

# L'INDEPENDANCE DU JUGE DANS L'ETAT CONSTITUTIONNEL. QUELQUES REFLEXIONS

*Nicolò ZANON*

*Professeur de Droit constitutionnel à l'Université de Milan*

*Juge à la Cour constitutionnelle italienne*

## ***1. Le concept « abstrait » d'indépendance et son application aux magistrats et à l'autorité judiciaire***

Quelle est la signification du concept d'indépendance ?

Dans le langage commun, affirmer l'indépendance d'un sujet signifie que le sujet en question est mis dans la condition d'opérer des choix et prendre des décisions, et surtout de pouvoir le faire librement, sur la base de sa propre volonté, sans être obligé de suivre des instructions ou des indications provenant d'autrui.

Du point de vue juridique, l'indépendance est une propriété particulière qui caractérise le statut et l'activité d'un sujet ou d'un organe. Elle présuppose qu'existent dans l'ordre juridique des règles qui attribuent au sujet ou à l'organe la faculté de choisir et de décider librement, et empêchent par là-même ces libres volontés de provoquer des réactions ou des sanctions contre leur auteur, de la part de l'ordre juridique ou d'autres sujets et organes.

La propriété de l'indépendance, attribuée au sujet ou à l'organe dont il est question, n'implique d'ailleurs pas que celui-ci soit exempt de toute responsabilité pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions : dans une certaine mesure, précisément l'exercice du pouvoir, que l'indépendance permet, justifie aussi que le sujet soit tenu pour responsable de ses actions.

Dans les constitutions contemporaines, on le sait bien, le concept d'indépendance prend une importance et une signification particulières pour les magistrats pris individuellement, d'une part, et pour l'autorité judiciaire dans son ensemble, d'autre part.

L'indépendance des juges, compris dans leur ensemble comme un ordre, est un aspect primordial du principe – d'origine libérale – de séparation des pouvoirs, que les constitutions contemporaines, de façon diverse et sans qu'il soit absolu, utilisent comme un principe fondamental d'organisation. Il est possible de le voir en ce qui concerne, par exemple, la Constitution italienne, si l'on parcourt ses articles et que l'on analyse les rapports qu'elle met en place entre les différents organes et pouvoirs. Si la séparation entre exécutif et législatif n'est pas aussi stricte que dans d'autres ordres juridiques (étant donné entre autres le rapport de confiance entre le gouvernement et le Parlement et le lien qui se crée par conséquent entre le gouvernement et la majorité), la séparation entre l'autorité judiciaire et les autres pouvoirs politiques semble particulièrement marquée. On affirme d'ailleurs souvent que la séparation des pouvoirs n'est présente dans l'ordre juridique italien dans toute sa pureté que pour ce qui concerne la magistrature.

L'indépendance est donc une propriété qui peut s'appliquer autant à l'autorité judiciaire prise dans son ensemble qu'aux juges qui en font partie.

Ainsi, si l'indépendance est inhérente à la magistrature dans son ensemble, elle se manifeste aussi dans chaque juge, et en qualifie la position à la fois à l'intérieur de l'autorité judiciaire et à l'extérieur : par rapport aux autres juges, par rapport à tout autre pouvoir de l'État, et même par rapport au Conseil supérieur de la magistrature, même si celui-ci a comme mission constitutionnelle de veiller précisément à l'autonomie et à l'indépendance de l'autorité judiciaire (Cour constitutionnelle, arrêt n° 497 de 2000).

D'autre part, l'indépendance de l'ordre judiciaire doit être garantie par rapport à « tout autre pouvoir », comme le prévoit l'article 104 de la Constitution italienne.

Étant donné le caractère sensible des tâches confiées à la magistrature (qui décide des biens, des droits et même des libertés des individus), on comprend facilement que les organes et les pouvoirs par rapport auxquels son indépendance doit être protégée sont surtout les organes et pouvoirs politiques, qui ont les moyens et la force pour s'immiscer dans les questions relatives à la carrière et au statut des juges d'une part, dans l'exercice concret des leurs fonctions d'autre part.

