confrères étrangers. Ils empruntent des parties de systèmes juridiques, mais n'embrassent pas tous ces systèmes, dont ils peuvent par ailleurs reconnaître les défauts. Ils ne se tournent vers l'étranger que quand leur décision semble difficile à justifier au sein de leur propre système, mais ignorent totalement ces mêmes références étrangères quand elles les amèneraient à conclure, dans d'autres affaires, dans un sens qui ne leur convient pas. La pratique paraît alors purement rhétorique et, comme telle, elle peut être controversée, quand on voit notamment figurer dans les références de la Cour suprême des États-Unis des pays comme la Chine ou l'Arabie Saoudite, notamment en matière de peine de mort³⁵.

L'argument du *cherry picking* limite le dialogue des juges, l'instrumentalise : les juges chercheraient à l'étranger de quoi renforcer ponctuellement leurs convictions intimes afin de mener leur propre politique judiciaire, sans prendre en compte l'ensemble du système dont sont issus les éléments ou les arguments qu'ils empruntent. Or certaines règles ou certains arguments juridiques se justifient parfois de façon historique et culturelle : peut-on alors les transposer à une autre société, dont l'histoire et la culture diffèrent ?

Cette interprétation du dialogue des juges en termes de *cherry picking* soulève donc un vrai problème, souligné par les adversaires du dialogue, comme le célèbre juge Scalia³⁶ de la Cour suprême des

³⁴ Littéralement, le *cherry picking* désigne le fait de choisir sur un gâteau les cerises les plus appétissantes et de laisser de côté celles qui nous paraissent avariées.

³⁵ *Roper v. Simmons*, (03-633) 543 U.S. 551 (2005). Voir J. ALLARD, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des États-Unis... », *op. cit.*, p. 117.

³⁶ Ou les propos du Professeur Vedel qui considère « qu'il faut se garder de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le

États-Unis : « Invoquer le droit étranger quand cela correspond à notre conviction dans un cas, et l'ignorer le reste du temps, ce n'est pas une décision rationnelle, mais un sophisme »³⁷. Dans une opinion dissidente³⁸, le juge Scalia montre que, si les références de la Cour suprême à des systèmes étrangers se poursuivent, il faudra réformer le droit américain en fonction des modèles juridiques étrangers³⁹. Il craint par exemple l'influence des Anglais sur les procédures pénales américaines, notamment parce que ceux-ci jugent désormais les criminels ordinaires sans jury, ce qui est impensable aux États-Unis. En d'autres termes, céder au dialogue des juges, pour Scalia, revient à s'exposer à une influence étrangère qui ferait perdre au système judiciaire américain toutes ses spécificités, au sens culturel du terme⁴⁰.

Il y a toutefois un aspect de cette interprétation critique qui n'est pas clair : les adversaires du dialogue des juges regrettent-ils le

dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps » (G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », in *Pouvoirs*, 1993, n°67, p. 96).

³⁷ Traduction personnelle : « To invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry » (Cour Suprême USA, *Roper v. Simmons*, 2005, 543 U.S. 551 – J. SCALIA., dissenting, § 3).

³⁸ Opinion dissidente dans l'arrêt *Roper* (*op. cit.*). L'arrêt concerne la peine de mort appliquée aux mineurs et déclarée contraire à la Constitution dans cet arrêt, notamment grâce à des arguments de comparaison avec les pratiques d'autres Nations en la matière.

³⁹ Est-ce là une perversion du système, comme le croyait Hobbes ? Hobbes pensait en effet que l'imitation des nations étrangères ne pouvait que corrompre l'État, l'affaiblir, voire le condamner à disparaître : « Très souvent l'exemple d'un gouvernement différent chez une nation voisine encourage à changer la forme de gouvernement déjà établie. (...) Je ne doute pas que beaucoup, prenant les Pays-Bas comme exemple, n'aient été satisfaits de voir les derniers troubles d'Angleterre : pour devenir riches, ils supposent qu'il suffit seulement de changer la forme du gouvernement comme on l'a fait aux Pays-Bas » (T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 483).

