

Le juge à l'âge global

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Le juge à l'âge global », Revue *Cités* n° 69, 2017, pp. 59-72.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman
— <https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2017-le-juge-a-l-age-global>

Benoit Frydman

LA mission des juges a considérablement évolué depuis plusieurs décennies tant en théorie qu'en pratique. Si la refondation du droit après 1945 a contribué à émanciper les juges des autorités politiques de l'État (I), les transformations de la mondialisation en cours tendent à mobiliser le juge comme vecteur de normes extérieures, investi du pouvoir effectif de discipliner l'action de l'État et de ses agents et de transformer son droit dans un sens conforme à ces normes (II). Il s'ensuit, sur le plan de la philosophie politique, que la question de la mission du juge ne se pose plus seulement dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs au sein de l'État, mais dans celui de la souveraineté ou plutôt de l'influence de l'État et de son droit dans un espace juridique ouvert.

I. L'émancipation du juge du pouvoir politique de l'État

La mission des juges est classiquement abordée dans le cadre du débat sur la séparation des pouvoirs au sein de l'État. Ce principe pose en effet le problème de l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au législatif et à l'exécutif, ainsi que de ses prérogatives dans le contrôle de l'action des deux autres pouvoirs et dans la fonction de dire le droit¹.

Schématiquement, deux thèses s'opposent. La première, parfois qualifiée de « républicaine », se fonde sur la souveraineté de la volonté démocratique pour affirmer la suprématie du parlement et du gouvernement qui en est l'émanation par rapport à des juges non élus. Selon cette thèse, la mission des juges consiste essentiellement à appliquer fidèlement les règles de droit élaborées par les deux autres pouvoirs pour trancher les cas particuliers qui leur sont déferés. La seconde, qualifiée de « libérale », s'appuie sur le concept de l'État de droit (ou de la *rule of law*) pour affirmer la nécessité d'un pouvoir judiciaire indépendant, chargé de garantir le respect du droit, et notamment des droits et libertés individuels, non seulement par les gouvernés mais par les gouvernants eux-mêmes.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois est au cœur de ce débat. La controverse célèbre entre Carl Schmitt, affirmant le primat de la volonté du chef, et Hans Kelsen, défendant la nécessité du contrôle juridictionnel par une cour constitutionnelle², a été nettement tran-

1. Parmi une littérature très abondante, voyez notamment O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), *L'Office du juge, part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002.

2. Pour une analyse récente de ce célèbre débat, O. Beaud et P. Pasquino (dir.), *La Controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2007.

Le juge à l'âge global

chée, après la seconde guerre mondiale, au bénéfice de ce dernier. Le modèle kelsenien d'une cour constitutionnelle, distincte des juridictions ordinaires, qui a pour mission spécifique de contrôler que les lois votées sont conformes à la Constitution et d'annuler celles qui ne le sont pas, s'est progressivement imposé dans toute l'Europe et bien au-delà comme une institution constitutive de l'État de droit contemporain.

Parallèlement, le débat sur la mission des juges a évolué, de manière générale, dans le sens de la reconnaissance à ceux-ci d'une plus large marge d'appréciation. Cette discussion a emprunté la voie plus technique d'une discussion épistémologique sur le raisonnement juridique, l'argumentation judiciaire et les méthodes d'interprétation³. Le modèle, issu de la Révolution, d'un juge soumis à la volonté du législateur et à l'application stricte du sens clair et littéral de la loi, avait déjà été attaqué, dès la fin du xix^e siècle, par un important courant réformiste qui voulait faire du juge l'arbitre des conflits d'intérêts individuels et collectifs, voire l'ingénieur de réformes sociales par le moyen du droit. Toutefois, la transformation de l'État libéral en État social fut en définitive prise en charge par la loi et surtout par l'administration publique qui connut à cette occasion une expansion sans précédent. La dogmatique juridique parvint dès lors, en tout cas en France, à tenir le modèle du juge social et interventionniste en lisière de l'appareil judiciaire et de l'enseignement du droit en faculté.

