

# La fonction juridictionnelle

**Luís María Díez-Picazo**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Castilla-La Mancha

### *Abstract*

*Actuellement la réflexion constitutionnaliste sur l'institution de la justice a comme élément essentiel l'indépendance judiciaire. Néanmoins, il est nécessaire distinguer l'indépendance judiciaire comme valeur – le juge doit être soumis au système de sources de droit établi- de l'indépendance judiciaire comme garantie – ensemble de mécanismes juridiques dirigés à la consécution de cet objectif-. Et cela est remarquable parce que le constitutionalisme européen a deux grandes modèles de juge, auxquels correspondent divers moyens permettant de garantir leur indépendance: le modèle anglo-saxon et le modèle européen-continentale.*

*Nowadays the constitutional discussion about the institution of justice focuses on the judicial independence. However, it is necessary to distinguish the judicial independence as a value –the judge must be submitted to the system of law sources- from the judicial independence as a guarantee –group of mechanisms addressed to achieve this objective-. According to the different means to guarantee judicial independence, the European constitutionalism has two big models of judge: the common law model and the civil law one.*

*Title:* The Function of the Judiciary

*Mots clés:* Fonction juridictionnelle; Indépendance judiciaire; Création judiciaire du droit

*Keywords:* Judiciary; Judicial independence; Judicial Creation of Law

### *Summary*

- 1. L'indépendance judiciaire en tant que valeur et garantie**
- 2. Le modèle de juge anglo-saxon**
  - 2.1. Les origines de l'indépendance judiciaire en Angleterre**
  - 2.2. Inamovibilité et non responsabilité du juge anglo-saxon**
  - 2.3. Le développement limité de l'indépendance interne et collective**
  - 2.4. Conditions sociologiques et politiques du modèle de juge anglo-saxon**
- 3. Le modèle de juge bureaucratique ou européen-continentale**
  - 3.1. Fondements historiques du modèle bureaucratique de juge**
  - 3.2 Mécanismes d'admission à la magistrature.**
  - 3.3. La lutte pour l'inamovibilité**
  - 3.4. La responsabilité comme élément de définition du juge-fonctionnaire**
  - 3.5. La revendication d'indépendance collective et d'indépendance interne**
- 4. Les modèles de juge et la création judiciaire du droit**
  - 4.1. La différence entre le précédent judiciaire et la jurisprudence**
  - 4.2. Crise du légalisme et inadaptation du modèle bureaucratique de juge**
- 5. Bibliographie**

## 1. L'indépendance judiciaire en tant que valeur et garantie

Dans le constitutionnalisme actuel, toute la réflexion constitutionnaliste sur l'institution de la justice tourne autour d'une idée centrale: l'indépendance judiciaire. Dans la mesure où le constitutionnalisme postule que les rapports entre gouvernants et gouvernés ne doivent pas être déterminés par la force seule mais réglés par de véritables normes juridiques, l'administration de la justice ne doit pas être une simple manifestation du pouvoir politique, ni même être assujettie à aucun organe de l'Etat ayant une nature politique. Il serait vain de dicter des lois limitant l'activité des gouvernants, si par la suite, et durant la phase d'application du droit, ces mêmes gouvernants pouvaient influencer sur la solution des litiges. Comme l'indique une fameuse formule de Montesquieu: *Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la place d'un oppresseur*<sup>1</sup>.

Tout cela est bien connu. Pourtant, il semble intéressant de s'arrêter sur deux aspects quelque peu négligés de l'idée d'indépendance judiciaire. Le premier aspect est que les efforts du constitutionnalisme pour garantir l'indépendance du juge sont intimement liés à la conviction que l'exercice de la fonction juridictionnelle n'est pas essentiellement mécanique ni limité à ses applications. Sans entrer dans la question complexe de la légitimité du pouvoir discrétionnaire du juge –c'est à dire, celle de savoir à quel point l'activité d'interprétation et d'application du droit est créatrice ou pas-, il est clair que l'indépendance du juge n'a de sens que si les décisions judiciaires prises ajoutent quelque chose aux prévisions de la loi.

Le deuxième aspect qu'il convient de prendre en compte dans l'idée d'indépendance judiciaire, est que son sens ne se limite pas à son application technique et juridique. Il est indispensable que les juges soient effectivement indépendants afin de pouvoir légitimer politiquement l'Etat de droit. Il faut que les citoyens aient le sentiment que leurs juges agissent avec impartialité et indépendance; c'est là une condition nécessaire pour que ces citoyens acceptent et considèrent justifiées des décisions qui ont un caractère aléatoire non négligeable. Comme le disent les juristes anglais, rendre la justice ne suffit pas, faut-il encore qu'elle soit perçue.

Cela dit, il convient de distinguer entre l'indépendance judiciaire considérée comme une valeur et l'indépendance judiciaire considérée comme une garantie. Comme valeur, l'indépendance judiciaire correspond à ce que l'on appelle habituellement "l'indépendance fonctionnelle", également nommée "substantive" ou "décisionnaire": dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge doit être uniquement soumis à la légalité, ou pour être plus précis, au système des sources du droit établi. Vue sous cet angle, l'indépendance judiciaire est un objectif à atteindre. Comme garantie, au contraire, l'indépendance judiciaire constitue un ensemble de mécanismes juridiques visant la réalisation consécutive de cet objectif. Le plus important de ces mécanismes est ladite "indépendance personnelle", qui prend corps dans un statut juridique protégeant le juge d'éventuelles pressions ou interférences des organes politiques de l'Etat, et

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU (1758), *De l'esprit des lois*. Livre XI, chapitre VI.

plus spécialement, du pouvoir exécutif. Il s'agit d'éviter que le pouvoir exécutif puisse réaliser des actions qui, en raison de leur incidence, même indirecte sur la position du juge, le conditionnent dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. De plus, nous devons considérer que, dans certains pays, l'indépendance judiciaire considérée comme une garantie, ne se limite pas à un statut juridique réservé aux juges, mais qu'elle englobe également ce que l'on appelle "l'indépendance collective" et "l'indépendance interne": la première consiste à conférer l'autonomie à l'ensemble de la magistrature face aux autres pouvoirs de l'Etat; la deuxième, à doter chaque juge des moyens nécessaires pour se protéger contre des pressions venues de la structure judiciaire elle-même. Ces deux dernières modalités concernant l'indépendance du juge ont des limites imprécises.

