

LE « GOUVERNEMENT DES JUGES » ? QUEL « GOUVERNEMENT DES JUGES » ?

Joël Andriantsimbazovina

Professeur à l'Université Toulouse – 1 Capitole

Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé

Directeur de l'Ecole Doctorale Droit et Science politique

Saisie par le droit¹, la politique n'échappe pas aux règles juridiques dans les démocraties libérales. Ce phénomène a conduit à une judiciarisation croissante de la vie politique². En France, un pays historiquement hanté par les arrêts de règlement, pétri de légicentrisme et rétif aux juges, plus que dans d'autres pays ce phénomène de limitation du pouvoir politique par le droit provoque périodiquement une dénonciation du « gouvernement des juges »³.

Sur le plan purement scientifique, tout a été dit ou presque sur les difficultés d'appréhender le « gouvernement des juges »⁴. En revanche, sur le plan politique, on dit tout et son contraire sur le « gouvernement des juges » pour alimenter une nostalgie d'une certaine idée de la démocratie et d'une certaine conception des rapports entre le droit et la démocratie⁵. A côté d'un savant et stimulant essai sur l'opposition du droit et de la démocratie rédigé par le professeur Bertrand Mathieu⁶, une partie de la doctrine⁷ et de la classe politique⁸ alimente, à nouveau, l'usage polémique du spectre de « gouvernement des juges ».

Il serait vain de répondre à cette tendance en avançant des arguments exclusivement juridiques et rationnels puisqu'elle s'appuie sur des présupposés subjectifs et politiques que l'on peut ne pas partager. Aussi, l'on propose ici de discuter ces présupposés qui conduisent à des « glissements »⁹ dangereux pour la démocratie libérale ; ces glissements consistent à réduire la

¹ L. Favoreu, *La politique saisie par le droit ; alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1999.

² Plus largement, on peut étendre le phénomène à la vie publique : Rapport d'information de P. Bonnet, *La judiciarisation de la vie publique. Le dialogue plutôt que le duel*, 29 mars 2022, au nom de la mission d'information n°592 du Sénat « La judiciarisation de la vie publique ».

³ Par exemple, P.Y. Gautier, « Du nouveau gouvernement des juges », *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, pp. 55-70 ; D. Terré, « Le gouvernement des juges », in D. Terré, *Les questions morales du droit*, Presses universitaires de France, 2007, pp. 167-191 ; J. Montes, « Le retour du “ gouvernement des juges ”. Analyse comparée de la juridicisation de la vie politique en France et en Espagne », *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, pp. 293-302.

⁴ Voir particulièrement, S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001 ; C. Boutin, B. Dauger, F. Rouvillois (dir.), *Contre le gouvernement des juges ?*, Cerf Patrimoine, 2023.

⁵ Voir W. Mastor, « Enième retour sur la critique du « gouvernement des juges ». Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs* (178), 2021, *La Justice. Regards critiques*, pp. 37-50.

⁶ B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?* LGDJ, Lextenso, 2017.

⁷ A-M. Le Pourhiet, « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, n°61, 2022 (1), pp. 45-49 ; J-E. Schoettl, *La démocratie au péril des prétoires. De l'Etat de droit au gouvernement des juges*, Le Débat, Gallimard, 2022.

⁸ *Etat de droit et démocratie*, Actes du colloque du jeudi 3 février 2022, Les Républicains au Sénat, 2022.

⁹ X. Bioy, intervention dans les actes du colloque *Etat de droit et démocratie*, « La souveraineté populaire et les juridictions supranationales », *op.cit.*, pp. 87-93.

souveraineté à la souveraineté du Parlement et de la loi votée par celui-ci, à confondre la démocratie et la souveraineté, et assimiler les droits de l'homme à un individualisme exacerbé qui nuirait à l'intérêt général et à l'intérêt de la Nation. Or, la souveraineté de l'Etat est différente de celle du Parlement, la démocratie n'est pas soluble dans la souveraineté, les droits de l'homme n'ont pas la force et la portée illimitées que l'on veut leur faire endosser.

Dans ce magma de confusions volontairement entretenues, le « gouvernement des juges » est mis en avant dans un sens péjoratif qui tend à mêler les différentes significations que l'on pourrait lui attribuer. En effet, entendu généralement comme un pouvoir d'interprétation autonome des juges qui apparaît comme excessif par rapport aux pouvoirs politiques et qui exprimerait des intérêts et des valeurs propres aux juges au détriment des attentes de la majorité de la société exprimées par le Parlement et par la loi, le « gouvernement des juges » est un spectre destiné à dénoncer l'usurpation par les juges du pouvoir politique et de la légitimité des politiques.