⁴⁰ « If we took the Court's directive seriously, (...) We would curtail our right to jury trial in criminal cases since, despite the jury system's deep roots in our shared common law, England now permits all but the most serious offenders to be tried by magistrates without a jury. The Court should either profess its willingness to reconsider all these matters in light of the views of foreigners, or else it should cease putting forth foreigners' views as part of the reasoned basis of its decision. » (Cour Suprême USA, *Roper v. Simmons*, 2005, 543 U.S. 551 – J. SCALIA., dissenting, § 3).

dialogue en tant que tel ou simplement le fait qu'il ne soit pas formalisé sous une figure institutionnelle, qui permettrait d'éviter les dérives du *cherry picking* en indiquant, par exemple, quels seraient les partenaires de dialogue acceptables et les situations nécessaires de dialogue ? Cette nuance est importante car, si on lit la critique du *cherry picking* de façon littérale, on peut penser que c'est le caractère non contraignant du dialogue qui, au fond, gêne ses opposants. En ce sens, il faut reconnaître que le dialogue relève bien d'une autorité persuasive reconnue à d'autres juges et non, selon la distinction proposée par Anne-Marie Slaughter, d'une autorité contraignante⁴¹. Ce qui, dans une certaine mesure, devrait plutôt rassurer qu'inquiéter sur la puissance réelle des juges. Il faudrait alors reprendre l'argument du *cherry picking a contrario* : n'est-il pas rassurant de penser que du droit étranger et des décisions venues d'ailleurs puissent nous épauler dans les cas difficiles, sans nécessairement remplacer notre propre droit et nos spécificités culturelles ? En d'autres termes, n'est-ce pas une vertu du dialogue des juges que de demeurer partiel et informel ? Car dialoguer, c'est certes se comparer, mais c'est aussi, parfois, débattre et se démarquer.

2. Selon la seconde interprétation possible du dialogue des juges, le dialogue contribue à l'amélioration de la qualité des décisions de justice dans la mesure où il repose sur un principe de comparaison et d'évaluation. En effet, les juges ayant échangé des solutions avec leurs homologues étrangers, les comparent et peuvent, le cas échéant, prendre certaines distances au regard des défaillances éventuelles de leur système. De surcroît, la référence à d'autres décisions constitue souvent un élément rationnel de l'argumentation des parties et, donc, des juges qui s'efforcent de prendre la meilleure décision possible. En outre, le dialogue présuppose une forme de reconnaissance des juges entre eux. Le fait qu'ils choisissent les décisions auxquelles ils se réfèrent de façon singulière ne serait donc pas, comme la thèse du *cherry picking* le laisse penser, la preuve que le dialogue des juges est une pratique purement arbitraire. Au contraire, ce choix serait le signe d'une autonomie au sens noble du

⁴¹ A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004. L'autorité persuasive concerne la capacité des juges à dire le droit rationnellement. Plus leur décision fait preuve de qualités narratives et argumentatives, plus elle revêt une certaine autorité. Le fait de se soumettre à cette autorité est bien entendu volontaire et non obligatoire.

terme, qui implique une responsabilité : on choisit ses partenaires du dialogue, et bien souvent on espère d'eux qu'ils nous citent à leur tour. Ce qui constitue une nouvelle contrainte de qualité : la qualité intrinsèque des décisions, leur autorité persuasive, détermine précisément la reconnaissance réciproque des juges entre eux, condition nécessaire de tout dialogue. Le jugement doit alors faire preuve d'une rationalité qui ne soit pas seulement formelle, mais aussi argumentative.

Comment conceptualiser cette rationalité ? On peut pour cela se rappeler la notion d'« *auditoire universel* » proposée par Chaïm Perelman⁴². En s'imaginant devoir convaincre un auditoire le plus universel possible, le juge est amené à évaluer sa décision et les arguments qu'il peut avancer à son appui. Cet auditoire agit donc sur le jugement comme une contrainte : ce dernier tient alors sa légitimité du degré d'autorité persuasive qu'il possède au regard de l'auditoire universel. Le juge, dans sa relation avec ses homologues étrangers, s'adresserait donc à un auditoire universel qui, seulement supposé chez Perelman, se matérialiserait peu à peu à travers le dialogue des juges.