Au vu de ce qui a été dit précédemment, on constate que l'indépendance judiciaire considérée comme valeur relève de la théorie constitutionnelle, tandis que l'indépendance judiciaire comme garantie relève de l'ingénierie constitutionnelle. La première est relative aux fins et la deuxième aux moyens. Cette observation est importante car, même si l'objectif de soumettre les décisions du juge à la légalité est le même pour tous les pays adoptant les postulats du constitutionnalisme, les mécanismes permettant d'atteindre cet objectif peuvent varier. C'est pourquoi les différentes facettes de l'indépendance judiciaire en tant que garantie (indépendance personnelle, indépendance collective, indépendance interne) ne peuvent être étudiées de façon abstraite. Elles ont des liens étroits avec d'autres paramètres, tels que le type de structure judiciaire, le mode de sélection des juges, le régime de responsabilité judiciaire, etc. Pour cette raison précise, il est recommandé au passage de lire avec prudence tous ces documents transnationaux qui, - comme le *Code of Minimum Standards of Judicial Independence* adopté en 1982 par la International Bar Association, ou la *Charte européenne sur le statut des juges* élaborée en 1998 par le Conseil d'Europe -, préconisent des règles uniformes en matière d'indépendance judiciaire, sans tenir compte des différentes traditions juridiques qui cohabitent au sein du constitutionalisme.

Donc, si l'on considère l'ensemble des points mentionnés plus haut, il est clair que le constitutionnalisme européen connaît deux grands modèles de juge, auxquels correspondent divers moyens permettant de garantir leur indépendance: le modèle anglo-saxon et le modèle bureaucratique ou européen-continentale. En matière d'organisation juridictionnelle, le binôme classique des familles juridiques occidentales (*common law* et *civil law*) reste pleinement en vigueur; et cela, contrairement à bien d'autres questions de droit constitutionnel où les lignes de partage sont différentes. La seule exception pourrait venir des pays d'Amérique Latine qui, bien qu'appartenant à la famille de la *civil law*, ne semblent pas avoir adopté une magistrature de type bureaucratique. Il est donc nécessaire d'examiner les points de définition de ces deux grands modèles de juge.

## 2. Le modèle de juge anglo-saxon

### 2.1. Les origines de l'indépendance judiciaire en Angleterre

L'idée d'indépendance judiciaire apparaît pour la première fois en Angleterre à la suite de l'échec de l'instauration de l'absolutisme. Il est vrai que déjà, depuis le XII<sup>ème</sup> siècle, une catégorie de juristes professionnels ou d'avocats s'était développée dans ce pays, et regroupée en corporations (*inns of court*) au sein desquelles étaient nommés les juges qui administraient la *common law*. La justice était une attribution de roi, et c'est pourquoi nommer ou révoquer les juges en toute liberté était considérée comme la seule prérogative de la couronne. La fonction judiciaire pouvait être exercée tant que durait la faveur royale.

Cependant, au long du XVII<sup>ème</sup> siècle, l'Angleterre résiste aux tentatives d'instauration d'un authentique régime absolutiste, similaire à celui qui triomphait alors sur le continent. L'une de ses manifestations est précisément la lutte pour l'indépendance judiciaire, lutte qui prit naissance lors de la polémique opposant le juge Coke au roi Jacques 1<sup>er</sup>. Dans cet ordre d'idées, le cas des *Prohibitions del Roy* (1607) est extrêmement représentatif: sur la base d'une interprétation volontairement historiciste de la *common law*, Coke refuse au monarque la faculté de juger sur quelque cause que ce soit<sup>2</sup>. Mais c'est seulement lors de la *Glorious Revolution* de 1688 que furent définitivement imposés les principes libéraux.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'administration de la justice, ces principes libéraux se concrétisèrent en 1688 avec la *Bill of Rights* qui abolit les tribunaux conciliaires ou de prérogative, c'est à dire, les tribunaux instaurés en marge de la *common law* et dépendants directement du roi. Ils prirent également forme à travers un nouveau statut judiciaire recueilli dans l'*Act of Settlement* de 1701. Cette loi constitue encore aujourd'hui un des fondements de la fameuse "constitution non écrite" du Royaume Uni. Elle dispose, entre autres, que, "les commissions des juges se feront *quamdiu se bene gesserint* et que leurs salaires seront prévus et déterminés; mais c'est selon l'avis des deux chambres du Parlement que seront considérés licites ou non leur modification". Ce précepte fut ensuite complété grâce à une loi de 1760, en vertu de laquelle les juges ne seraient pas systématiquement révoqués à la mort de chaque monarque. Ces deux règles qui par la suite ont été reproduites dans plusieurs textes de loi, sont toujours au cœur du statut juridique du juge anglais.

### 2.2. Inamovibilité et non responsabilité du juge anglo-saxon

Les juges anglais sont donc nommés par la Couronne sur la proposition du gouvernement. Une fois nommés, ils gardent leur fonction à vie, ou comme c'est désormais le cas, jusqu'à l'âge de la retraite. Ils ne peuvent être révoqués que par la procédure d'*impeachment* qui exige une résolution du Parlement. Il convient à ce sujet d'insister sur deux points particuliers.

---

<sup>2</sup> KING'S BENCH DIVISION: (1572-1616) 12 Co Rep 63, English Reports Citation: 77 E.R. 1342, *Prohibitions Del Roy*. Mich. 5 Jacobi 1 : "The King in his own person cannot adjudge any case, either criminal or betwixt party and party; but it ought to be determined and adjudged in some Court of Justice, according to the law and custom of England. The King may sit in the King's Bench, but the Court gives the judgment".

D'une part, la révocation parlementaire n'a pas un caractère de sanction, et elle ne peut donc pas s'appuyer sur des infractions prévues par la loi. Elle répond à un jugement purement politique et n'est pas susceptible de contrôle. La règle veut que les juges gardent leur fonction *during good behaviour*, traduction anglaise de l'expression latine *quamdiu se bene gesserint*, et que l'évaluation d'un bon ou d'un mauvais comportement soit absolument discrétionnaire. Il existe une règle similaire pour les juges écossais dont les nominations sont faites *ad vitam aut culpam*.

D'autre part, et en contrepartie, les juges jouissent d'une immunité totale, car ils ne sont assujettis à aucune responsabilité sur les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction. Le seul moyen formel de contrôle sur les juges est la possibilité ultime de les destituer par la voie parlementaire. Il ne s'agit là que d'une valve de sécurité, car la dernière destitution d'un juge remonte à 1830; mais cela n'ôte en rien le sens juridico-politique de cette mesure qui a contribué à faire prendre conscience que les juges sont les serviteurs du peuple, et que pour cela, ils ne peuvent s'écarter des critères fondamentaux de bonne conduite, aussi bien professionnelle que personnelle, considérés pertinents par les représentants dudit peuple à chaque moment historique.