Il en alla autrement après 1945, où le modèle classique fut à nouveau attaqué au motif cette fois qu'aucun juge ne peut obéir aveuglément à une volonté politique criminelle ou simplement illicite et qu'il lui appartient au contraire de se poser en gardien et en garant du respect des droits de l'homme, des principes de l'État de droit et des valeurs de la démocratie. Il s'ensuit une extension considérable des normes auxquelles le juge a égard lorsqu'il tranche un cas. Il ne se limite plus à chercher la meilleure solution dans les lois et les règlements, mais intègre dans son raisonnement les principes généraux du droit, les droits fondamentaux et même des valeurs que l'argumentation traduit en moyens juridiques. Bien plus, il vérifie que la loi et le règlement applicables sont bien conformes à ces principes et valeurs. À défaut, il en limite, complète ou redresse le sens par les moyens de l'interprétation. Le juge se trouve ainsi investi d'une double mission créative : d'une part, il consacre et intègre dans l'ordre juridique de nouvelles normes qu'il rencontre à l'occasion des affaires qu'il est appelé à trancher ; d'autre part, il redéfinit, par les moyens de l'interprétation, le contenu de l'ensemble des règles de droit positif pour les rendre conformes à ces normes sur le fondement desquelles l'ordre juridique est censé reposer.

3. B. Frydman, *Le Sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles/Paris, Bruylant-LGDJ, 2005 (3^e éd., 2011).

Benoit Frydman

Ce nouveau modèle a été construit et promu par un mouvement philosophique pluriel, initié après la guerre par Perelman⁴ et l'École de Bruxelles, relayé en Allemagne par Gadamer⁵ puis développé par Habermas⁶ et ses disciples et dans l'univers de la *common law* par Ronald Dworkin⁷, pour ne citer ici que les figures de proue les plus connues. S'y trouve directement associé le débat politico-sémiotique sur « la mort de l'auteur » et la restauration corrélatrice des droits des lecteurs, qui découvrent les sens multiples du texte et favorisent leur évolution dynamique en fonction des contextes d'application.

La montée en puissance de ce juge savant et émancipé a en outre été favorisée par une troisième évolution, issue elle aussi de la refondation du droit en Europe après la seconde guerre mondiale : l'instauration d'un droit et d'une justice à caractère supranational. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme, qui peut être saisie par n'importe quelle personne privée après épuisement des voies de recours internes, a été investie du pouvoir de condamner les États lorsqu'elle juge que ceux-ci ont violé les droits de l'homme et libertés fondamentales garanties par le traité. Elle s'est en outre arrogée celui d'enjoindre pour autant que de besoin les États à réformer leur droit dans un sens conforme à la Convention, telle qu'elle en interprète les dispositions. D'autre part, la Cour de justice de l'Union européenne, qui a reçu la compétence de veiller à l'interprétation uniforme du droit de l'Union, s'est investie de la mission de garantir la primauté sur les droits nationaux du droit européen et des principes et moyens qui assurent la réalisation et le fonctionnement sans entrave d'un marché unique. Ces deux juridictions issues de l'après-guerre ont contribué à forger la figure d'un juge indépendant des États, puisqu'extérieur à eux, chargé d'imposer à ceux-ci le respect de règles et principes supérieurs à leur droit national.