À travers le dialogue, le juge cherche le regard d'autrui sur son droit et sa jurisprudence. Le dialogue conditionne donc une forme d'impartialité, au sens où la pensait Hannah Arendt : « On accède à l'impartialité en tenant compte du point de vue des autres »⁴³. Arendt appelle ce processus « *la pensée élargie* »⁴⁴ : en intégrant le point de vue des autres à notre propre pensée, nous pouvons juger à distance nos propres convictions. Ainsi on leur fait passer une épreuve d'universalisation : on se met à imaginer nos propres évidences à l'aune du regard critique de l'extérieur, on prend donc des distances à leur égard, on peut les juger. Cette distance donne de la valeur, de la légitimité au jugement car elle permet d'évaluer les raisons que nous avons d'aboutir à telle ou telle décision. Comme telle, la pensée

⁴² Voir notamment : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1992.

⁴³ H. ARENDT, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, Paris, Seuil, 1991, p.70.

⁴⁴ C'est cet exercice qui est invoqué par Dennis W. Archer, président de l'*American Bar Association*, en défense de l'arrêt *Lawrence v. Texas*, 2003, 539 US 558 : « Il est raisonnable de conclure que l'arrêt *Lawrence* a utilisé le droit étranger non comme un précédent, mais plutôt comme un outil pour analyser notre propre jurisprudence et lui donner du contraste » (trad. personnelle).

élargie et le dialogue entre juges contribuent à la rationalité des décisions de justice.

Mais il ne faut pas s'y tromper : la contrainte argumentative limite fortement la toute-puissance supposée des juges. La décision n'étant plus soutenue par une hiérarchie formelle des normes, elle doit être rationnellement convaincante, non plus par sa forme mais par sa qualité narrative et argumentative. Cela implique donc un autre type de contraintes pour le juge, qui ne justifie dès lors plus ses décisions par le strict respect de normes qui lui sont supérieures mais par une argumentation rationnelle qui a surmonté l'épreuve de la discussion et qui s'accompagne d'une argumentation valide et bien étayée. En effet, pour être respectée ou appliquée dans les rapports sociaux, la décision doit pouvoir être comprise : si « nul n'est censé ignorer la loi », il faut que non seulement son contenu - les décisions prises - soit manifeste, mais aussi que la légitimation - c'est-à-dire l'argumentation qui y mène - soit compréhensible et la plus convaincante possible⁴⁵.

En outre, le dialogue des juges n'impose pas de tomber d'accord sur une interprétation du droit. Cela mérite d'ailleurs que l'on souligne que les juges qui dialoguent n'échangent pas spécialement des principes ou des règles, mais surtout des exemples et des solutions. Il ne faut donc pas espérer tirer du dialogue des juges un étalon dans le réel, comme un socle de droit commun. Le statut des décisions qui sont empruntées aux autres systèmes est en ce sens exemplaire⁴⁶ et ne peut servir de règle. « Il ne s'agit pas d'imiter mais de profiter de l'angle de vue différent que procure, sur le droit d'ici, la lecture du droit d'ailleurs, le comparatisme permettant de subvertir la grande machine positiviste. »⁴⁷ C'est la raison pour laquelle les juges font une référence seulement ponctuelle et partielle aux autres systèmes, au risque de se faire taxer de *cherry picking*.

Néanmoins, il faut rester lucide aussi sur les limites et les risques du dialogue des juges. Tout d'abord, il faut reconnaître que le dialogue des juges est une pratique encore relativement restreinte. Beaucoup de juridictions fonctionnent sans dialoguer et sans référence

⁴⁵ P. MOOR, « De l'argumentation dans les sciences de la société », in *Revue européenne des sciences sociales* 35 (1997), n° 107, p. 33 à 55.

⁴⁶ Kant concevait un exemple, qui est un singulier dont ressort une forme universelle, différemment du modèle, qui lui se présente comme un universel à reproduire.

⁴⁷ P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelle », *op. cit.*, p. 3 et 4.

au droit étranger. De plus, il y a une profonde asymétrie dans le dialogue puisque certaines juridictions sont très ouvertes au droit étranger, comme la Cour constitutionnelle sud africaine, tandis que d'autres se montrent plus frileuses, comme le Conseil constitutionnel français. N'a-t-on pas affaire alors à un dialogue de sourds, sans reconnaissance réciproque, et sans échange ?