Cette manière d'appréhender l'indépendance judiciaire s'est étendue aux pays de la *common law*. Le cas des Etats-Unis est exemplaire et c'est d'ailleurs là où elle a été constitutionnalisée. La Constitution américaine établit que tous les juges fédéraux sont nommés par le Président et leur nomination ratifiée par le Sénat. Avant de donner son accord, le Sénat procède à un examen minutieux de la personnalité et des qualités professionnelles du candidat, et il n'est pas rare que sa nomination soit rejetée. Une fois nommés et confirmés, les juges gardent leur fonction *during good behaviour*, ce qui signifie comme nous l'avons déjà dit, qu'ils sont inamovibles et non responsables, et qu'ils ne peuvent être destitués que par la procédure d'*impeachment*. Ceci dit, l'*impeachment* aux Etats-Unis présente quelques différences par rapport à l'Angleterre. Il s'agit d'une procédure commune à toutes les fonctions fédérales et par laquelle la Chambre des Représentants exerce l'accusation, et où le Sénat juge mais ne peut condamner qu'à la majorité de deux tiers des membres présents. Bien qu'il constitue un exemple de "justice politique", l'*impeachment* américain ressemble plus à un procès de type juridictionnel que son modèle original anglais, car l'accusé bénéficie de garanties de défense. Toutefois, le Sénat n'est pas tenu de donner un motif à sa décision finale, décision qui, bien entendu, ne pourra pas être contestée.

Il faut garder à l'esprit que la Constitution américaine apporte une garantie additionnelle à l'indépendance judiciaire: la rémunération des juges fédéraux ne peut être diminuée.

Toujours aux Etats-Unis, les magistratures des Etats méritent une attention particulière. Dans un premier temps, toutes les constitutions d'Etat regroupaient des principes similaires à ceux du niveau fédéral: les juges étaient nommés par le pouvoir exécutif avec l'approbation du pouvoir législatif, et jouissaient, sauf révocation, de l'immunité et de l'irresponsabilité. Ce système est toujours en vigueur aux Etats-Unis, spécialement dans les Etats les plus anciens. Toutefois, dans les années 1830, le mouvement pour la démocratie représenté par le Président Andrew Jackson, introduisit dans beaucoup d'Etats le concept d'une magistrature électorale. Il est clair que si un

juge n'est pas nommé mais élu, l'indépendance judiciaire perd une grande partie de son sens, car l'ordre juridique donne priorité à d'autres valeurs, notamment la fidélité envers les sentiments et les opinions du peuple. Bien que ce système d'élection se soit maintenu dans beaucoup d'Etats, il s'est quelque peu édulcoré au fil du temps et l'on chercha un moyen plus ou moins direct de le rendre compatible avec l'idée d'indépendance judiciaire. La tentative la plus aboutie est celle du Missouri: quand un poste de juge se libère, le gouverneur effectue une nomination provisoire à partir d'une liste de candidats préparée par une commission spécialisée. Cette nomination est effective jusqu'à la date prévue des élections; à cette date, seul le candidat nommé se présente. Les élections des fonctions judiciaires donnent alors à l'électorat la faculté d'user d'un droit de veto, ou pour être plus précis, deviennent un plébiscite de ratification ou révocation. En résumé, il existe trois types de magistrature dans les Etats: la magistrature nommée avec une garantie d'immunité et de non-responsabilité, comme dans le modèle fédéral; la magistrature élective avec des élections concurrentielles; et enfin la magistrature élective mais sans véritable concurrence entre les différents candidats.

### **2.3. Le développement limité de l'indépendance interne et collective**

L'indépendance collective et l'indépendance interne sont pratiquement inexistantes dans le contexte anglo-saxon. La revendication d'une indépendance collective, conçue comme l'autonomie de l'ensemble de la magistrature face aux autres pouvoirs de l'Etat, est par définition sans objet là où les juges sont absolument inamovibles et irresponsables. Cette revendication prend son sens lorsqu'il s'agit de prendre des décisions relatives à des mutations, des promotions, des sanctions disciplinaires, etc. Bref, quand il existe une volonté de "faire carrière", et donc quand les attentes et les difficultés inhérentes à cette carrière peuvent conditionner le comportement des juges. Comme nous l'avons vu, cette question ne fait pas partie du modèle de juge anglo-saxon. Pourtant, depuis 1939, la magistrature fédérale nord-américaine gère elle-même et en marge du pouvoir exécutif, les moyens personnels et matériels mis au service de l'administration de la justice.

La revendication d'une indépendance interne n'a pas d'avantage d'objet lorsque les juges sont inamovibles et irresponsables: de même qu'ils ne craignent pas les pouvoirs exécutif et législatif, ils ne sont pas plus exposés aux pressions de leurs collègues. Cela dit, il est vrai que la théorie du précédent judiciaire, pierre angulaire de la *common law*, fait que chaque juge reste toujours attentif aux opinions des autres juges; mais n'oublions pas que l'institution du vote séparé est également consubstantielle à la *common law*, donnant ainsi la possibilité d'émettre une opinion divergente. Cela constitue une garantie d'indépendance importante au sein des organes juridictionnels collectifs.

### **2.4. Conditions sociologiques et politiques du modèle de juge anglo-saxon**

Le modèle du juge anglo-saxon dont nous venons de donner les grandes lignes, dépend de certaines conditions sociologiques et politiques. En premier lieu, la magistrature jouit d'une grande considération sociale. Les juges sont fondamentalement sélectionnés parmi des avocats chevronnés, pour qui l'accès à la magistrature représente le point culminant de leur carrière

juridique. De cette sélection découle le fait que la magistrature (*bar*) et le barreau (*bench*) constituent une profession unitaire, pénétrée des mêmes valeurs professionnelles.

En second lieu, il n'existe pas de "carrière" judiciaire. Les juges sont toujours nommés pour une fonction concrète, et non pour la magistrature en général. Cela implique qu'il n'existe pas, en principe, d'espérances de promotion susceptibles d'influencer le comportement d'un juge. Il est vrai que depuis quelques décennies, il est plus fréquent de voir des sièges dans un tribunal de degré supérieure occupés par des juges issus de niveaux inférieurs; cependant, une nouvelle nomination est toujours nécessaire, et surtout le véritable prestige est accordé par la condition même de juge.