Cependant, le développement de ces droits européens et du droit international a également produit des effets importants sur la mission des juges nationaux. Dans les systèmes dits « monistes », qui prévalent notamment en Europe continentale, sous l'influence encore de Kelsen⁸, les règles de droit international et européen s'appliquent, moyennant certaines conditions, directement dans l'ordre interne. Il en résulte que le juge national, lorsqu'il prend une décision, doit tenir compte non seulement des règles juridiques nationales, mais

4. Chaïm Perelman, *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2^e édition.

5. Hans-Georg Gadamer, *Vérité et Méthode*, Paris, Seuil, 1996.

6. Jürgen Habermas, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

7. Ronald Dworkin, *L'Empire du droit*, Paris, PUF, 1994.

8. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e édition par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. Sur la question qui nous occupe, on lira l'article d'Otto Pfersmann, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale. Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *Revue française de droit constitutionnelle*, n° 16, 1993, p. 761-790.

Le juge à l'âge global

aussi des règles européennes et internationales directement applicables. Lorsqu'il constate une contradiction ou une différence entre ces normes, il doit impérativement donner la préférence aux règles externes qui sont supérieures dans la hiérarchie des normes. Il suit de là que le juge national a non seulement le pouvoir, mais le devoir d'appliquer et d'interpréter le droit national que de manière conforme aux règles européennes et internationales d'application directe.

Au total, les grandes évolutions issues de la seconde guerre mondiale, principalement l'instauration de cours constitutionnelles et de cours supranationales, ainsi que le développement d'un droit européen et international supérieur au droit national et directement applicable dans l'ordre interne, ont favorisé le déclin du modèle issu du xix^e siècle du juge exécutant fidèle de la loi et de la volonté des gouvernants au profit de la figure d'un juge créatif et émancipé qui contrôle et interprète les lois et les règlements nationaux en fonction de principes et normes de valeur supérieure.

Bien entendu, la situation varie selon les États et les cultures juridiques. Il est clair que les systèmes de *common law* ont intégré depuis bien plus longtemps la figure d'un juge créateur de droit, ce qui n'empêche pas d'ailleurs de vives discussions entre tenants des thèses « républicaine » et « libérale », aux États-Unis notamment. Parmi les États de droit civil, la France dispose sans doute du système le plus républicain, lequel demeure au cœur de sa culture politique et juridique. Comme on sait, la Constitution de la V^e République ne reconnaît pas l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire, réduit au rang de simple « autorité ». Le Conseil constitutionnel s'est longtemps distingué des cours constitutionnelles par sa saisine préalable au vote de la loi et réservée aux mandataires politiques. Les juges judiciaires, considérés pratiquement comme un corps de fonctionnaires, reçoivent une formation spécifique et leur administration est placée sous le contrôle étroit de la Chancellerie. On dispute encore sérieusement si la jurisprudence est ou non une source du droit. Et si le droit administratif est à l'évidence d'origine prétorienne, les juges administratifs sont tenus d'une main ferme par le Conseil d'État, lui-même composé de hauts fonctionnaires au cœur de l'appareil d'État. Il n'en demeure pas moins cependant qu'en France aussi le rôle des juges se modifie et prend de l'ampleur, non seulement par le moyen de réformes institutionnelles importantes, comme l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, mais aussi sous l'emprise du droit européen et international. Le modèle du juge émancipé, longtemps refoulé, commence à s'imposer, même s'il suscite de fortes et bruyantes résistances de la part du monde politique, mais aussi au sein des milieux judiciaires et dans le monde académique.

De manière générale, il est visible que l'équilibre entre les pouvoirs institués s'est modifié et que la souveraineté ou la suprématie du pouvoir législatif, chère au xix^e siècle, longtemps incontestée et encore

Benoit Frydman

revendiquée de nos jours, ne correspond plus à la réalité du fonctionnement de l'État de droit contemporain. Bien plus, l'installation de juges supranationaux et le recrutement du juge interne au service du droit européen et international ont induit un début de mutation du statut du juge d'organe de l'État vers celui d'agent d'exécution de normes extérieures à celui-ci. Cette mutation s'est accentuée au cours de ces dernières décennies dans la dynamique des changements induits par la mondialisation.