Ensuite, il faut admettre que le dialogue des juges a un caractère persuasif et non contraignant. Il repose sur la *jurisdictio*, le fait de dire le droit rationnellement, et s'inscrit dans un glissement des valeurs de l'obéissance à celles de la collaboration. C'est ce que souligne le juge Breyer de la Cour suprême des États-Unis : les sources étrangères ne sont pas des autorités contraignantes, mais des aides pour résoudre des questions similaires, entre pays qui partagent des standards similaires⁴⁸. En dehors même du dialogue proprement dit, le juge s'entoure de plus en plus de nouveaux acteurs : experts, Organisations Non Gouvernementales, *Amici Curiae*⁴⁹, médiateurs, mais aussi tout simplement ses pairs. Ces nouveaux interlocuteurs s'inscrivent dans cette logique de collaboration et constituent même une des caractéristiques de cette fonction de juger « *post-moderne* ».

On ne peut d'ailleurs envisager un repli des juridictions sur le droit national. Le juge appartient lui aussi à la société globalisée, il communique et dispose de moyens technologiques pour avoir accès à l'information. De plus en plus, il comprend ou parle l'anglais, devenu *lingua franca*⁵⁰. Dès lors, il est inspiré par ses collègues étrangers dont il lit les décisions à travers la doctrine et qu'il rencontre lors de séminaires internationaux ou de coopération organisée entre les Cours⁵¹. En outre, « qu'elle soit interne ou internationale, une juridiction ne peut être un lieu clos, c'est au contraire un carrefour,

⁴⁸ Cour Suprême USA, *Knight v. Florida*, 1999, 528 U.S. 990 (J. BREYER. dissenting from denial of certiorari, 997-98).

⁴⁹ L. HENNEBEL, « Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, 24 pages.

⁵⁰ La Cour de cassation française traduit ses arrêts majeurs sur son site internet.

⁵¹ L. SCHECK, « Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks », article diffusé lors de la 6^e rencontre Internationale des Jeunes Chercheurs (RIJC), UCD, Dublin, le 16/17 Novembre 2007, p.3.

un carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent »⁵².

Le dialogue intervient dans les affaires délicates (*hard cases*) car il permet aux juges de faire évoluer l'interprétation du droit et des standards juridiques classiquement admis. Aussi, comme le souligne Guy Canivet, « la jurisprudence étrangère est bien invoquée ici à des fins de subversion du droit interne »⁵³. Cette subversion du droit interne, si elle contredit l'image d'un juge bouche de la loi, contribue-t-elle à la montée en puissance des juges.

3. Le dialogue : arme ou bouclier de la montée en puissance des juges ?

C'est, comme on vient de le voir, dans les décisions polémiques et dans les cas difficiles que l'on constate une tendance naturelle des juges à chercher du soutien dans le dialogue avec leurs pairs. Le dialogue des juges peut donc faire naître un sentiment d'insécurité. On craint de voir la souveraineté mise en danger, et cette inquiétude est attisée par le volontarisme affiché de certains juges. Le dialogue des juges peut alors diviser, bien qu'il soit une pratique ancienne de certaines juridictions dans la culture de *Common Law* (comme la Cour suprême américaine par exemple)⁵⁴.

Le dialogue des juges coïncide aujourd'hui avec la crainte de voir les juges « gouverner », c'est-à-dire assumer une fonction politique normalement réservée aux élus ou à leur émanation⁵⁵. Cela

⁵² G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales... », *op. cit.*

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ Bien que la Cour suprême soit plutôt prudente à l'égard du droit étranger, elle a témoigné, dès le début du 19^e siècle, plus que ses homologues européennes (en particulier de droit continental), une certaine sensibilité aux sources de droit étrangères, en particulier les décisions judiciaires anglaises. Ainsi la Cour suprême cite-t-elle le droit étranger, et cette citation est controversée dès l'origine. La référence au « droit des nations », par exemple, est fréquente et discutée durant les premières années de travail de la Cour suprême, et notamment en 1793, dans l'arrêt *Chisholm*, considéré comme le premier grand cas traité par la Cour suprême.