En troisième lieu, bien que la nomination d'un siège politique suppose en règle générale de choisir des personnes idéologiquement proches du gouvernement en place, il existe un accord tacite selon lequel les personnes désignées doivent réunir les conditions nécessaires de professionnalisme et d'intégrité personnelle. En ce sens, les nominations judiciaires, même politiques, sont en marge des luttes quotidiennes de partis.

En quatrième et dernier lieu, le modèle du juge anglo-saxon –c'est-à-dire celui de l'avocat chevronné qui jouit de l'immunité et de l'irresponsabilité– ne fonctionne que si le nombre des juges est limité. C'est la seule manière d'éviter le risque d'accorder d'énormes pouvoirs à une personne ne réunissant pas les qualités personnelles et professionnelles nécessaires. On y parvient en remettant une grande partie de l'administration de la justice entre les mains d'organes non spécifiquement juridictionnels, de sorte qu'elle n'est pas exercée par de véritables juges. Ainsi, les juges de paix, entre les mains desquels se trouve une très grande partie de la justice pénale anglaise, ou bien, ce que l'on appelle les *administrative tribunals*. Il faut ajouter à cela que la *common law* ne reconnaît pas de droit véritable au recours, et l'accès à un tribunal de degré supérieur dépend donc, en grande partie, d'une autorisation arbitraire accordée selon l'importance du cas.

### ***3. Le modèle de juge bureaucratique ou européen-continentale***

#### **3.1. Fondements historiques du modèle bureaucratique de juge**

Le modèle de juge anglo-saxon contraste fortement avec celui du juge européen-continentale. Cette différence nette répond, en substance, à deux sortes de raisons historiques.

D'une part, ce qui n'était qu'une menace pour l'Angleterre du XVII<sup>ème</sup> siècle, fut une réalité pour presque tout le continent européen: c'est à dire l'instauration de l'absolutisme. Dans le contexte absolutiste, la fonction juridictionnelle, de même que les autres fonctions de l'Etat, restaient des prérogatives du monarque. Les juges devaient être plus ou moins considérés comme des agents de la royauté. Plus tard, la faiblesse dont souffrit le constitutionalisme du XIX<sup>ème</sup> siècle dans presque tout le continent, très marqué par le libéralisme doctrinaire et ledit "principe



monarchique”, explicita la persistance de résidus absolutistes au sein de l’administration de la justice. Dans les monarchies limitées, les pouvoirs qui n’étaient pas accordés au Parlement, étaient conservés par la Couronne, -ou, ce qui revient au même, par les ministres-, et parmi ces pouvoirs éloignés de l’influence de la représentation populaire, se trouvait celui de la nomination et de la révocation des juges. De là procède une des grandes batailles libérales du XIXème siècle et d’une bonne partie du XXème pour établir une inamovibilité judiciaire effective. Bien que les constitutions aient proclamé cette inamovibilité de façon solennelle, celle-ci est restée lettre morte en raison de l’absence réelle de garde-fous.

D’autre part, on ne peut pas ne pas citer la profonde méfiance générée par la Révolution française envers les juges. Il est vrai qu’à l’origine, il s’agissait d’un phénomène spécifiquement français; mais il se generaliza en raison de la grande influence des idées révolutionnaires sur le développement ultérieur juridico-politique du continent. Cette méfiance des révolutionnaires était due principalement au souvenir encore vivace de la résistance aristocratique que les juges de l’ancien régime avaient opposée aux tentatives réformistes du despotisme éclairé. A la différence des autres pays européens, en France, les charges judiciaires, et plus spécialement celles des tribunaux suprêmes régionaux ou *parlements*, étaient héréditaires et vénales, ce qui leur conférait une curieuse forme d’indépendance prélibérale face au monarque. Cette méfiance révolutionnaire envers les juges conduisit à une version particulière de la séparation de pouvoirs, selon laquelle les juges avaient l’interdiction de contrôler en quoi que ce soit les activités des pouvoirs législatif et exécutif. Plus concrètement, il leur fut interdit d’interpréter la loi, activité réputée inhérente à la charge législative. On institua le *référé législatif* comme moyen donné au législateur pour contrôler et uniformiser l’application du droit, et plus tard la cassation. Même quand la cassation fût juridictionnalisée en 1807 et quand fut aboli le *référé* en 1837, l’idée que le juge n’est qu’un simple instrument d’application de la loi resta en vigueur. Le légicentrisme hérité de la Révolution accentua le caractère passif et soumis du juge envers la loi.

Il en résulte un modèle de juge radicalement différent de celui du juge anglo-saxon, à commencer par les mécanismes propres à sa sélection et sa nomination. Il est certain que la Révolution Française fut en premier lieu, cohérente avec ses postulats; et si elle relégua les juges à un plan secondaire, d’un point de vue judiciaire elle mit en pratique le précepte de l’article 3 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, selon lequel personne ne peut exercer d’autre autorité que celle émanant de la souveraineté nationale. La Consitution monarchique de 1791 institua en effet l’élection des juges. Ce principe fût définitivement abandonné par la Constitution consulaire de l’An VIII, et c’est à ce moment que les juges furent sélectionnés et nommés par le pouvoir exécutif comme de simples agents du service public, en France comme dans le reste de l’Europe. Apparait alors la figure du “juge-fonctionnaire” qui doit faire “carrière”: le juge n’est pas comme en Angleterre un professionnel chevronné qui, pour couronner son activité antérieure, est appelé à la magistrature, mais un juriste sans expérience préalable -dont la personnalité est en indifférente- aspirant à intégrer et à évoluer dans un corps de fonctionnaires, et devenant alors sensible à tout ce qui pourrait constituer un obstacle à son *cursus honorum*. Cela signifie en outre, qu’il reste peu de place pour une unité professionnelle des juges et des avocats car il s’agit alors d’individus ayant des formations et des expériences différentes.

Dès qu'une logique bureaucratique s'est imposée, rien d'étonnant à ce que toutes les tentatives du constitutionalisme européen-continentale pour garantir l'indépendance judiciaire aient dû répondre à une question véritablement complexe: comment rendre un membre de la fonction publique indépendant des organes politiques sans contrevenir aux postulats de base de la démocratie, et plus généralement, ceux du gouvernement représentatif?