A supposer même que l'on puisse considérer que les juges « gouvernent » en interprétant ainsi les textes et les normes juridiques destinés à régler directement des litiges par des voies de recours directes ou indirectement par des procédures de renvoi préalable, on ne saurait soutenir raisonnablement que cette forme de gouvernement serait illégitime dans une démocratie libérale. En effet, dans une telle démocratie, il n'y a pas d'opposition entre la démocratie et le droit. La démocratie fonde le droit et le légitime. Le droit garantit la démocratie contre l'arbitraire politique. Le juge y a pour fonction de veiller à ce respect du droit et à cette protection de la démocratie. La démocratie libérale est une démocratie représentative ou/et semi-directe dans laquelle le pouvoir politique est limité par le droit dans sa dimension formelle et procédurale et dans sa dimension substantielle. Certains considèrent que cette évolution de la démocratie libérale serait l'expression d'un « post-démocratie », c'est-à-dire une ère de remplacement des appréciations des représentants élus par celles d'une aristocratie judiciaire¹⁰ ou d'une « juristocratie »¹¹. La qualification d'aristocratie vise à montrer du doigt l'absence de légitimité électorale directe de certains juges mais c'est faire fi de l'habilitation démocratique de la fonction de juger dans le cadre d'une démocratie libérale fondée sur le constitutionnalisme. En effet, plutôt que de parler de « gouvernement des juges », il serait plus exact de parler de « fonction de juger ». Cette fonction de juger participe intrinsèquement de la démocratie : elle

¹⁰ A.M. Le Pourhiet, « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, n°61, 2022 (1), *op.cit.*

¹¹ B. Pokol, *Juristocratie. Tendances et versions*, Budapest, 2021 ; *Juristocracy. Trends and versions*, Századvég Kiadó, 2021.

est habilitée démocratiquement (I) ; elle s'exerce dans le respect du cadre institutionnel fixé démocratiquement (II).

I – L'HABILITATION DEMOCRATIQUE DE LA FONCTION DE JUGER

Le réquisitoire récent contre le « gouvernement des juges » repose sur une réduction de la démocratie à la représentation nationale incarnée par le Parlement et sur une assignation des juges à une place subalterne dans la théorie des séparation des pouvoirs. S'il ne fait pas de doute que l'élection constitue la source principale du pouvoir dans une démocratie, cette dernière ne saurait être limitée à l'élection des représentants du peuple. Elle est enrichie par le constitutionnalisme qui inclut la protection des droits et des libertés.

Afin de protéger le peuple de l'arbitraire des politiques, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose très clairement : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Autrement dit, la lutte contre l'arbitraire est une caractéristique vitale d'une société démocratique. La protection des droits y est une priorité. Celle-ci est confiée démocratiquement aux juges.

L'on ne saurait, sans mauvaise foi, occulter ou éluder l'origine démocratique de la fonction ainsi dévolue aux juges tant au niveau national qu'au niveau supranational.

Au niveau national, les juridictions ordinaires tirent la légitimité de leur fonction de la Constitution qui a été adoptée régulièrement par référendum ou par les représentants du peuple réunis en congrès selon la procédure de révision de la Constitution. L'autorité judiciaire figure explicitement au titre VIII de la Constitution ; le président de la République, élu directement au suffrage universel direct, est garant de l'indépendance de cette autorité. De même, la compétence du juge administratif concernant « l'annulation et la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » » découle d'un principe de valeur constitutionnelle¹². En vertu de l'article 56 de la Constitution, les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le président de la République, les présidents de chacune des deux chambres du Parlement après audition et avis positif par une commission permanente de l'une de ces deux chambres.

¹² Conseil constitutionnel, décision n°86-224DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec. 8 ; cons. 15.

Autrement dit, au-delà même de tout débat sur l'indépendance des juges en France, leur légitimité démocratique pour exercer leur fonction de juger est incontestable.

Au niveau supranational, l'accusation de manque de légitimité de démocratie de la Cour européenne des droits de l'homme est totalement infondée puisque les juges européens, sur proposition de chaque Etat membre du Conseil de l'Europe, sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dont on sait qu'elle est composée de membres élus par le parlement national ou désignés par celui-ci selon une procédure fixée par lui¹³. Les juges de la Cour de justice de l'Union européenne sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres, lesquels sont tous issus d'élections démocratiques¹⁴.

A supposer même que l'on puisse assimiler la fonction de juger à un gouvernement par les juges, dénoncer cette forme de gouvernement au nom de la démocratie est pour le moins paradoxale puisqu'elle puise doublement sa source dans des textes adoptés ou ratifiés par des autorités démocratiquement élus et dans des élections ou dans des désignations par des autorités issues elles-mêmes d'élections démocratiques.

L'exercice même de la fonction de juger se fait et se déroule dans un cadre institutionnel démocratique.

II – L'EXERCICE DE LA FONCTION DE JUGER DANS UN CADRE INSTITUTIONNEL DEMOCRATIQUE.