⁵⁵ L'intensification des échanges entre juges et entre systèmes qui a eu lieu ces dernières années a déclenché des réactions politiques parfois véhémentes à l'égard des juges. Aux États-Unis, les décisions *Lawrence* et *Roper*, mais aussi les

explique d'ailleurs pourquoi, plus que la référence au *droit étranger*, c'est le dialogue des *juges* qui est de nature à heurter, dans la mesure où il témoigne de l'émancipation du pouvoir judiciaire à l'égard du législateur et, de cette façon, à l'égard de l'État souverain. Dans bien des cas, la volonté – donc le pouvoir – du législateur est le seul contre-argument avancé pour parer la citation du droit étranger. Les questions du dialogue des juges et de leur montée en puissance sont donc interconnectées. Cela ne prouve pas encore que le dialogue soit uniquement, comme le laisse penser la critique du *cherry picking*, un voile de fumée destiné à cacher un pouvoir arbitraire.

La montée en puissance du juge signifie que son rôle devient de plus en plus important, et montre que la figure de « la bouche de la loi » ne permet plus de rendre compte de la pratique de façon satisfaisante. Cette représentation inhibitrice reléguée au rang du mythe, le juge gagne en autonomie et prend d'autant plus d'assurance que les autres pouvoirs constitués ne semblent pas enclins, ou parfois pas en mesure, de le contrôler davantage.

Qu'est-ce qui explique, au fond, cette « inflation » du juge dans la société contemporaine ? On ne peut l'expliquer sans tenir compte d'un facteur épistémologique et non politique, à savoir la spécificité de l'acte de juger. En effet, le travail du juge est soumis à une exigence de raison, de justification à laquelle tentent souvent de se soustraire les autres pouvoirs, qui paraissent plus directifs et plus changeants, donc potentiellement plus arbitraires. Tout se passe aujourd'hui comme si la vapeur s'était inversée : les magistrats, soupçonnés par Beccaria au 18^e siècle d'être naturellement tentés par l'arbitraire, semblent aujourd'hui les gardiens d'une certaine forme de constance et de rationalité dans un monde dominé par le risque, la guerre et la corruption. En d'autres termes, l'interdiction faite au pouvoir judiciaire d'exprimer une volonté propre, comprise plutôt

déclarations publiques des juges, ont provoqué une levée de boucliers, en particulier dans le rang des Républicains conservateurs du Congrès. Ils ont tout d'abord proposé une résolution intitulée « *Reaffirmation of American Independence Resolution* ». Bien qu'elle n'ait pas de caractère contraignant, cette résolution soumise au Congrès en 2004 convoque le sens de la guerre d'indépendance et condamne expressément le dialogue noué par les juges de la Cour suprême avec leurs homologues étrangers. La résolution rappelle le pouvoir du législateur et souligne que le droit étranger (au sens large) ne peut être convoqué si ce n'est pour retrouver le sens originel de la Constitution américaine <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:h.res.00097>:

comme une faiblesse par rapport aux deux autres pouvoirs, se transforme en avantage dans la société contemporaine.

Leur « *im-puissance* », c'est-à-dire leur incapacité à *faire*, qui paraissait jusque-là comme une faiblesse de l'autorité judiciaire, se transforme donc aujourd'hui en atout. Le juge devient en effet un « personnage paradoxal dont le pouvoir est une sorte de non-pouvoir, caractérisé plus par la médiation que par l'injonction unilatérale »⁵⁶. Le terme de « montée en puissance » peut d'ailleurs induire en erreur : l'inflation du juge dans la société est directement liée avec le fait que le juge, précisément, n'agit pas comme les autres pouvoirs. Au contraire, on l'a déjà dit, le dialogue - la narration et l'argumentation qu'il suppose - est le médium propre de la fonction de juger. Autrement dit, les juges gagnent aujourd'hui en puissance dans l'exacte mesure où ils n'incarnent pas un pouvoir. C'est à leur capacité de raisonner qu'il est le plus souvent fait appel, ce qu'Aristote appelait la vertu intellectuelle⁵⁷.