### 3.2 Mécanismes d'admission à la magistrature.

Avant tout, se pose la question de l'entrée dans la magistrature. Il est clair que, dans une logique bureaucratique, une nomination arbitraire par le pouvoir exécutif est inacceptable. Contrairement à ce qui a cours dans le monde anglo-saxon, ici aucune fonction concrète et inamovible n'est attribuée à un individu; c'est la porte de la carrière de fonctionnaire qui lui est ouverte. C'est à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle que fût trouvée la solution de la méritocratie. Dans le modèle de juge bureaucratique, le concours est la méthode la plus fréquente d'entrée à la magistrature. C'est seulement dans les dernières décennies et en partie à cause du manque de juges, que certains pays ont ouvert des voies d'accès latérales à la magistrature pour des professionnels expérimentés; mais dans ce cas aussi, la sélection se fait par le biais du concours au mérite. Le concours a indéniablement l'avantage de l'objectivité, bien qu'il ne permette pas une valoration adéquate de certains aspects de la personnalité du candidat, indépendants de sa préparation technique.

Cela dit, les pays suivant ce modèle bureaucratique de juge n'adoptent pas tous ce système d'entrée à la magistrature. Très intéressant est le cas de l'Allemagne, où les implications induites par la carrière judiciaire ont été notablement atténuées. En Allemagne, tous les tribunaux, sauf les tribunaux supérieurs, appartiennent aux *Länders*; les juges sont nommés par le ministre de la justice correspondant à chaque *Land*; et ce, normalement sur la base du rapport d'une commission formée de parlementaires, de juges et d'avocats. La seule condition requise pour être nommé juge est de passer avec succès "l'examen d'Etat" lui-même nécessaire à l'exercice de n'importe quelle autre profession juridique. A la fin des études universitaires de droit, et après une période de stage, il faut réussir un examen général passé en dehors de l'Université. Cet examen permet d'habiliter à l'exercice de n'importe quelle profession juridique sans avoir besoin d'un autre examen ultérieur. Ainsi, celui qui sollicite au ministère de la justice un poste qui lui correspond, n'est pas soumis à un examen, mais sélectionné à partir d'une évaluation globale de son *curriculum vitae*. L'intérêt du cas allemand réside dans le fait que, même dans un cadre de juge-fonctionnaire et de carrière, la profession juridique ressort indéniablement plus unie car elle partage des valeurs professionnelles communes. En ce sens, le cas allemand représente un juste milieu entre le modèle français et le modèle anglo-saxon.

### 3.3. La lutte pour l'inamovibilité

L'idée d'indépendance personnelle dans le contexte du modèle bureaucratique de juge a posé un problème pratique difficile: comment garantir son inamovibilité, en le mettant à l'abri des velléités de la politique. Dans la perspective de l'inamovibilité judiciaire, distinguons les deux

aspects suivants: il y a d'une part l'inamovibilité liée à la condition même de magistrat, et d'autre part celle qui est à la fonction occupée. Dans le premier cas, il s'agit de l'interdiction de priver tout juge de sa fonction, sauf à titre de sanction et dans le cadre d'une procédure disciplinaire; dans le deuxième cas, est prohibée la mutation forcée et injustifiée d'un poste judiciaire à un autre.

Le sens premier et le plus ancien donné à l'inamovibilité concerne le premier aspect cité. L'inamovibilité est généralement expressément instituée par les constitutions qui ne divergent que dans le choix de l'organe compétent pour imposer la sanction d'une révocation de la magistrature. Dans des pays comme la France, l'Italie ou l'Espagne, seuls les conseils supérieurs de la magistrature peuvent la faire appliquer, mais en Allemagne la révocation doit être imposée par une décision juridictionnelle. Cependant, dans les deux cas, il existe toujours une exigence constitutionnelle selon laquelle les infractions pouvant donner lieu à une révocation doivent être expressément prévues par la loi, et, de plus, avec des garanties de défense.

La question de l'inamovibilité considérée comme le droit de ne pas être muté contre son gré, nécessite une analyse plus complexe. Il est évident qu'un ordre de mutation constitue un moyen de pression sur les juges, et il s'agit sans nul doute d'une menace beaucoup moins grossière que celle de la révocation. Mais son traitement constitutionnel n'est pas toujours clair. Les constitutions sont rarement très explicites à ce sujet. Il faut ajouter à cela qu'on peut concevoir que la mutation réponde, à deux raisons: elle peut sanctionner une faute, ou être dictée par des exigences de service et de l'administration de justice. En effet, si dans les pays qui suivent le modèle de juge bureaucratique, la mutation comme sanction est généralement admise, avec bien évidemment, toutes les garanties de procédures lui correspondant, les comportements changent d'un pays à un autre quand il s'agit d'une mutation due à des raisons de service.

C'est seulement en Allemagne qu'il existe une règle sans équivoque à ce sujet. L'article 97.2 de la Loi Fondamentale dispose: "Les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, suspendus définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés à un autre emploi ou mis à la retraite, qu'en vertu d'une décision de justice et uniquement pour les motifs et dans les formes prévus par la loi". En France et en Espagne au contraire, c'est la loi seule qui dispose des garanties concernant une mutation forcée, et sans qu'il n'existe aucune norme constitutionnelle à ce sujet.

La position italienne mérite un examen plus précis car elle illustre bien les problèmes délicats posés par l'inamovibilité du poste dans le modèle bureaucratique de juge. L'article 107 de la Constitution Italienne admet seulement la mutation à titre de sanction mais pas pour des raisons de service, quand elle dit que "les juges ne peuvent être déchargés, suspendus, déplacés ou affectés à d'autres fonctions ou d'autres résidences que par une décision du Conseil Supérieur de la Magistrature, adoptée soit pour des motifs et avec les garanties de défense établies par l'ordre judiciaire, soit avec leur consentement". Cependant, le même article 107 dit aussi que "les juges ne se distinguent entre eux que par la diversité de leurs fonctions". Le but de cette dernière règle

de droit était, sans nul doute, de neutraliser les effets produits sur le juge -fonctionnaire par l'existence d'un *cursus honorum*- en le supprimant; mais comme cette prévision constitutionnelle n'est pas accompagnée de la suppression des différents échelons au sein de la magistrature, elle a fini par être appliquée d'une façon quelque peu étrange. En effet, on considère que l'avancement est un fait purement personnel qui n'oblige pas à exercer une fonction juridictionnelle dans un tribunal supérieur. Si à cela, on ajoute l'inamovibilité de la fonction, il en découle la possibilité d'atteindre les plus hauts grades de la magistrature sans quitter son poste. On peut avoir ainsi le grade de juge de cassation et occuper un poste dans un tribunal de première instance. Tout cela démontre que dans une logique bureaucratique, une garantie implacable d'inamovibilité n'est pas toujours compatible avec la gestion des nécessités de service.