II. La mobilisation du juge dans la lutte globale pour le droit⁹

Depuis les années 1990, la mission des juges a en effet continué d'évoluer sous la pression des processus de mondialisation qui ont travaillé en profondeur la vie du droit, sinon toujours dans ses institutions, du moins dans son fonctionnement et ses pratiques. Pour observer ces changements, il est utile d'adopter une perspective pragmatique globale, libérée des limitations du « nationalisme méthodologique ». Il s'agit en d'autres termes de considérer le droit positif et l'action des juges, non exclusivement par le prisme de l'ordre juridique dont ils relèvent, mais bien d'après les effets globaux produits par les interactions stratégiques entre tous les acteurs du droit¹⁰. Cette perspective permet d'observer certaines situations dans lesquelles les juges opèrent ou sont mobilisés comme agents de construction, de transmission ou d'exécution de normes ou de décisions par-delà, à travers ou indépendamment des frontières des ordres juridiques. J'évoquerai ici trois de ces phénomènes caractéristiques de notre présent : la généralisation du *forum shopping* et le contentieux transnational (1), le dialogue des juges par-delà les frontières (2) et la montée en puissance des arbitres (3).

1. Le *forum shopping* désigne les très larges possibilités ouvertes par la globalisation des échanges, les évolutions technologiques et l'évolution des droits eux-mêmes, de désigner ou de choisir le juge qui sera saisi d'une affaire. Ceux qui se rappellent que les terribles marées noires sur les côtes bretonnes, provoquées notamment par l'*Amoco Cadiz*, ce navire libérien transportant du pétrole pour la compagnie anglo-néerlandaise Shell, se souviennent sans doute aussi que ce sont les juridictions américaines qui ont finalement

9. Pour une introduction aux stratégies et techniques de cette lutte globale pour le droit, le lecteur intéressé peut se reporter à mon *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, L'Académie en poche, 2014.

10. Pour une présentation plus détaillée de cette méthode, voyez mon article « Comment penser le droit global », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La Science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-48. Pour une critique sans concession de cette approche par l'éditeur du présent numéro, lire, dans le même volume, O. Pfersmann, « Monisme revisité contre jurisglobisme incohérent », p. 63-88.

Le juge à l'âge global

accordé aux parties françaises l'indemnisation de leur préjudice. Le for américain, considéré comme favorable aux victimes et peu effarouché par les grands nombres, est depuis longtemps le plus recherché par les victimes. Mais connaissez-vous le phénomène de la « course vers Londres » en matière de divorces entre conjoints de nationalités différentes ? Ou encore le quasi-monopole des juges de New York et de Londres, où se trouvent les deux plus grandes places financières du monde, en ce qui concerne le contentieux obligataire, notamment pour les emprunts d'État ? On a pu voir ainsi le juge de New York condamner l'Argentine au profit de fonds vautours à rembourser sans délai à leur valeur faciale des titres de sa dette, sur laquelle elle avait fait défaut, en contradiction avec l'accord de l'Argentine avec ses créanciers, créant ainsi les conditions d'un nouveau défaut de ce pays sur l'ensemble de sa dette¹¹. Mais sait-on que les États de l'Union européenne, et notamment la France, souscrivent régulièrement des contrats d'emprunt dans lesquels ils renoncent à leur immunité de juridiction au profit du juge londonien, très favorable au créancier, qui pourra donc condamner l'État en cas de retard de paiement ? Ils renoncent également à leur immunité d'exécution, ce qui signifie que les créanciers pourront le cas échéant faire saisir les biens et les avoirs de l'État¹².

De manière générale, la perspective globale a ouvert de très larges possibilités de choisir non seulement la loi nationale qui régira leurs opérations, mais aussi le juge national compétent en cas de litige, les deux pouvant d'ailleurs être différents. Ces possibilités ont été mises à profit notamment par les sociétés multinationales pour minimiser leurs obligations et les risques de condamnation. Mais, certains plaideurs et ONG ont utilisé le mécanisme à rebours afin d'obtenir justice à l'égard de personnes protégées, en droit ou en fait, contre toute action devant leur juge national¹³. Dans la célèbre affaire Pinochet, un juge espagnol a lancé un mandat qui a conduit à l'arrestation à Londres de l'ancien dictateur, protégé au Chili par une loi d'amnistie et un statut d'immunité. La procédure d'extradition, si elle n'a pas abouti en raison d'un acte politique du gouvernement britannique, a conduit la Chambre des Lords à remettre en cause le principe de droit international de l'immunité des chefs d'État et anciens chefs d'État¹⁴.

11. U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *NML Capital v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246 (2012).

12. Pour une étude approfondie, voyez la thèse de doctorat de C. Lequesne, *L'Évolution du régime contractuel de défaut des États européens* (2015).

13. B. Frydman et L. Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 73-136.

14. *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte*, [1998] 4 All E.R. 897, [1998] 3 W.L.R. 1456 (H.L.) et *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte*, [1999] 2 All E.R. 97, [1999] 2 W.L.R. 827 (H.L.).

Benoit Frydman

Un important contentieux transnational des droits de l'homme s'est développé, non seulement à l'encontre des criminels d'État, mais également à charge des sociétés multinationales, poursuivies comme auteurs ou complices de crimes ou de violations graves des droits de l'homme dans leurs opérations au long cours. Ainsi, la société pétrolière française Total et son partenaire américain Unocal ont dû faire face à des procédures successives aux États-Unis, en France et en Belgique pour les crimes commis notamment par des soldats de la junte birmane à l'occasion de la construction d'un oléoduc dans ce pays¹⁵. Des centaines d'actions en justice ont été introduites par des plaideurs ingénieux qui se sont engouffrés dans quelques brèches comme la loi belge ou espagnole de compétence universelle ou l'*Alien Tort Statute*, une disposition de 1789 tombée depuis longtemps dans l'oubli avant d'être réveillée avec succès devant le juge fédéral américain. Mais ces voies ont été réduites depuis lors sous la pression des États occidentaux. Ainsi la loi belge a été abrogée sous pression américaine et la Cour suprême des États-Unis a imposé aux juges du fond une interprétation très restrictive de l'*Alien Tort Statute*, à la demande notamment de la Commission européenne et de certains États européens.

Au total, les juges nationaux se sont montrés plus ou moins réceptifs à cette nouvelle mission de trancher les contentieux transnationaux selon l'État auquel ils sont rattachés, mais aussi leur culture juridique et son rayonnement, le type de juridiction saisie et la nature du contentieux. D'un côté, les pressions diplomatiques et la critique d'impérialisme judiciaire, mais aussi l'argument selon lequel les deniers du contribuable qui financent la justice nationale ne doivent pas être utilisés à régler les affaires du monde, ont conduit certains juges et parquets à contenir assez fermement l'accès à leur prétoire. Mais, d'un autre côté, l'invocation du « droit au juge » en particulier pour celui qui en est privé chez lui, mais aussi d'autres considérations plus pragmatiques ont incité les magistrats, parfois encouragés par leurs États, à se montrer beaucoup plus accueillants à certains contentieux jusqu'à se poser en agence de justice globale. Cela tient notamment à la volonté des juges et des États eux-mêmes à promouvoir le rayonnement de leur droit et de leurs juridictions dans le contexte de la concurrence normative globale.

La Cour de cassation française a ainsi, d'abord à l'initiative de son Premier président Guy Canivet, fait traduire et publier notamment en anglais certains de ses arrêts afin d'augmenter le rayonnement et l'influence de sa jurisprudence et par conséquent du droit français. Bien plus, le Royaume-Uni et l'Allemagne publient des brochures encourageant les acteurs économiques à désigner le juge anglais ou

15. B. Frydman et L. Hennebel, « Translating Unocal : the Liability of Transnational Corporations for Human Rights Violations », in Manoj Kumar Sinha (dir.), *Business and Human Rights*, Sage, 2013, p. 211-256.