Il s'agit tout d'abord d'une indépendance qui doit être garantie par rapport au pouvoir exécutif. Elle doit concerner les magistrats du siège et, au moins en Italie, les magistrats du parquet également.

## ***2. Indépendance et « soumission » du juge à la loi dans la théorie classique de l'État de droit***

Selon l'article 101, alinéa 2, de la Constitution italienne, « les juges sont soumis uniquement à la loi ». Si l'on fait référence aux juges pris individuellement, cette disposition est particulièrement importante afin de protéger leur indépendance (notamment leur indépendance *fonctionnelle*). Elle a des significations historiques-culturelles qui dépassent largement les frontières italiennes, et représente un principe de portée générale dans l'expérience du constitutionnalisme, à la suite de la Révolution française.

Il s'agit du principe constitutionnel le plus important pour protéger l'indépendance de tous les juges.

La disposition selon laquelle « les juges sont soumis uniquement à la loi » peut être lue de deux manières : ou bien en mettant l'accent sur l'adverbe « seulement », ou bien en soulignant la soumission à la loi.

Dans le premier sens, on met en évidence que dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats n'ont d'autre contrainte que la loi : cela souligne leur indépendance, non seulement par rapport aux organes et aux pouvoirs extérieurs à la magistrature, mais également vis-à-vis des autres juges. De ce point de vue, un rapport direct – à savoir exempt de toute médiation par d'autres instances – s'instaure entre le juge et la norme : le juge l'interprète librement dans les limites imposées par les règles interprétatives prévues par l'ordre juridique et l'applique au litige qu'il doit trancher.

Dans le second sens, le principe indique que l'indépendance fonctionnelle du juge n'est pas équivalente au libre arbitre, mais prend tout son sens uniquement dans le cadre de ce qui est prévu par la loi. Si le juge quitte le terrain à l'intérieur duquel il lui est loisible de subsumer les faits de

l'espèce sous des normes générales et abstraites, « dans ce cas le juge ne peut plus être indépendant, et aucune apparence juridictionnelle ne peut empêcher que cette conséquence se réalise »<sup>1</sup>.

En effet, les deux lectures s'intègrent réciproquement et sont indispensables l'une à l'autre. L'indépendance du juge et sa soumission à la loi sont les deux faces de la même médaille : l'une ne peut être envisagée sans l'autre. La loi fournit au juge la norme, habituellement générale et abstraite, qui doit être appliquée au cas d'espèce et représente ainsi la seule contrainte acceptable pour la fonction judiciaire. Derrière la norme, le juge protège son indépendance et fonde sur elle son imperméabilité par rapport à toute autre influence extérieure. La loi devient ainsi la mesure à laquelle le pouvoir d'interprétation du juge doit s'adapter en relation avec le cas d'espèce. Le juge est donc soumis à la loi (à la norme générale et abstraite, et aux critères de jugement impersonnels qu'elle contient) et ne l'est pas au législateur ou au pouvoir législatif (en tant qu'organe politique concret ayant une volonté précise).

### ***3. Indépendance et juridiction dans l'État de droit constitutionnel***

Les caractéristiques de la fonction juridictionnelle dont l'indépendance du juge fait partie doivent être insérées dans un contexte assez différent du contexte traditionnel qui a été décrit plus haut. Cela est dû au fait que certains présupposés et certains principes ont profondément évolué.