### 3.4. La responsabilité comme élément de définition du juge-fonctionnaire

Nous avons pu voir que le modèle de juge anglo-saxon est régi par l'immunité des actes réalisés dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ce n'est pas le cas du modèle bureaucratique de juge: en principe, le juge-fonctionnaire est responsable de ses agissements, l'immunité n'étant guère compatible avec une sélection purement méritocratique et non politique. Si l'indépendance judiciaire n'est pas synonyme d'immunité, comment rendre alors cette indépendance compatible avec la responsabilité du juge?

Il est admis que la responsabilité du juge doit, dans tous les cas, se fonder sur des infractions raisonnablement prévues par la loi ainsi que sur leur sanction et application correspondante, avec une procédure ayant toute garantie de contradiction. Cela dit, sur les trois formes de responsabilité du juge envisagées -civile, pénale et disciplinaire- les deux premières ne présentent pas de graves difficultés car, par définition, elles seront traitées au terme d'une véritable procédure juridictionnelle et sont donc logiquement garanties. Il s'agit, de plus, de formes de responsabilité peu fréquentes: la responsabilité pénale, car il est rare que dans une démocratie évoluée les juges commettent des délits dans l'exercice de leurs fonctions; de même la responsabilité civile est rarement engagée, quand elle existe, car le patrimoine du juge n'est généralement pas assez consistant pour permettre une réparation suffisante des dommages. Cet effet dissuasif est renforcé dans les pays où est admise la responsabilité extracontractuelle de l'Etat en cas de fonctionnement incongru de l'administration de justice. Cependant, on peut remarquer comment, en Italie, l'augmentation de la responsabilité civile du juge a été considérée comme une victoire lors du référendum de novembre 1987.

La rareté des cas de responsabilité pénale et civile permet d'expliquer que, dans les pays suivant le modèle bureaucratique de juge, ce soit la responsabilité disciplinaire celle qui prévale en fait. Là encore, ce phénomène suscite une double réflexion. D'une part, il importe de souligner que les particuliers concernés n'ont pas accès à la procédure disciplinaire. Le but de la responsabilité disciplinaire n'est pas de faciliter un contrôle des citoyens sur le juge. Elle est plutôt inspirée par une logique bureaucratique: l'administration exerce un contrôle sur son agent. D'autre part, et dans la perspective d'une indépendance judiciaire, la vraie question est la suivante: quelle doit être l'institution chargée de mettre en œuvre la responsabilité disciplinaire? Attribuer l'autorité disciplinaire sur les juges à un organe du pouvoir exécutif, comme on le faisait encore au XXème

siècle dans bien des pays de l'Europe continentale, heurte ouvertement l'idée même d'indépendance judiciaire. Il doit y avoir une autre solution. Et le droit comparé nous apprend qu'il en existe de deux sortes: ou bien, comme en Allemagne, toutes les formes de responsabilité doivent être exercées au moyen d'une véritable procédure juridictionnelle -ce qui, à la longue, finirait par affaiblir la notion même de responsabilité disciplinaire- ou bien le pouvoir disciplinaire est attribué à des organes étrangers au pouvoir exécutif et ayant pour fonction spécifique le contrôle de la magistrature. Il s'agit des conseils supérieurs de la magistrature apparus en 1946 dans la Constitution française, en 1947 dans la Constitution italienne, et qui, par la suite, ont été adoptés dans d'autres pays comme le Portugal ou l'Espagne.

### 3.5. La revendication d'indépendance collective et d'indépendance interne

Le rôle principal des conseils supérieurs de la magistrature consiste, comme il est dit, à adopter des décisions relatives à la carrière des juges (avancements, mutations, sanctions disciplinaires, etc.) en soustrayant ces décisions au pouvoir exécutif. Ceci dit, le degré d'émancipation par rapport au pouvoir exécutif varie d'un pays à un autre. Cela est dû à la composition des conseils supérieurs de la magistrature. Il est vrai que ces derniers sont toujours composés de deux catégories de membres: ceux d'origine judiciaire et ceux d'origine non judiciaire. Mais le mode de désignation de ces membres diffère, spécialement dans le cas des membres d'origine judiciaire.

En France, après la révision constitutionnelle du 27 juin 1993, les magistrats qui font partie du Conseil sont élus: mais leur élection ne concerne pas tous les membres de la magistrature; elle dépend de leur grade, de sorte que les niveaux supérieurs de la magistrature ont toujours une représentation prépondérante dans le Conseil. En Espagne, entre 1980 et 1985, les membres d'origine judiciaire étaient élus; mais après certains heurts entre le Conseil et le Gouvernement, la réforme introduite par la loi de 1985 institue une désignation par le Parlement du Conseil tout entier, y compris de ses membres d'origine judiciaire. Ce cas de "parlementarisation" du Conseil s'est vu atténué par une nouvelle réforme de 2001 qui, même si elle maintient la désignation parlementaire de tout le Conseil, exige que ses membres d'origine judiciaire soient choisis par les chambres, sur des listes approuvées au préalable par un vote interne de chacune des associations judiciaires. Il s'agit, en d'autres termes, de sortes d' "élections primaires". Enfin, en Italie, les deux tiers des membres du Conseil sont élus directement par tous les magistrats, sans distinction de grade.

Le relâchement des liens entre le pouvoir exécutif et le conseil supérieur atteint ainsi son intensité maximum en Italie, où on peut dire que le Conseil est -au moins pour les deux tiers un authentique "organe d'autogouvernement" de la magistrature. Cette caractéristique est moins forte en France ou en Espagne, même si dans ces pays elle reste une aspiration largement partagée par les juges. C'est précisément dans ce contexte qu'apparaît l'idée diffuse d'une indépendance collective. Il s'agirait d'aller au delà du simple détachement du pouvoir exécutif par rapport aux décisions à prendre sur la carrière des juges, et de tenter de lui soustraire d'autres compétences en matière d'administration de justice (la formation des juges, le personnel auxiliaire, les moyens matériels, etc.). Pour justifier ces prétentions, il est souvent dit que ces

compétences sont indirectement sensibles à l'influence, et donc touchent à l'indépendance judiciaire.

Ceci dit, l'idée d'indépendance collective, présente bien des aspects problématiques. En premier lieu, dans aucun pays la compétence concernant les moyens mis au service de l'administration de justice n'a été soustraite au pouvoir exécutif, et en particulier les moyens économiques. Cela signifie que, dans la mesure où il existe une "politique judiciaire", cette compétence incombe au Parlement et au Gouvernement, ce qui n'est guère compatible avec l'idée d'indépendance collective envisagée comme un autogouvernement judiciaire.