Le juge à l'âge global

allemand pour connaître des litiges en matière de contrats internationaux. L'Allemagne se fonde ainsi pour vanter les mérites de sa justice civile sur les classements internationaux qui mesurent et comparent le coût, la qualité et l'efficacité des juridictions à travers le monde. La France n'est pas en reste. À l'initiative de la Fondation pour le droit continental, des universitaires français ont conçu et publient les résultats d'un « index de la sécurité juridique » qui met en valeur les qualités du droit et de la justice continentaux par rapport notamment aux juridictions de *common law*¹⁶. Certains États, comme l'Allemagne, ont même ouvert la voie à ce que ces affaires soient plaidées et jugées en anglais, plutôt que dans la langue nationale, ou mis en place des procédures électroniques pour favoriser le développement de ce contentieux global. Ces initiatives sont motivées non seulement par le souci de ces États de conserver ou d'accroître leur influence sur la scène juridique mondiale, mais également par celui de développer économiquement le secteur à haute valeur ajoutée des services juridiques.

La perspective globale a également permis de mettre en évidence l'intensification et les effets de ce qu'on appelle souvent le « dialogue des juges » par-delà les frontières de leurs ordres juridiques respectifs¹⁷. Ce dialogue est favorisé par l'organisation d'associations, de réseaux plus ou moins formels, de réunions et de colloques, de sites intranet par le moyen desquels les juges internationaux, européens, mais aussi les membres des cours constitutionnelles, des cours de cassation, des conseils de la magistrature ou des juges ordinaires se réunissent et échangent leurs bonnes pratiques, mais aussi des opinions sur les questions de droit auxquelles ils se trouvent confrontés. Ce dialogue prend dans certains cas la forme beaucoup plus spectaculaire de ce qu'on a appelé de citations par le juge de la décision d'une juridiction étrangère à l'appui de sa propre décision. Ce phénomène n'est certainement pas nouveau et d'ailleurs assez habituel entre les juridictions de *common law*. Néanmoins, le fait que la Cour suprême des États-Unis, dans son arrêt *Lawrence v. Texas*, avait fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la criminalisation des rapports homosexuels avait déclenché l'ire du défunt juge Scalia, mis en minorité dans cette affaire, au motif qu'une telle référence mettrait en cause la souveraineté des États-Unis sur son droit¹⁸.

16. Consultez pour plus de précisions, le site de la Fondation : http://www.fondation-droit-continental.org/fr/nos_actions/index-de-la-securite-juridique-isj/ où vous trouverez les résultats de l'index 2015.

17. *Le Dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

18. *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558). Pour une analyse de cette décision et de certaines questions discutées ici, voyez J. Allard et A. Garapon, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

Benoit Frydman

Quelle que soit l'opinion que l'on professe à cet égard, il me semble en tout cas incontestable que cette pratique des citations croisées présuppose logiquement l'idée d'un droit sinon universel du moins commun aux juridictions qui prennent ainsi argument des décisions prises par des juges relevant pourtant d'un autre ordre juridique. Il faut en effet admettre que l'on partage des valeurs, des principes, voire des règles communes pour estimer que les décisions des uns sont pertinentes pour fonder celles des autres. En France, cette pratique a été intégrée par la Cour de cassation qui, à l'initiative encore une fois du Premier président Canivet, s'est fondée notamment pour rendre des décisions de principe sur des études de jurisprudence comparée, spécialement commandées à des académiques dans cet objectif, même si les résultats en ont parfois été radicalement contestés¹⁹.