On a vu que dans la théorie classique de l'État de droit libéral, issue d'Europe occidentale à la suite de la Révolution française, l'indépendance du juge et sa soumission à la loi représentent deux propriétés primordiales et non-détachables l'une de l'autre. La garantie de l'indépendance dans l'exercice concret de la fonction de juger sert à protéger le juge – c'est à dire l'organe à qui l'ordre juridique attribue le pouvoir de trancher les litiges par le droit – de tout commandement et de toute directive provenant de l'autorité politique. Cette garantie d'indépendance n'a de sens que parce que le juge est soumis à la loi : la loi, composée de normes générales et abstraites, contient la décision politique globale que le juge est chargé d'appliquer dans les cas d'espèce soumis à son jugement. Lorsqu'il juge, le juge doit être indépendant des consignes et commandements externes et concrets, parce que, dans un État de droit, la soumission du juge aux ordres généraux contenus dans la loi est décisive.

L'indépendance du juge présente, dans ce cadre, une signification opposée à l'indépendance attribuée, par exemple, au représentant parlementaire vis-à-vis de ses électeurs et de son propre parti politique, selon la théorie constitutionnelle libérale. Alors que l'indépendance attribuée au représentant cherche à lui permettre de remplir une fonction essentiellement politique, l'indépendance garantie au juge poursuit exactement l'objectif inverse : lui empêcher tout pouvoir politique discrétionnaire, tout dépassement de ce qui est établi par la loi.

Cette façon radicale d'envisager les choses se fonde sur deux conditions, qui se révèlent indispensables. En premier lieu, il est nécessaire que la loi ne contienne pas uniquement des normes générales (qui s'adressent à une pluralité indéterminée de destinataires) et abstraites (vouées à régler les comportements futurs de manière stable) ; il faut aussi et surtout qu'elle soit composée d'ordres clairs, complets et faciles à interpréter. En deuxième lieu, la fonction du juge doit uniquement consister en une opération presque mécanique de transformation et d'adaptation à un litige de ce qui a été décidé par la loi en général, selon la règle de Montesquieu qui ne voyait autre chose dans le juge que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ».

---

<sup>1</sup> Ainsi C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), trad. it. *Il custode della Costituzione*, Milan, Giuffrè, 1981, p. 37.

Le caractère irréaliste de ces deux présupposés est désormais donné pour acquis dans la culture contemporaine, et non seulement juridique. L'œuvre du juge n'a probablement jamais respecté le stéréotype qui vient d'être rapidement esquissé. De plus, les transformations historiques ont rendu plus évidente cette manipulation de la réalité. De plus en plus fréquemment, à cause de la nécessité de s'adapter constamment au développement social complexe et désordonné, et en raison des dynamiques historiques et institutionnelles, le législateur a dû abandonner la tâche que la théorie libérale classique lui attribuait, celle de fournir à travers la loi une réglementation générale, claire et complète, qui n'exige rien d'autre que d'être mécaniquement appliquée aux situations d'espèce. Le dogme de la complétude de la loi et de l'ordre juridique s'est révélé un faux mythe, car le caractère obscur du langage législatif oblige le juge à employer des techniques interprétatives de plus en plus sophistiquées ; c'est uniquement à travers son habileté rhétorique qu'il parvient à se présenter comme fidèle à son rôle d'application de la loi.

C'est un fait que dans les systèmes constitutionnels pluralistes contemporains, l'entrée en vigueur de la loi n'est souvent pas du tout un point d'arrivée définitif, qui permet au juge de déterminer avec certitude l'intention de l'ordre juridique dans les cas concrets. L'entrée en vigueur d'une loi, en ce qu'elle représente l'issue de compromis partiels et imparfaits qui provoquent des résultats non univoques, ne représente pas l'introduction d'une nouvelle règle ayant un contenu précis et quantifiable, mais représente bien au contraire le point de départ de la « lutte » pour le choix de sa signification, et donc pour la définition même de la règle<sup>2</sup>.

L'intervention du juge est désormais un aspect essentiel de cette « lutte » pour la détermination de la signification des règles adoptées par le législateur. Le juge ne se limite pas à appliquer mécaniquement la décision politique générale prise par le législateur, mais il attribue à la loi l'une des significations possibles (et tolérables d'un point de vue sémantique), et de ce point de vue son choix est une véritable décision, souvent orientée par une précompréhension de chaque cas d'espèce à la lumière de valeurs subjectives<sup>3</sup>. Plutôt que de se présenter comme simple bouche de la loi, le juge acquiert alors une fonction « ordonnatrice », dans le sens littéral du terme : face à des lois ayant un contenu plurivoque, voire obscur, face à un législateur parfois distrait ou défaillant, parfois inadapté à son rôle, le juge se trouve investi de la fonction de « remettre de l'ordre », à travers ses décisions, parmi les éléments épars du compromis législatif, et de redonner ainsi une unité au droit. Le droit d'origine jurisprudentielle, même dans les ordres juridiques de *civil law*, vient appuyer la loi produite par les organes légitimes, et ce processus acquiert une importance primordiale.

Dans le climat actuel, le phénomène est devenu encore plus évident et nécessaire à cause de la multiplication des sources du droit, à la fois internes, internationales et supra-nationales (il suffit de penser au droit de l'Union européenne et à sa place dans la hiérarchie des normes). Alors que la centralité de la « loi » nationale est désormais perdue, la « lutte » pour la reconstruction de la signification des normes se présente à l'observateur de premier abord comme une lutte pour la reconstruction du système des sources ou, mieux encore, pour l'identification de la source qui est réellement en mesure de fournir la règle concrète permettant de résoudre l'affaire. Dans ce choix, la fonction de la jurisprudence est tout aussi primordiale, et la scène est occupée par le « dialogue des juges » bien plus que par les décisions politiques des organes qui sont chargés de les prendre.

---

<sup>2</sup> Cfr. M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in B. Caravita (dir.), *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 140.

<sup>3</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

Et ce, pour ce qui concerne non seulement les solutions choisies sur le fond dans les cas d'espèce, mais aussi les rapports entre différents systèmes normatifs internes et « externes ».

Il existe néanmoins un autre aspect fondamental de la question. Il s'agit d'un phénomène tout d'abord culturel. La doctrine<sup>4</sup> a remarqué la diffusion d'une attitude culturelle qui identifie l'essence du droit bien plus dans la juris-diction que dans la légis-lation. Non seulement le droit représenterait beaucoup plus que la loi, mais ce qui compte vraiment n'est pas tant « faire » la loi (sa « *latio* »), mais en « prononcer » le contenu (sa « *dictio* »).

Mais cette évolution va bien au-delà : on assiste parfois à la théorisation, consciente et choisie, de conceptions presque « paternalistes » des processus de création et de formation des règles juridiques. Selon ces dernières, la prétendue supériorité du droit jurisprudentiel se défend à la fois sur la base de son extériorité aux défauts d'une politique mal jugée et ayant mauvaise réputation, et sur la base des qualités intrinsèques des juges, du point de vue de la rationalité et de la professionnalité, sans doute plus grandes que celles que l'on attribue aux choix législatifs, accusés inévitablement d'amateurisme. C'est une espèce de « paternalisme juridictionnel » qui est nourri par une méfiance profonde envers la loi, elle-même provoquée par la méfiance envers le législateur ; celui-ci apparaît en proie aux majorités changeantes, émotives et irrationnelles, évidemment dénuées de la connaissance technique indispensable à propos des matières sur lesquelles elles doivent légiférer. Cette connaissance est en revanche le fait de tous les véritables professionnels du droit (dont les magistrats, sans doute, mais également les professeurs de droit, les experts, les « savants »).

Cette attitude culturelle se diffuse dans différents domaines : dans la dogmatique, dans la théorie de l'interprétation, et dans la théorie des formes de l'État et du gouvernement.

Dans la dogmatique par exemple, il est fréquent d'affirmer que les arrêts (et pas seulement ceux des cours constitutionnelles) sont désormais des sources du droit même dans les systèmes de *civil law*, ce qui implique le risque d'une perte définitive des caractères fondamentaux distinguant entre eux les actes (lois et arrêts) et les pouvoirs qui les produisent.

Parmi les théoriciens de l'interprétation, l'idée s'est répandue selon laquelle l'interprète (et le juge en premier lieu) a comme principale tâche d'identifier le juste « balancement » entre les valeurs qui sont en conflit. Dans cette opération le texte de la disposition occupe finalement un rôle assez marginal ; en revanche, non seulement les caractéristiques spécifiques du cas d'espèce, mais aussi les paramètres de jugement et les procédures interprétatives (comme le jugement du caractère raisonnable ou le test de proportionnalité) acquièrent un poids considérable. Dans ces opérations interprétatives, le contenu de la décision normative (la *voluntas* de l'acte politique) est largement dépassé par la *ratio* que le juge lui construit tout autour (et qui est assez souvent le fruit de ses définitions arbitraires).

Dans la théorie de la forme de l'État et du gouvernement, l'attention est désormais dirigée vers la juridiction, ou mieux encore vers les conséquences institutionnelles de l'activité des juridictions italiennes et européennes. Il s'agit de conséquences qui ne proviennent plus uniquement de l'influence systémique du contrôle de constitutionnalité des lois (et plus précisément de son initiative sous la forme de l'exception d'inconstitutionnalité) sur le pouvoir judiciaire ; sur le plan interne, il s'agit des conséquences de l'intervention des cours et des tribunaux dans des domaines différents, indépendamment du renvoi des questions de constitutionnalité à la Cour

---

<sup>4</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisprudizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, *Rivista Aic*, n° 3/2012.

constitutionnelle ; sur le plan « externe », du rôle et de l'impact que les décisions des cours européennes ont sur l'ordre juridique interne.

Dans cette perspective, c'est de toute manière à la juridiction que revient le poids de la décision publique d'une manière générale, tandis que la loi reste en arrière-plan, ne représentant plus que le point de départ de l'œuvre juridictionnelle.

Il est néanmoins évident que ce phénomène culturel ne peut qu'avoir une signification fortement « politique ». L'occupation progressive des espaces d'intervention et d'influence de la part de l'activité juridictionnelle est la conséquence directe du recul progressif de la politique et de sa capacité de décision<sup>5</sup>, qui voit les organes politiques déléguer à d'autres, et dans plusieurs cas au pouvoir judiciaire, la résolution des questions sensibles. Cela concerne des domaines différents, allant de la protection des droits fondamentaux à la protection de l'environnement et à la réglementation du marché.

#### ***4. Quelles perspectives pour le futur ?***

Dans cette situation, on peut voir que la protection de l'indépendance du juge ne semble pas être « la » question fondamentale, au moins dans les sociétés réellement libérales-démocratiques. Elle semble suffisamment protégée, et fait d'ailleurs partie du patrimoine de garanties constitutionnelles que l'opinion publique considère consciemment comme indispensables.

En revanche, par rapport à la direction – décrite plus haut – prise par l'évolution des rapports entre fonctions juridictionnelles et fonction politique-normative, le droit constitutionnel joue un rôle spécifique, et très délicat. Il ne peut se limiter à enregistrer simplement ce qui se passe ni se taire à propos de cette situation, comme si elle était « normale ». Il ne devrait pas non plus, à mon sens, saluer ou acclamer la situation actuelle avec enthousiasme : une célébration sans critique du droit jurisprudentiel qui se forme et qui se répand dans nos sociétés, au-delà et en dehors de toute légitimité démocratique, représente en réalité le résultat d'une renonciation systématique de la réflexion constitutionnelle, et des engagements et propositions qui devraient en découler.

Il n'est pas question de dramatiser, car il est évident que parmi les formes de légitimation de la participation aux processus de création normative, la forme démocratique n'est sans doute pas la seule possible, et la légitimation technique – la légitimation des techniciens eux-mêmes ! – est présente dès Weber à plein titre dans les descriptions classiques des processus réels de formation du droit.

Néanmoins, même si dans la situation culturelle évoquée il semble surréaliste de le répéter, la loi comme acte normatif, avec tous ses défauts, continue de détenir une propriété à laquelle l'on ne peut renoncer dans les démocraties contemporaines : celle d'être produite à la suite d'un processus de création public et transparent, qui a lieu dans une assemblée représentative devant l'opinion publique et qui permet la participation de l'ensemble des représentants politiques légitimes, de la majorité comme de l'opposition. Cette propriété procédurale de la loi peut très bien

---

<sup>5</sup> Si l'on se limite aux vicissitudes italiennes, un seul exemple s'impose, qui est peut-être le plus fameux. Il concerne l'un des secteurs où le caractère politique de la matière, et donc de discrétion législative, devrait être très important : c'est le cas de la loi électorale pour l'élection du Parlement. Dans ce cas, l'accord entre la Cour de cassation (en tant que juge *a quo*) et la Cour constitutionnelle a conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi électorale en vigueur et à sa « substitution » par une autre loi, fruit du jugement raisonnable du juge constitutionnel (Cour constitutionnelle, arrêt n° 1 de 2014). Mais cela est arrivé précisément à cause de l'incapacité de la classe politique (de la politique tout court !) d'intervenir rapidement, à cause de timidités, d'insuffisances et d'impréparations.

perdre une partie de sa valeur, mais elle reste d'une importance vitale, également pour la construction actuelle du rôle du juge et de la fonction juridictionnelle dans nos sociétés.

Tout en ne perdant pas de vue cet aspect, il n'en reste pas moins que, du point de vue d'une théorie constitutionnelle démocratique, l'importance croissante des juges et du droit jurisprudentiel dans des formes généralisées tant du point de vue quantitatif que qualitatif, pose des problèmes auxquels il est nécessaire (d'essayer) de donner une réponse.

La protection de l'indépendance est garantie non seulement du point de vue juridique, mais elle fait également partie du patrimoine culturel partagé. Le problème qui se pose est plutôt la conciliation entre les pouvoirs nouveaux du juge, inévitablement discrétionnaires, et les fondements de la démocratie représentative telle qu'on la connaît.

Face à l'augmentation des domaines où le juge utilise ces pouvoirs discrétionnaires, il serait vain de souhaiter un retour aux conditions qui ont permis à la théorie classique de l'État de droit libéral de construire son image de la juridiction : des lois peu nombreuses et claires ayant un contenu général et abstrait, que la fonction juridictionnelle sert simplement à appliquer. En revanche, si les conditions constitutionnelles contemporaines rendent impossible la reconstruction du cadre selon ce vieux schéma, la « réaction » d'une théorie constitutionnelle démocratique devrait plutôt se diriger vers quatre pistes, en ce qui concerne l'autorité judiciaire et le statut de la fonction juridictionnelle.

Premièrement (et c'est une observation généralisée), il semble nécessaire de réfléchir à la formation des magistrats et à l'accès à la magistrature : si le vieux modèle fonctionnaliste du juge est de moins en moins apte à en décrire le rôle présent, les règles qui, en matière de formation et d'accès, font encore partie du vieux modèle doivent être réétudiées profondément, car elles sont inadaptées pour préparer le magistrat à sa nouvelle fonction professionnelle. Pour assurer l'indépendance il faut avoir une formation efficace, car la professionnalité du juge est le premier rempart de son indépendance. Donc, la formation, elle aussi, doit être indépendante, assurée par des institutions dans lesquelles, en principe, les magistrats aient une présence majoritaire, mais non exclusive. Il faudrait aussi éviter, surtout dans la situation que j'ai décrite, une formation judiciaire autoréférentielle....

Pour ce qui concerne l'expérience italienne, les réformes de l'ordre juridique qui se sont succédé dans les dernières années ne sont pas satisfaisantes. La carrière du magistrat continue d'être réglementée sur une base bureaucratique, l'évaluation de l'activité professionnelle continue d'être en grande partie superficielle, guère approfondie ni convaincante, sans être en ligne avec l'importance des nouvelles fonctions désormais attribuées au juge.

Deuxièmement, l'un des devoirs les plus importants aujourd'hui dans un système de droit européen-continentale semble être celui de fixer de nouvelles limites à la discrétion des juges. Aujourd'hui, plus que jamais, c'est précisément le rôle du droit constitutionnel. Si les décisions politiques du législateur sont objectivement insuffisantes, il est certain qu'il revient au juge de remplir des fonctions qui étaient inimaginables jadis : mais cela ne peut vouloir dire que les arrêts sont devenus des sources du droit tout court, ni qu'ils ont un contenu créatif légitime, ni enfin que les critères que le juge utilise dans sa nouvelle fonction sont des critères politiques semblables à ceux dont se servent les organes politiques. Pour cette raison, il est nécessaire de décider si les paramètres interprétatifs traditionnels sont insuffisants ; le cas échéant, il faut identifier avec précision les paramètres d'une nouvelle raison typique de l'action judiciaire-procédurale et y limiter la légitimité des interventions du juge. Il est également nécessaire de distinguer de ce point de vue les différentes branches du droit entre elles, car il y a des domaines dans lesquels le caractère

discrétionnaire des décisions judiciaires doit avoir des limites, voire ne doit pas être accepté du tout par principe : il suffit de penser au droit pénal, à l'importance fondamentale du principe de la compétence législative exclusive prévue par l'article 25 alinéa 2 de la Constitution italienne par rapport non seulement aux actes secondaires mais aussi aux interventions créatives du juge et à l'interdiction de l'analogie en droit pénal.

Troisièmement, l'augmentation du pouvoir discrétionnaire du juge peut et doit être « rééquilibrée » par une attention de plus en plus forte aux caractères constitutionnels inhérents à la fonction juridictionnelle, et aux caractéristiques de ceux qui l'exercent. Ainsi, à titre d'exemple et sans prétention à l'exhaustivité, les règles qui permettent le respect des principes du caractère tiers et impartial du juge sont primordiales – à la fois dans le fond et dans la forme, car l'image du juge alimente la confiance qu'il inspire chez les citoyens dans une société démocratique –, et plus généralement le principe du procès équitable (article 111 de la Constitution italienne). Il s'agit de principes qui doivent être réellement appliqués et complétés par des réformes procédurales et de l'ordre juridique variées mais opportunes.

Quatrièmement, sur la base du principe traditionnel selon lequel tout pouvoir implique responsabilité, la responsabilité du magistrat doit faire l'objet d'une nouvelle réflexion. Il ne s'agit pas seulement de la responsabilité civile, qui fait l'objet de réformes récentes et de polémiques constantes en Italie, ni de la responsabilité disciplinaire, qui présente des aspects problématiques spécifiques. Les nouvelles fonctions que la juridiction est appelée à exercer et les nouveaux espaces qu'elle a soustraits à la décision politique exigent une responsabilité d'un autre type, un sentiment de responsabilité pour les conséquences et les retombées de son activité et de ses propres choix – notamment des choix interprétatifs – sur l'ordre juridique et la société tout entière. Il s'agit d'une typologie de responsabilité qui a des présupposés et des caractères très délicats et complexes. Elle exige un modèle de juge qui refuse la radicalité du dicton « *fiat iustitia pereat mundi* », mais ne peut renoncer à l'indépendance du jugement, qui reste essentielle. Cette responsabilité exige une formation culturelle complète, de l'expérience et de la sagesse, de la modération et de l'équilibre, et enfin également la conscience profonde de son propre rôle.