En deuxième lieu, et en raison du droit fondamental à un procès équitable, les actes des conseils supérieurs de la magistrature peuvent faire l'objet d'un appel par la voie juridictionnelle, ce qui rend inutile les tentatives pour sortir de la logique bureaucratique, comme pourrait l'exiger l'idée d'une indépendance collective. Il faut d'ailleurs tenir compte du fait que ce contrôle juridictionnel donne des résultats surprenants là où la justice administrative est judiciaire, comme c'est le cas en Espagne: les organes juridictionnels compétents pour contrôler la légalité des actes du Conseil sont eux mêmes soumis à l'autorité de ce même Conseil.

En troisième lieu, l'idée d'une indépendance collective, si elle était prise au sérieux, aboutirait à transformer un corps de fonctionnaire en pouvoir d'État, ce qui conduirait évidemment à priver de légitimité démocratique la gestion d'un des services essentiels de l'Etat. Mais, au delà de cette grave objection de principe, elle comporterait un risque pratique: que les conseils supérieurs de la magistrature deviennent de simples forums pour les luttes intestines de la magistrature ou, dans le cas d'une certaine harmonie en son sein, qu'ils servent à la promotion d'intérêts corporatifs sans rapport avec l'intérêt général.

En quatrième et dernier lieu, l'idée d'une indépendance collective vient contredire celle d'une indépendance personnelle qui, ne l'oublions pas, est la garante de l'indépendance judiciaire dans le constitutionnalisme contemporain. Non seulement l'indépendance collective accentue l'autonomie de la magistrature en tant qu'ordre ou corporation, mais elle tend à subordonner individuellement chaque juge aux décisions du Conseil. Dans le contexte de l'indépendance considérée comme valeur –une valeur individuelle par définition–, cela n'est guère justifiable et pourrait même devenir une nouvelle menace pour elle même.

Cela explique pourquoi c'est principalement dans les pays dotés de conseils supérieurs de la magistrature qu'a surgi la demande d'un nouveau type d'indépendance judiciaire: l'indépendance interne. C'est l'idée selon laquelle aujourd'hui, comme c'était le cas dans le passé avec les ministères de la justice, les conseils supérieurs de la magistrature accomplissent des actes (inspections, rapports, évaluation du comportement professionnel, etc.) qui peuvent influencer, indirectement mais avec force, la manière dont le juge exerce sa fonction juridictionnelle. Cela ne servirait à rien d'échapper au pouvoir exécutif si par la suite le juge devait se soumettre à l'ensemble de ses propres collègues. Au jour d'aujourd'hui, la question de la sauvegarde effective de l'indépendance interne n'est pas clairement résolue. Dans tous les cas, l'existence même de ce

problème met en évidence les contradictions inhérentes au modèle bureaucratique de juge: l'indépendance de celui qui doit faire carrière est toujours difficile à maintenir.

#### ***4. Les modèles de juge et la création judiciaire du droit***

##### **4.1. La différence entre le précédent judiciaire et la jurisprudence**

Les deux grands modèles de juge que nous avons étudiés jouent des rôles différents dans la création du droit: dans la famille de la *Common law* règne la doctrine du *stare decisis*, en vertu de laquelle les précédents ont une force obligatoire au sens strict du terme; dans la famille de la *Civil law*, en revanche, les tribunaux ne créent pas formellement le droit mais se limitent à appliquer la loi. Il est vrai que dans les pays de *civil law* on a toujours reconnu l'existence de la jurisprudence et que cette dernière a de plus en plus d'importance dans le fonctionnement de l'ordre juridique. Il serait pourtant erroné de dire qu'il existe une tendance à la convergence entre ces deux familles juridiques pour ce qui est de la création judiciaire du droit.

De fait, il existe encore de notables différences entre la jurisprudence européo-continentale et le précédent anglo-saxon. Tout d'abord, le précédent judiciaire peut être créé à partir d'un arrêt unique, tandis que la jurisprudence dépend d'un critère établi et requiert de ce fait, deux ou plusieurs arrêts. De plus, le précédent judiciaire peut venir de tribunaux ne faisant pas partie des hautes sphères de l'institution judiciaire, à l'exception des tribunaux de première instance, alors que la jurisprudence dépend exclusivement de la cour suprême, seule compétente à exercer la cassation. Enfin, le précédent judiciaire est intimement lié aux circonstances concrètes de chaque cas -cela explique pourquoi, en cas d'éloignement du précédent, les juristes anglo-saxons doivent, pour se justifier, utiliser la technique du *distinguishing*- tandis que la jurisprudence est généralement constituée de principes ou maximes d'une portée beaucoup plus large.

Il faut ajouter à tout cela que leur rapport à la loi est différent. La jurisprudence se limite à uniformiser l'interprétation de la loi, ce qui veut dire qu'elle est un instrument au service de cette dernière. En revanche, le précédent judiciaire et la loi sont en interaction: la loi modifie l'ancien précédent, mais elle est modulée par le nouveau; un précédent judiciaire qui, de toutes manières, est obligatoire au sens strict du terme, c'est à dire aussi obligatoire que la loi. Plus encore, la valeur du précédent judiciaire ne découle pas de la loi, ni d'aucune autre règle de droit écrit. Elle découle -et cela est significatif- de la *Common law* elle-même, soit de l'ensemble des règles et des principes qui se sont formés tout au long de siècles de précédents judiciaires. Autrement dit, la force obligatoire du précédent judiciaire se justifie à elle seule et n'émane d'aucune prévision légale ou constitutionnelle expresse. Qui plus est, dans le cas de l'Angleterre, la suprématie même de la loi vient du précédent judiciaire: en l'absence de constitution écrite, on le sait, l'Angleterre a reconnu la dite "souveraineté du Parlement" comme principe suprême; et il est extrêmement significatif que ce principe soit finalement une doctrine élaborée au fil d'une large série de précédents judiciaires.

En définitive, le modèle bureaucratique de juge correspond à un système normatif de type moniste, et le modèle de juge anglo-saxon à un système normatif de type dualiste. Un système normatif moniste est celui qui définit l'essence, la validité et le champ d'application de toutes les sources du droit, par une source unique et supérieure à toutes les autres. Tel est le paradigme de la loi en Europe depuis la Révolution Française. Il est vrai que lorsque la constitution est dotée d'un véritable caractère de supralégalité, la loi perd en partie le rôle de définition qu'elle exerce par rapport aux autres sources du droit; mais le système moniste reste inaltéré, car ce que la loi réglait auparavant, c'est la constitution qui le règle aujourd'hui.