Plus généralement, nous voyons bien aujourd'hui comment des débats de société importants et sensibles, comme l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ou la légalisation du cannabis, donnent lieu à des débats politiques et juridiques globaux dans lesquels les lois adoptées dans tels pays, aussi bien que les décisions de justice rendues dans d'autres sont utilisés comme des arguments ou des moyens de grand poids pour faire évoluer les droits nationaux dans certaines directions, parfois convergentes. Ici encore, les juges et les tribunaux servent de vecteurs ou de chambres d'écho à la diffusion, voire à la création, de normes juridiques à travers différents ordres juridiques qu'ils contribuent à rendre perméables. Ce faisant, ils présupposent et véhiculent, de manière implicite mais nécessaire, l'idée ou l'idéal d'un droit commun²⁰.

La perspective globale permet également d'observer la montée en puissance de l'arbitrage. Le phénomène n'est pas nouveau et directement lié au nouveau développement du commerce international après la seconde guerre mondiale. Dans les années 1960 déjà, Berthold Goldman avait montré la renaissance d'une sorte de droit universel des marchands, la *lex mercatoria*²¹. Les arbitres, qui tranchent les différends du commerce international et composent un club assez fermé d'avocats d'affaires internationaux, ont de plus en plus tendance à appliquer ces règles, de préférence aux règles de droit national, y compris celui désigné par le contrat lui-même²². Plus récemment, on assiste au développement massif de l'arbitrage en ligne pour trancher des centaines de millions de litiges petits et grands issus du commerce

19. Voyez par exemple le débat très vif provoqué par l'arrêt Perruche (Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701) et son renversement par le législateur.

20. Sur le concept de « droit commun », M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 2004.

21. B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177-199.

22. E. Gaillard, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2008.

Le juge à l'âge global

et des échanges en ligne, généralement par référence à des règles uniformes définies par des « plateformes », indépendamment de tout droit national.

Aujourd'hui, c'est surtout la généralisation de procédures d'arbitrage pouvant être enclenchées contre les États par des investisseurs étrangers qui suscitent la polémique et se trouvent projetées au premier plan du débat politique, à l'occasion en particulier de la conclusion de l'accord de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne (CETA) et de la négociation prolongée d'un accord du même type entre l'Union européenne et les États-Unis (TTIP). Ces clauses, inventées dans le sillage de la décolonisation, ont d'abord été imposées aux nouveaux États « en développement » par les États « développés » afin de protéger les investisseurs occidentaux contre des mesures de nationalisation notamment. On les a depuis intégrées dans des milliers de traités de libre-échange bilatéraux et à présent dans ceux que les États occidentaux concluent entre eux. Les États renoncent ainsi à la compétence de leurs juridictions nationales, qui était autrefois de règle dans les contrats d'État, au profit d'un tribunal arbitral qui, saisi par un investisseur étranger, pourra les condamner par une décision exécutoire sur leurs biens. Ce dispositif peut en outre avoir pour effet indirect d'obliger ou au contraire d'empêcher les États de modifier leur propre droit. En effet, si telle règle, fixant par exemple les conditions d'accès aux marchés publics ou à la fourniture de services en matière d'éducation ou de sécurité par exemple, est considérée comme discriminatoire, l'État devra modifier son droit et abroger les règles qui barrent ou réduisent l'accès aux agents économiques étrangers. Dans l'autre sens, l'activité législative de l'État pourra être entravée au nom de l'obligation de stabiliser les règles applicables à l'investisseur. Pour évoquer un cas récent, Philippe Morris a engagé une procédure d'arbitrage attaquant en 2012 la validité de mesures prises par l'Australie dans le cadre de la politique publique antitabac. Si le tribunal arbitral a finalement déclaré la demande irrecevable dans sa sentence du 17 décembre 2015²³, cette procédure a eu notamment pour effet de geler pendant plusieurs années les mesures de même nature envisagées en Nouvelle-Zélande et au Canada, qui se trouvaient sous la menace d'une action du même type. On comprend dès lors très bien les oppositions politiques et juridiques que suscite l'adhésion à ce genre de dispositif.

Mais on peut également y lire une étape supplémentaire de la transformation du juge, évoluant du statut d'organe public de l'État ou d'une organisation internationale vers celui d'un agent privé désigné et rémunéré directement par les parties au litige ou par une organi-

23. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12. Le texte intégral de la décision (186 p.) est consultable notamment à l'adresse suivante : http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf.

Benoit Frydman

sation elle-même privée. Certains contesteront aux arbitres le titre de juge. Pourtant ils assument bien une fonction juridictionnelle et la loi type sur l'arbitrage commercial international²⁴, intégrée par de nombreux États dans leur droit interne, permet aux parties d'obtenir un titre exécutoire, moyennant un contrôle de plus en plus réduit de la validité de la sentence par le juge national du lieu de l'exécution. Beaucoup d'États se montrent en effet très favorables à l'arbitrage, qui favorise le développement du secteur des services juridiques. Ainsi, Paris est une place importante d'arbitrage dans le monde, notamment parce qu'elle abrite le siège de la Chambre de commerce internationale, que d'autres villes étrangères tentent d'ailleurs de lui ravir.

On peut conclure de ces quelques observations que le juge contemporain n'est plus seulement, ni même principalement l'agent d'exécution du droit de l'État dont il est l'organe, mais opère chaque jour davantage comme vecteur de diffusion de normes d'origines très diverses dans un espace aux frontières poreuses que son action contribue à ouvrir. Les juridictions internationales, mais aussi et surtout les tribunaux nationaux et les arbitres constituent des institutions de formulation du droit (*jurisdictio*) et de prises de décisions obligatoires et exécutoires, assez aisément accessibles, disséminées à travers le monde et dont l'action peut produire ses effets à distance. Les juges deviennent ainsi, volontairement ou non, par l'effet de l'évolution des règles et des institutions, mais aussi des stratégies et des pratiques, l'un des lieux clés de la lutte globale pour le droit.

Si les États ont permis voire encouragé cette évolution, ils en subissent clairement les effets dans le sens d'une réduction de leurs pouvoirs et de leurs marges de manœuvre. Le juge national et le juge étranger, le juge supranational et le juge privé sont désormais investis du pouvoir de juger et de condamner l'État pour violation de ses obligations et de rendre leurs décisions exécutoires en manière telle qu'elles pourraient causer le défaut, c'est-à-dire la faillite, de l'État condamné. Ces mêmes juges disposent également des moyens de contraindre ou d'empêcher un État de modifier son droit. De manière plus insidieuse mais effective, le juge travaille en permanence, par les moyens du contrôle de la hiérarchie des normes et de l'interprétation, à transformer les règles de l'ordre juridique national et les décisions des gouvernants et de l'administration, de manière à les rendre conformes ou du moins compatibles avec des normes extérieures. Le juge devient ainsi un organe de discipline et de contrôle de l'action de l'État, de ses gouvernants et de son droit.

Certains théoriciens du droit nieront l'évolution dont j'ai essayé de rendre compte au motif que le *forum shopping*, l'arbitrage et l'application du droit international ou étranger ne sont pas des phéno-

24. Loi type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international de 1985, amendée en 2006.

Le juge à l'âge global

mènes nouveaux, ce qui est exact, et que le paradigme national/international classique permet de rendre compte de tous ces phénomènes, ce qui est bien la fonction d'un paradigme en effet. Ils en déduisent que les États demeureraient, en dernière instance, les maîtres des règles et des institutions qu'ils ont contribué à créer et qu'ils pourraient à tout moment les défaire ou s'en retirer. C'est là, me semble-t-il faire preuve de naïveté, voire d'un certain aveuglement sur le plan politique et épistémologique. Mieux vaut ouvrir l'œil et mesurer l'importance des changements en cours qui, par leur ampleur présente et leurs potentialités futures, ne concernent pas seulement la théorie du droit, mais interpellent directement la philosophie politique.