La diatribe contre le « gouvernement des juges » fait comme si les pouvoirs et la classe politique ont abandonné tous les pouvoirs aux juges. Or, rien n'est plus loin et de la théorie et de la pratique de la démocratie libérale, rien n'est plus éloigné de la réalité de la vie démocratique libérale.

Notons au passage que le dénigrement des juges est généralement à géométrie variable car il ne vise que les décisions de justice qui dérangent la préférence idéologique des détracteurs. La Cour suprême des Etats-Unis exercerait un gouvernement des juges lorsqu'elle considère que l'avortement n'est pas contraire à la Constitution mais ne l'exercerait pas lorsqu'elle revient sur cette jurisprudence ; la Cour constitutionnelle fédérale allemande exercerait le gouvernement des juges lorsqu'elle ne contrôle pas la conformité à la Loi fondamentale allemande de la législation de l'Union européenne mais ne l'exercerait pas lorsqu'elle accuse la Cour de justice de l'Union européenne d'outrepasser ses compétences d'interprétation des traités.

En vérité, les critiques contre la fonction de juger font semblant d'oublier que celle-ci s'exerce dans un cadre institutionnel démocratique qui recherche en permanence l'équilibre entre les

¹³ Article 25 des Statuts du Conseil de l'Europe

¹⁴ Articles 253 et 254 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

décisions politiques adoptées par les pouvoirs législatif et exécutif et leur acceptabilité par le peuple dans leur application quotidienne. Au-delà des sondages, de la vie associative et syndicale, de la vie médiatique, au-delà de l'organisation des élections libres à intervalle raisonnable, le peuple est composé de justiciables qui peuvent recourir aux juges pour faire valoir les droits et les libertés inscrits démocratiquement dans des textes tout aussi démocratiquement adoptés. Autrement dit, la démocratie électorale coexiste avec la démocratie juridictionnelle ou la démocratie judiciaire. La démocratie libérale n'est pas cantonnée à la démocratie électorale, elle comprend la démocratie juridictionnelle ; cette dernière garantit le bon fonctionnement de la démocratie politique en veillant au respect de la séparation des pouvoirs par les institutions, à la garantie des droits et des libertés. Les recours introduits par les justiciables devant les juges constituent une soupape de sûreté contre les risques de vigoureuses contestations de nature politique des décisions des gouvernants.

Prétendre que la limitation du pouvoir politique par les droits et les libertés du peuple devant les juges ferait du souverain un « captif » et un « impotent »¹⁵, c'est oublier que le souverain, le peuple, n'a pas donné un blanc-seing à ses représentants pour imposer sans partage les décisions prises en son nom.

En tout état de cause, si certaines décisions des juges heurtent si profondément les représentants du peuple, la Constitution et les traités supranationaux comportent des procédures de révision qui leurs permettent d'avoir le dernier mot.

Le pouvoir constituant, maître de la révision de la Constitution, avait modifié la Constitution afin « de permettre le vote et la promulgation d'une disposition législative censurée par le Conseil constitutionnel »¹⁶. Les Etats membres de l'Union, maîtres des traités, peuvent remettre en cause une interprétation de la Cour de justice¹⁷. De la même manière, les Etats **adhérents** à la Convention européenne des droits de l'homme ont révisé celle-ci pour introduire dans son préambule le principe de subsidiarité et la doctrine de la marge nationale d'appréciation ; cette révision rappelle le cadre de la compétence et du pouvoir d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸.

¹⁵ A.M. Le Pourhiet, « Gouvernement des juges et post-démocratie », *op.cit.*, p. 49.

¹⁶ Déclaration du Premier ministre lors de la soumission au Congrès, le 19 novembre 1993, du projet de loi constitutionnelle relatif aux accords internationaux en matière d'asile. Ce projet introduit l'article 53-1 dans la Constitution de 1958.

¹⁷ Protocole sur l'article 119 du traité CEE contredisant CJCE, 17 mars 1990, *Barber*, C-2662/88, *Rec. I*-1889 : voir H. Gaudin, "Who is the « Master of the Treaties? ». On the Dysfunctional Interplay between the European Court of Justice and the European Parliament", in *The European in Global Perspective. A Governance Model on Trial*, Basu, Kämmerer, Schäfer (dir.), Bucerius Law School, à paraître.

¹⁸ Protocole n°15 portant amendement de Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 24 juin 2013, entré en vigueur le 1^{er} août 2021.

Dans une démocratie libérale, la fonction de juger ne permet pas aux juges de gouverner à la place des pouvoirs politiques. Les juges y sont contraints de composer avec le « pouvoir de réplique » des autres acteurs des institutions démocratiques¹⁹.

Joël Andriantsimbazovina

« Le « gouvernement des juges » ? Quel « gouvernement des juges » », in *Pouvoir et contre-pouvoirs, Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Mathieu*, LGDJ-Lextenso, 2023, pp. 547-551

¹⁹ G. Tusseau, « Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas avoir toujours raison », *Droits* (55), 2012, pp. 41-84.