Les spécificités de la fonction judiciaire expliqueraient donc en partie à la fois le succès du dialogue des juges et leur montée en puissance dans la société. Ce sont elles qui réunissent les juges, et rendent possible leur dialogue par-delà les systèmes juridiques. En effet, plus qu'un droit commun ou un partage effectif de principes universels, c'est la reconnaissance d'une *fonction* commune qui les rassemble, et en particulier leur position *par rapport* aux autres pouvoirs. Sans doute cette évolution de la fonction de juger appelle-t-elle une réforme de la culture judiciaire, basée moins sur l'*imperium* que sur la *jurisdictio*, et pour laquelle, par conséquent, la légitimité des juges et de leur pouvoir ne dépend plus d'un système formel qui habilite à juger, mais de la qualité des décisions rendues. « C'est par la qualité de ses appréciations, la mesure de ses censures, l'acceptabilité de ses motifs que le pouvoir juridictionnel établira la légitimité de son contrôle. »⁵⁸

⁵⁶ F. OST, *Dire le droit, faire justice*, *op. cit.*, p.106.

⁵⁷ Aristote concevait en effet la prudence dans le jugement comme une vertu intellectuelle, ou sagesse pratique. Aristote ne faisait pas de cette sagesse un don naturel, mais une manière de se conduire ou d'être à la hauteur sans se réfugier derrière une règle de conduite ou une règle déontologique. La vertu du juge, la sagesse pratique, consistait pour Aristote à prendre les bonnes décisions en situation. Voir ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre II (Théorie de la vertu), GF, 1992.

⁵⁸ P. MARTENS, « Les juges ne gouvernent pas... », *op. cit.*

Le dialogue des juges, la place prépondérante des juges dans la production des normes, la demande de la société pour plus de justice, doivent donc nous amener à repenser nos représentations de la fonction de juger. Les modèles anglo-saxons, dont on sait qu'ils tendent aujourd'hui, notamment grâce au dialogue, à s'exporter dans l'ensemble des États de droit, peuvent nous inspirer. En *Common Law*, la légitimité des décisions, ainsi que le principe de sécurité juridique, ne sont pas garantis comme en France ou en Belgique par l'effacement du juge (« *pouvoir invisible et nul* », disait Montesquieu). Au contraire, aux États-Unis par exemple, on aura plutôt tendance à garantir la légitimité et la sécurité juridique par la référence à des précédents. Or qu'est-ce qu'un précédent, sinon la décision d'un autre juge qui fait autorité ? De plus, ce qui fonde l'autorité d'un précédent, ce n'est pas la technicité impersonnelle de la motivation, mais au contraire l'épaisseur des arguments que cette décision avance à son appui. Autrement dit, on aura plutôt tendance à contrer l'arbitraire en assurant une large publicité au raisonnement du juge, ce qui l'oblige à se justifier sans se cacher derrière l'autorité de la loi.

L'argument du voile de fumée avancé contre le dialogue des juges vaut pour tous les raisonnements utilisés dans la motivation des décisions : le syllogisme judiciaire, censé apporter une réponse tranchée et indiscutable, là où on sait qu'une telle réponse n'existe pratiquement jamais, n'est-il pas lui-même un voile de fumée ?

Si l'on prend au sérieux la motivation des décisions, si l'on est plus exigeant à l'égard des arguments qui y sont avancés, si l'on impose plus de publicité, le juge doit rendre des comptes et s'en trouve responsabilisé. Car plus il est nié, plus le pouvoir du juge est caché et s'exerce alors hors de tout contrôle. La montée en puissance des juges et leur dialogue croissant ont le mérite de sortir leur travail de l'ombre pour l'exposer aux contraintes de la lumière. À partir du moment où la société reconnaît l'existence d'une « *politique* » judiciaire, avec ses spécificités propres, elle est aussi plus exigeante et demandera au juge de se justifier davantage. C'est « dans le dialogue des juges, entre eux et avec les pouvoirs, et par la prise en compte par les premiers de la dimension politique de leur fonction et l'acceptation par les seconds de la nécessité d'un contrôle que s'établira une nouvelle forme de démocratie qui, à défaut de cet équilibre, deviendrait une démocratie reposant sur d'autres formes de pouvoirs,

R.I.E.J., 2008.61

infiniment plus sournois, donc plus incontrôlables, qu'il s'agisse de celui de la rue, de l'argent, de l'émotion ou des médias. »⁵⁹

⁵⁹ *Ibidem*, p. 3.