Un système normatif dualiste suppose, au contraire, deux sources de même niveau: l'existence, la validité et le champs d'application de l'une ne dépend pas de l'autre, et vice-versa. Le lien entre ces deux sources n'est pas hiérarchique, il s'agit d'interaction ou de modulation réciproque. Il ne s'agit pas d'une particularité de la *Common law*, car le droit romain reconnaissait lui aussi le dualisme entre droit écrit et droit prétorien. Si l'on veut croire, coûte que coûte, que tout système normatif doit s'appuyer sur une règle unique et suprême, peut-être faudrait-il préciser que les systèmes normatifs dualistes s'appuient sur une règle suprême prévoyant l'existence de deux sources à niveau égal; mais d'un point de vue empirique, le fait est que dans les pays de la famille de la *common law*, cette règle suprême n'est pas une règle explicite.

#### 4.2. Crise du légalisme et inadaptation du modèle bureaucratique de juge

Le modèle bureaucratique du juge de l'Europe continentale s'adapte de plus en plus difficilement aux exigences de la réalité sociale et politique. Cette affirmation nécessite une explication. Le rôle du juge-fonctionnaire était fondamentalement cohérent avec les conditions sociales et politiques de l'époque à laquelle il fut créé. Au XIX<sup>ème</sup> siècle au moins, la perspective du juge considéré comme un organe d'application automatique de la loi concordait raisonnablement avec un ordre juridique composé de quelques codes plutôt clairs et récents; avec une organisation judiciaire hiérarchisée maintenant une unité de critères par le biais du système d'appels; avec une société bourgeoise possédant un système homogène de valeurs morales et de références culturelles; et avec des régimes politiques qui, en comparaison avec le monde anglo-saxon, avaient tendance à être, dans le meilleur des cas, d'un libéralisme plutôt modéré. Ceci dit, au fur et à mesure que la codification des ordres juridiques s'est assouplie, que le pluralisme des valeurs s'est répandu et que l'Etat s'est démocratisé, le modèle bureaucratique du juge a perdu de plus en plus de sa solidité et de son efficacité.

Il convient maintenant d'éclaircir un point: ces facteurs sociopolitiques indépendants du contexte du droit (démocratie de masse, Etat social, pluralisme moral, etc.) ont évidemment joué un rôle clé dans le déclin du modèle bureaucratique de juge; mais il existe aussi des facteurs inhérents au contexte même du droit; ces derniers sont probablement les plus importants car, sinon, comment expliquer que ce soit le modèle de juge anglo-saxon qui ait le mieux résisté aux facteurs externes précédemment cités et généralement identiques dans tout l'Occident? En effet, les causes endogènes du déclin du modèle bureaucratique de juge pourraient se résumer à la formule "crise du légalisme": la famille juridique de la *civil law* a vu comment la loi, qui, depuis la Révolution Française avait été la pierre angulaire de l'ordre juridique, a subi une érosion



progressive. La première manifestation de cette érosion, déjà apparue à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, est que la loi ne répond pas à l'énorme variété des problèmes juridiques d'une société de plus en plus complexe. Mais cette érosion de la loi ne provient pas seulement d'un manque de lois dû à la rapidité des changements sociaux, elle vient aussi et paradoxalement du phénomène inverse: la surabondance de lois. Bien que cette surabondance ne soit qu'une conséquence des nécessités d'élaboration et de gestion de l'Etat social, elle a fini par devenir elle-même une certaine manière de concevoir le fonctionnement de l'Etat. Il existe aujourd'hui une tendance à croire que gouverner consiste avant tout à légiférer. Observons que cet excès de lois, avec comme conséquence leur banalisation, n'est pas en contradiction avec le manque de réponse législative adéquate aux grands défis. Il est évident que si la loi ne remplit pas correctement son rôle, le juge qui est destiné à être le simple applicateur de cette loi peut difficilement remplir le sien.

Toujours dans cette perspective interne de l'ordre juridique, il n'est pas superflu de signaler un autre facteur ayant contribué à la crise du légalisme: l'expansion après la Seconde Guerre Mondiale, du contrôle de constitutionnalité des lois en Europe. Il est vrai que cette fonction n'a pas été attribuée aux juges ordinaires, mais, de manière significative et en vertu de la traditionnelle méfiance du constitutionalisme de l'Europe continentale envers les juges, à ces organismes juridictionnels atypiques que sont les cours constitutionnelles. Cela a eu des répercussions sur le rapport aussi bien institutionnel que psychologique du juge-fonctionnaire à la loi, cette dernière perdant son caractère sacré et intangible. Si la loi peut être contrôlée, d'une manière ou d'une autre les liens du juge envers elle se relâchent.

Pour conclure, le déclin du modèle bureaucratique de juge est intimement lié à la crise du légalisme. Soit dit en passant, cela ne signifie pas nécessairement une crise du normativisme, et encore moins du positivisme. Croire qu'il n'y a pas d'autre droit que le droit positif (positivisme) ou que ce dernier est fondamentalement composé de normes (normativisme) ne conduit pas nécessairement à penser que ces normes positives ne peuvent être que d'origine légale (légalisme). Au contraire et avant tout, positivisme et normativisme sont compatibles avec des formes extra législatives de création du droit, telles que la coutume ou le précédent judiciaire. La difficulté réside dans le fait que la complexité sociale croissante à laquelle doit faire face l'ordre juridique, implique l'utilisation chaque fois plus grande d'outils tels que des concepts indéterminés, des clauses ouvertes et des principes généraux. Cela implique qu'un juge ayant une responsabilité importante dans le fonctionnement de l'ordre juridique, soit capable de manipuler correctement ces outils. Autant dire que dans cette perspective, le juge anglo-saxon est beaucoup mieux loti que le juge-fonctionnaire.

## 5. Bibliographie

- H. J. ABRAHAM (1986), *The Judicial Process*, O.U.P, Oxford.
- S. BARTOLE (1964), *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Cedam, Padova.
- R. CROSS (1979), *Precedent in English Law*, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford.
- M. CAPPELLETTI (1989), *The Judicial Process in Comparative Perspective*, O.U.P, Oxford.
- C. GUARNIERI *et al.* (1997), *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna.
- A. GIULIANI *et al.* (1987), *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano.
- J. MONTERO AROCA (1990), *Independencia y responsabilidad del juez*, Tecnos, Madrid.
- G. REBUFA (1988), *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino.
- S. SHETREET *et al.* (eds.) (1985), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Kluwer, Dordrecht.
- D. SIMON (1985), *La independencia del juez* (trad.esp.), Ariel, Barcelona.
- M. TROPER (1980), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 2ème ed., P.U.F., Paris.
- S. VOLTERRA (1970), *L'indipendenza del giudice negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano.