

Plaidoyer pour le gouvernement des juges

Wanda MASTOR

*Professeure de droit public à l'Université Toulouse 1-Capitole,
IRDEIC – Centre d'Excellence Jean Monnet*

Stéphane Mouton m'ayant laissé l'amicale liberté de choisir l'intitulé de mon intervention, je ne peux me retrancher derrière l'argument souvent avancé dans les colloques selon lequel l'organisateur aurait imposé un thème, un intitulé qui corsète plus qu'il ne libère. Me voici donc dispensée de tout mot d'excuse, obligée d'assumer devant vous un choix que j'ai proposé à Stéphane dans un moment, non de perdition, mais de grande témérité. J'ai bien conscience qu'un tel plaidoyer nécessite un argumentaire solide, tant les critiques ont envie de se déployer à la seule lecture de l'intitulé. Je n'arriverai sans doute pas à convaincre ceux pour qui le gouvernement des juges demeure une « question à dissoudre » ou une « monstruosité conceptuelle » pour citer respectivement Denys de Béchillon¹ et Otto Pfersmann². Mais je voudrais au moins tenter de les convaincre de la possibilité de porter un regard positif sur ce concept qui, selon moi, 1°) correspond à une réalité; 2°) entraîne de ce fait l'urgence de repenser cette question en lien avec son insertion dans un régime représentatif. J'indique que ce plaidoyer ne poursuit ni un objectif polémique, ni esthétique : il correspond à ce que je pense profondément comme étant non une thèse que j'aurais la prétention d'affirmer vraie, mais comme la conséquence logique des postulats que je choisis de poser. Postulats qui me permettent, au terme d'une argumentation en quatre points, de présenter l'élection des juges comme la clef légitime de ce débat relatif au gouvernement des juges. Légitimité qui, par ailleurs, serait d'autant plus acceptée si la théorie de la séparation des pouvoirs cessait d'être présentée comme au temps de Montesquieu. Sur ce

1. D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », Dalloz, 2002, p. 973.

2. O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », réponse à M. Troper, in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, Science politique, 2001, p. 43.

sujet, nous sacrifions trop l'exactitude à l'aune de la pédagogie. Il est faux de dire que la séparation des pouvoirs est rigide aux États-Unis³, comme il est faux de continuer à présenter la séparation matérielle des pouvoirs comme un dogme démocratique. Le concept de *circulation des pouvoirs*, même s'il fait peur, correspond bien plus à l'examen de la réalité de la pratique des pouvoirs. C'est précisément parce que les pouvoirs circulent d'un organe à un autre, à condition qu'ils soient tous élus, qu'il faut faire un « bon usage du spectre » pour reprendre les mots du titre d'un article de Michel Troper⁴, à qui je dédie modestement ce plaidoyer. Qu'il faut cesser de craindre le gouvernement des juges ou le brandir comme la dérive absolue.

Question 1 : Les juges gouvernent-ils ?

D'un concept désignant une réalité indiscutable

Certains auteurs estiment qu'il ne saurait y avoir de concept, tout au plus une expression, tant la réalité qu'il est censé désigner n'est pas évidente. Surtout, ladite expression « obscurcit l'objet au lieu de l'éclairer ». Pour Denys de Béchillon, la connotation est si négative, et depuis si longtemps, que « l'on arrivera jamais à populariser l'idée que la locution "gouvernement des juges" pourrait vouloir dire autre chose »⁵. La thèse que j'entends défendre est qu'il est au contraire possible de la « populariser », malgré la longévité de sa charge péjorative, en combattant les vices initiaux qui ont introduit la confusion. Partons donc du début. Peu importe qui, le premier, a utilisé cette expression, car c'est bien l'ouvrage d'Édouard Lambert qui va lui infliger des stigmates durables⁶ (le juge Walter Clark a bien utilisé l'expression *Government by judges* en 1914 et, plus de 3 000 ans avant lui, le *Livre des juges* de la Bible faisait le récit des enfants d'Israël qui se rendaient dans la montagne d'Ephraïm pour être jugés par Déborah pour ne citer que lui). Plusieurs choses frappent à la lecture de l'ouvrage paru en 1921. La première, c'est qu'il ne se distingue pas par l'élégance de son style. La seconde, c'est qu'il est volontairement très polémique. Lambert marque sa profonde aversion pour le *Judicial review* et accuse les Français (Beauregard, Benoist, Jèze, Hauriou, Jalabert, Saleilles et Theller) de céder à la contagion, pendant que Larnaude, Duguit et Esmein reçoivent des bons

3. Voir en ce sens J. Boudon, « La séparation des pouvoirs aux États-Unis », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 113-122.

4. M. Troper, « Du bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 49-65.

5. D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *op. cit.*

6. E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, préface de Franck Moderne, Dalloz, 2005, 276 p.

points⁷. Les expressions utilisées sont fortes et beaucoup d'épouvantails sont agités, dont « l'impuissance du principe de séparation des pouvoirs à tenir longtemps ses promesses »⁸. Lambert évoque la « situation humiliée » du *Statute Law* et dénonce les auteurs de ladite humiliation : l'ampleur du *judicial review* ; celle de la liberté d'interprétation judiciaire ; la méthode des cas notamment diffusée par les professeurs d'Harvard qui a pour objet de présenter aux futurs juristes « les décisions des cours de justice comme les seuls matériaux de la loi qui soient dignes de vénération et d'étude »⁹. Je relève au passage certaines inexactitudes qui sont parfois le résultat d'une argumentation forcée. Ainsi, lorsque Lambert évoque « la soumission du pouvoir législatif à la tutelle du pouvoir judiciaire »¹⁰, il ne présente la technique du *recall* que comme une possibilité de « remède aux exagérations du contrôle judiciaire des lois »¹¹. Or il est un peu excessif de mettre de côté le fondement même du *recall* qui est avant tout la conséquence du caractère impératif des mandats.

Le spectre est surtout agité dans le chapitre XI intitulé « Les leçons de l'expérience américaine » dans lequel le pouvoir judiciaire, qualifié de la « plus conservatrice des trois branches du gouvernement », est accusé de « régler, filtrer et endiguer l'activité des deux branches coordonnées, mais surtout de la plus remuante et de la plus audacieuse d'entre elles : la législative »¹². À propos du conservatisme du pouvoir judiciaire, on relèvera que les arguments de Lambert sont d'ordre contextuel. Il date d'ailleurs la naissance du gouvernement des juges à une décision de la Cour suprême, dite *Civil Rights Cases*, de 1883. Or cet argument est faible. Je pourrais moi-même aujourd'hui conclure à la préférence pour un gouvernement des juges au terme d'une sorte de bilan coût/avantage : quelle est la situation la plus satisfaisante ? Ou, pour le dire autrement, la moins grave ? Celle d'une Cour suprême qui affirme d'un côté l'infériorité de la race noire, le caractère contre-nature de l'homosexualité, qui réduit la femme à un utérus susceptible d'engendrer des futurs patriotes, qui déclare constitutionnelle la violation des droits les plus fondamentaux en temps de guerre ou, de l'autre côté, la Cour suprême qui déclame que « l'état de guerre n'est pas un chèque en blanc donné au président », que la torture n'a pas le droit de cité dans la plus grande démocratie du monde ? Les sinistres arrêts *Dred*

7. *Ibid.*, p. 14.

8. *Ibid.*, p. 15.

9. *Ibid.*, p. 23.

10. *Ibid.*, p. 38.

11. *Ibid.*, p. 96.

12. *Ibid.*, p. 221.

*Scott*¹³, *Schenk*¹⁴, *Dennis*¹⁵ ou *Korematsu*¹⁶ « valaient-ils » tout de même la peine « d'être vécus » pour que puissent ensuite éclore les arrêts *Brown*¹⁷ ou *Boumediene*¹⁸ ? Outre le fait que l'argument, dépendant totalement de la composition de la Cour suprême, est fragilement contextuel, il renvoie à une posture axiologique dont je dois tenter (même avec difficulté) de me débarrasser. Un arrêt que je trouve exceptionnel peut être qualifié de dramatique par d'autres et les théories idéalistes ont bien plus obscurci le débat sur l'interprétation qu'elles n'ont contribué à l'éclairer.

C'est donc dans l'observation de la réalité, et non dans son jugement, que je puise les postulats de ma thèse. Le gouvernement des juges est un concept car il correspond à une réalité incontestable. Nul besoin ici de revenir sur la distinction entre l'interprétation-connaissance et l'interprétation-volonté, sur les débats entre néo-normativistes et réalistes que nous connaissons bien. Comme Michel Troper s'est attaché à le démontrer, le langage du juge est ici entendu comme un langage-objet, prescriptif, ni vrai ni faux. La conception strictement légaliste du droit est aujourd'hui abandonnée et on ne peut nier le caractère normatif des décisions judiciaires. Si la jurisprudence se situe en quelque sorte dans un rapport de « dépendance » vis-à-vis de la loi, étant donné qu'elle se forme par le biais de son interprétation, il n'en demeure pas moins que l'activité des tribunaux n'est pas seulement déclarative mais aussi constitutive, comme l'a souligné Hans Kelsen¹⁹. Les réalistes américains et les représentants de la *Sociological Jurisprudence*, malgré les divergences qui peuvent exister entre eux et au sein d'un même courant, s'accordent bien sur ce point²⁰ : le juge ne dégage pas une soi-disant solution unique qui s'imposerait par la stricte application du texte *via* le syllogisme ; il possède un réel pouvoir créateur qui s'exprime au travers d'une décision rendue au nom de principes juridiques mais aussi extra-juridiques. Ce n'est donc pas étonnant que les plus grands dissidents de la Cour suprême appartenaient dans le même temps à ces courants : Holmes, Brandeis, Cardozo et Frankfurter pour ne

13. *Dred Scott v. Sandford*, 60 US (19 How.), 393 (1857).

14. *Schenk v. United States*, 249 US 47 (1919).

15. *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951).

16. *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944).

17. *Brown v. Board of education*, 347 US 483 (1954).

18. *Lakhdar Boumediene et al. v. George Bush*, 553 US (2008).

19. Voir notamment H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 319-320.

20. Voir la passionnante thèse de F. Michaut, *L'école de la « Sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse sous la direction de M. Troper, dactylographiée, Université de Paris X-Nanterre, 1985, 407 p.

citer que les plus illustres. Il faut donc dénoncer l'hypocrisie du raisonnement syllogistique érigé par certains en suprême protecteur de la sécurité juridique : « la forme et la méthode logiques flattent le désir de certitude et de repos qui habite tout esprit humain. Mais la certitude est généralement illusion et le repos n'est pas la destinée de l'homme »²¹. « La vie du droit, poursuit Oliver Wendell Holmes, ce n'est pas la logique mais l'expérience. Ce qui est ressenti comme une nécessité d'une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes »²².

Tout comme Cardozo, « [j]e considère le pouvoir créateur du droit du juge comme une des réalités de la vie »²³. En constatant que l'idéologie de la libre décision, prenant racine en Europe, est largement dominante à l'époque où il écrit²⁴, il rappelle que les juges ne peuvent échapper à ce qui gouverne les autres mortels dans leur prise de décision : leurs instincts, croyances traditionnelles, voire leur inconscient²⁵. La tâche sérieuse du juge commence notamment lorsque le précédent qu'il doit appliquer n'est pas très clair, car « la décision d'aujourd'hui fera le vrai et le faux de demain »²⁶. De même que les normes écrites, les précédents doivent être interprétés à la lumière de paramètres extérieurs : « au début, nous n'avons pas de problème avec les chemins (à emprunter) ; ils suivent la même direction. Ensuite ils commencent à diverger, et nous devons opérer un choix entre eux. L'histoire, la coutume, l'utilité sociale, un important sentiment de justice ou parfois même une appréhension semi-intuitive de l'esprit dominant de notre droit devraient venir à l'aide du juge anxieux, et lui dire où aller »²⁷.

Je constate que l'image d'un juge simple lecteur automate du droit relève d'un fantasme, qui plus est d'un fantasme du passé, la majorité des auteurs s'entendant aujourd'hui sur l'existence d'un pouvoir créateur du juge. Le

21. O. W. Holmes, « The path of the law », *Harvard Law Review*, n° 10, 1897, p. 457-469, également *in id.*, *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, New-York, 1920, p. 167-202, cité par C. Grzegorzczuk, F. Michaut et M. Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ/Story-scientia, collection La pensée juridique moderne, Paris/Bruxelles, 1992, p. 126-127.

22. O. W. Holmes, *The Common law*, Mac Millan and Co., Londres, 1881, p. 1.

23. « *I take judge-made law as one of the existing realities of life* », B. N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, Yale University Press, New-Haven, 1921, p. 10.

24. « Dans le domaine constitutionnel, la méthode de la libre décision est devenue, je pense, dominante aujourd'hui », *ibid.*, p. 16-17.

25. *Ibid.*, p. 12.

26. *Ibid.*, p. 21.

27. *Ibid.*, p. 43.

juge, quel qu'il soit, crée tous les jours, gouverne dans le sens où les règles qu'il pose ne sont plus que des règles concrètes et individuelles mais bien des règles générales et abstraites. Tout jugement a une part de normativité et « tout acte de juger est toujours, et fondamentalement, un acte politique, violent, pour partie auto-instituitif »²⁸. C'est dans ce sens que Tocqueville et Laboulaye avaient rendu hommage à la puissance politique du pouvoir judiciaire américain. Le premier observait que le juge américain, tout en ressemblant « parfaitement aux magistrats des autres Nations », était cependant « revêtu d'un immense pouvoir politique »²⁹; le second reconnaissait que la « véritable découverte » des États-Unis était qu'ils avaient « senti que la justice était aussi un pouvoir politique »³⁰. Bien évidemment, les réflexions des deux sont indissociablement liées au contrôle de constitutionnalité des lois. Mais au-delà, elles permettent de mettre l'accent sur le rôle de régulateur social du juge qui a été longtemps dénié en France. Laboulaye prend ainsi l'exemple de la révolution de 1848. Selon lui, si les Français avaient eu confiance en la justice politique, l'affaire des Banquets se serait terminée par un procès, non par une révolution. « C'est un peu plus cher qu'un procès », écrit Laboulaye avec ironie, « et c'est la liberté qui en paie les frais »³¹. L'acception plus générale contemporaine du rôle de créateur du juge va de pair avec le mouvement de juridiciarisation de la société que les travaux des sociologues (Jacques Commaille notamment³²) et des magistrats (Denis Salas et Antoine Garapon pour ne citer qu'eux) ont permis de mettre en relief. La perte de prestige progressive de la loi a entraîné un décentrement de la demande sociale: « [le juge] recompose sans cesse la trame d'un lien social que la loi est impuissante à retoucher sans défaire »³³. Bien sûr, le discours visant à présenter le juge constitutionnel comme un seul « aiguilleur » « désarme, pacifie et exorcise » pour reprendre les mots bien connus de George Vedel³⁴. Mais il est faux. Ce

28. D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges: une question à dissoudre », *op. cit.*

29. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre éditeur, 1848, p. 160.

30. Laboulaye, *Histoire des États-Unis depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la Constitution*, A. Durand éditeur, 1855, p. 172.

31. *Ibid.*, p. 178.

32. Voir notamment J. Commaille et M. Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, collection Recherches, 2007, 327 pages.

33. D. Salas, entrée « Juge », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, collection Quadrige, 2003, p. 863. Voir aussi A. Garapon, « La question du juge », *Pouvoirs* n° 74, 1995, p. 18: « dans l'État-providence, il y avait cette croyance que l'État peut tout, qu'il peut tout combler, tout réparer, tout suppléer; voilà que, devant ses défaillances, cet espoir s'est reporté sur la justice. La question du juge est déroutante parce qu'elle a plus de valeur de signe d'un changement profond de notre démocratie que d'une réalité aisément repérable ».

34. G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 152.

dernier admettait d'ailleurs que la théorie de l'interprétation-connaissance n'était pas forcément « vraie » mais, selon lui, moins inexacte que l'autre. Le postulat de l'évidence de ce gouvernement étant posé, il convient d'en observer les modalités. Car ce sont aussi ces modalités qui permettent de confirmer le caractère affirmatif de la réponse donnée à la première question.

Question 2: Comment les juges gouvernent-ils ?

Du renforcement de la thèse de l'existence d'un concept

Il s'agit bien d'un concept car le gouvernement des juges est une présentation abstraite de la réalité d'un phénomène, dont je ne vois pas comment on pourrait la nier. Il faut tout de suite préciser que, pour certains auteurs, les juges ne sauraient gouverner en raison des multiples contraintes juridiques qui s'imposent à eux. Or, comme Michel Troper s'est attaché à le démontrer en répondant notamment à Georges Vedel, ces contraintes sont justement des arguments renforçant la thèse de l'interprétation-volonté et non de l'interprétation-connaissance. La grande majorité des auteurs convergent en réalité sur l'existence de telles contraintes, la différence résidant essentiellement sur leur nature. Pour les normativistes, ces contraintes sont juridiques alors que pour les réalistes, elles sont surtout pragmatiques. Dans son article sur le gouvernement des juges, Denys de Béchillon souligne que le juge ne gouverne pas parce qu'il ne choisit pas ses affaires, qu'il est obligé de répondre aux questions qui lui sont posées³⁵. Dans le même sens, au cours du séminaire consacré au gouvernement des juges et à la démocratie qui s'est tenu à Paris 1 en 1998, le spécialiste des États-Unis Guy Scoffoni a fermement indiqué que le juge constitutionnel ne gouvernait pas parce qu'il n'avait jamais l'initiative et que gouverner, c'était précisément l'avoir³⁶. Plus récemment, Guillaume Tusseau, dans une étude de droit comparé au titre évocateur (« Le gouvernement – contraint – des juges »³⁷) a démontré que le gouvernement des juges était contraint « par l'action possible des autres acteurs » : action sur les membres de l'institution, sur l'institution elle-même, mais aussi sur les normes. Pour ma part, je suis convaincue que le juge interprétant lui-même ces contraintes juridiques, il en est en réalité

35. D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *op. cit.*

36. G. Scoffoni, « Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain », in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, p. 188.

37. 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 pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012, p. 41-83.

l'auteur. Mais je rejoins néanmoins la critique d'Olivier Jouanjan sur le fait que la théorie des contraintes serait en quelque sorte le principal talon d'Achille du réalisme français³⁸. N'étant pas sceptique et encore moins nihiliste, j'adhère à l'idée selon laquelle le juge s'auto-contraint dans la marge de manœuvre immense qui est la sienne et que ces contraintes sont plus morales que juridiques. Mais il faudrait mieux définir ce que l'on entend par contrainte juridique, sur ce qui relèverait du juridique et sur ce qui n'en relèverait pas. Mon éloignement d'avec la théorie des contraintes s'opère au niveau de la place accordée à la motivation des décisions de justice. Je sais que la motivation renferme essentiellement des éléments intimement liés à la personne du juge qui échappent à l'analyse du juriste. Mais s'arrêter à ce constat dévalorise la motivation qui est sans doute un leurre, mais un leurre nécessaire. Et parce qu'il est nécessaire, parce qu'il circule dans un système juridique, parce qu'il est la plupart du temps délivré « au nom du peuple français », il faut lui accorder un statut « supérieur » de contrainte en quelque sorte. Parce que la motivation est, de toutes les contraintes, le seul point d'achoppement entre le juridique et le moral.

Au-delà de ces contraintes, le droit comparé nous prouve la multitude des modes de gouvernement possibles : en France, la création des principes généraux du droit par le Conseil d'État, la modulation des effets dans le temps, l'interprétation par la Cour de cassation de ce que doit être un « bon père de famille » ou « l'intérêt supérieur de l'enfant », les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel ou son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ; en Italie, la palette sophistiquée des décisions interprétatives, certaines portant même le doux nom de « manipulatives »³⁹ ; aux États-Unis, la doctrine des questions politiques ou du *substantive Due process of law*.

L'observation des modalités de gouvernement renforçant la thèse de l'existence d'un concept de gouvernement des juges, il convient à présent de légitimer ce dernier. Je ne suis pas dans l'absolu une passionaria de la légitimation, mais, puisque le colloque porte sur le régime représentatif, il faut restituer la question du gouvernement des juges précisément dans ce cadre-là.

38. O. Jouanjan, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2012, notamment p. 29.

39. Voir T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Puam/Economica, collection Droit public positif, 1997, 617 p.

Question 3 : Comment légitimer ce concept ?

De l'entrée en scène de l'élection des juges

Lorsqu'Otto Pfersmann démontre qu'il ne saurait y avoir de concept de gouvernement des juges, il envisage précisément la question au sein d'un régime représentatif. Son argumentation pourrait alors se résumer ainsi : un gouvernement, qui est celui qui prend et fait appliquer les décisions les plus importantes pour un pays, dispose d'une légitimité démocratique dans un régime démocratique. Les juges, qui tranchent des litiges individuels en appliquant des règles générales, ne sont pas élus mais nommés et n'ont donc pas de légitimité démocratique. En conclusion, « gouverner et juger constituent des fonctions qui s'excluent mutuellement dans un régime démocratique »⁴⁰. La conclusion est juste eu égard, et eu égard seulement, aux arguments qui précèdent. Il y a une hypothèse qu'Otto Pfersmann n'envisage pas, laquelle, si elle était insérée dans cette démonstration, permettrait d'aboutir à une conclusion différente. Si la proposition « les juges ne sont pas élus mais nommés » est remplacée par « les juges sont élus », les termes gouverner et juger ne peuvent plus s'exclure dans un régime démocratique.

Même si, de manière générale, je suis favorable à l'élection de tous les juges (exceptés peut-être ceux du parquet, mais dont je verrais bien le mode de recrutement totalement réformé), je m'arrêterai dans le cadre de ce colloque à la question de l'élection des juges constitutionnels. Aux États-Unis, le recrutement des juges locaux s'opère soit par l'élection, soit par la nomination, soit encore par un système mixte appelé « Missouri Plan ». Les juges sont élus dans les trois quarts des États. Quel que soit le mode d'élection, un rattachement à un parti politique s'impose, qu'il soit officiel ou officieux. L'observateur français porte sur les procédés de désignation des juges aux États-Unis un regard étonné, voire amusé. Les campagnes électorales très médiatisées des candidats briguant un mandat de juge sont bien éloignées de notre modèle de légitimité méritocratique. Les candidats font campagne, s'interpellent au cours de conférences de presse régulières, utilisent le support des médias. La politique a envahi le système judiciaire par le jeu des élections au scrutin universel des juges des États, système traversé par une crise de confiance. Mais tout en ayant conscience de dérives partisans notamment, les Américains préfèrent par tradition le système électif à la désignation au mérite. Cette modalité d'accession à la

40. O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », réponse à M. Troper, in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, p. 39-40.

fonction de juger au sein d'un État est profondément ancrée dans la culture américaine, tout comme elle semble parfaitement étrangère à la tradition française : « à de très rares exceptions françaises, tout se passe chez nous comme si, après deux siècles de défiance et de relégation du judiciaire au rang de simple "ordre" ou "autorité", le seul fait d'imaginer une révision notable des principes et du mode de recrutement actuel pouvait réanimer les ambitions les plus intempestives, voire même le spectre d'un anarchique "gouvernement des juges" »⁴¹.

Que les juges soient directement élus ou nommés en suivant une logique représentative, ils rappellent combien les États-Unis sont une démocratie libérale. C'est une *démocratie* car ils sont gouvernés par des représentants choisis par le peuple, dans toutes les instances du pouvoir, nationales, étatiques, locales. C'est une *démocratie libérale* par l'engagement fondateur à respecter les libertés de chaque être humain, voire même son « bien-être » selon le mot de la Déclaration d'indépendance. Les valeurs démocratiques sont injectées partout dans le système judiciaire : dans les procédures, dans les modalités de désignation des juges et du jury populaire, miroir de la société et mur de soutènement de l'édifice judiciaire. La question de la représentativité des juges est ainsi omniprésente, que ceux-ci soient nommés (juges fédéraux) ou élus (juges des États). Quand le peuple n'élit pas ses juges, l'exécutif les nomme en tenant compte des différents « groupes », les nominations à la Cour suprême des États-Unis étant une illustration particulièrement éclairante de cette tendance.

Certains historiens français ont tenté de démontrer que l'élection des juges souffrait à tort d'une mauvaise réputation. Pendant une longue période, dans leurs harangues et traités, les juges ont rappelé que leur mission première n'était que l'exécution scrupuleuse des lois. L'ordonnance de Blois ou l'ordonnance de Moulins vont dans le même sens, interdisant aux juges d'interpréter les ordonnances. La Révolution ne va pas accorder plus de lustre aux magistrats : comme l'écrit Jacques Krynen, « la reconnaissance constitutionnelle d'un pouvoir judiciaire est tout le contraire d'une promotion. Elle vise à spécialiser cet organe de l'État, à le contenir dans une activité exclusivement contentieuse, limitée au strict évitage des procès civils et pénaux. L'objectif poursuivi est la dévitalisation politique de la justice »⁴². L'élection des juges, comme le rappelle l'historien de

41. J. Krynen, « Avant-propos », in *id.* (dir.), *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, collection Droit et Justice, 1999, p. 7.

42. J. Krynen, *L'État de justice, France, XIII-XX^e siècles, tome II : l'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Bibliothèque des Histoires, 2012, p. 33.

la justice Jean-Pierre Royer, ne figurait pas ou peu dans les cahiers de doléances ; elle a surtout été présentée par Thouret comme le seul moyen possible de purifier le passé. C'est à 503 voix contre 450 que fut adopté le 5 mai 1790 le principe de l'élection des juges. Le débat reviendra sur la scène de la Troisième République grâce aux radicaux en 1882, pour en sortir de manière spectaculaire quelques mois plus tard⁴³.

À première vue, on pourrait penser que le contexte de 1791 était radicalement différent de celui d'aujourd'hui. Il l'est, assurément. J'ai insisté sur l'immense pouvoir du juge et prône l'élection de ce dernier pour accompagner cette puissance de la légitimité indispensable au sein d'un régime représentatif. Or je viens, à travers les mots de Jacques Krynen, de rappeler que la séparation des pouvoirs à la Révolution avait surtout pour objectif de faire régner la loi. Mais ceci ne signifie pas pour autant que les juges n'avaient pas de pouvoir. Bien au contraire. On peut même expliquer l'aversion de Lambert pour le *judicial review* par la crainte d'un retour de la puissance des parlements de l'Ancien Régime, que Laboulaye qualifiait d'organes mi-judiciaires, mi-législatifs. Les cours pouvaient refuser d'enregistrer les lois du royaume qui n'étaient pas vérifiées. Alors, elles devaient bien sûr s'incliner quand le roi imposait l'enregistrement par la procédure du lit de justice, François Saint-Bonnet comparant cette procédure à la théorie contemporaine de l'aiguilleur⁴⁴. Mais il n'en demeure pas moins qu'il y a bien eu conflit de puissances, le procès-verbal du lit de justice de Louis XV du 3 mars 1766 étant une illustration poignante d'un exécutif qui, se sentant dépassé par le judiciaire, le rappelle sévèrement à l'ordre : « ce spectacle scandaleux d'une constitution rivale de ma puissance souveraine me réduirait à la triste nécessité d'employer tout le pouvoir que j'ai reçu de Dieu, pour préserver mes peuples des suites funestes de telles entreprises ».

L'élection des juges serait non seulement l'un des lieux de la démocratie, mais peut-être son lieu principal, pour la raison que Mauro Capelletti avait déjà mise en lumière : « on peut dire que le processus juridictionnel est, de tous les processus que comporte l'activité publique, celui qui fait la plus large place à la participation des intéressés »⁴⁵.

43. Voir J. Poumarède, « L'élection des juges en débat sous la III^e République », in J. Krynen (dir.), *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, op. cit., p. 113-136.

44. F. Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France, la justice politique au prisme des conceptions françaises », *RDP* 2007, p. 753.

45. M. Capelletti, *Le pouvoir des juges*, PUAM/Economica, collection Droit public positif, 1990, Aix-en-Provence/Paris, p. 90-91.

Conclusion : Comment dépasser le concept ?

D'une circulation des pouvoirs en lieu et place d'une séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs n'a aujourd'hui de sens que si elle se définit organiquement. Que le pouvoir puisse se morceler entre plusieurs mains demeure une nécessité. Mais l'acception matérielle doit être nuancée. Le législateur ne fait pas que voter des lois. Il est faux d'affirmer que l'exécutif n'intervient jamais dans le processus législatif, y compris (et surtout) aux États-Unis, pourtant classiquement présentés comme marqués par une séparation rigide des pouvoirs. Le pouvoir judiciaire, en déclarant une loi conforme à la Constitution seulement si elle est interprétée dans tel ou tel sens, seulement si ladite interprétation ne « démarre » qu'à partir du moment T, fait œuvre législative. Législateur négatif au sens où Kelsen l'entendait mais aussi législateur positif quand, par exemple, le juge constitutionnel allemand édicte une législation provisoire en attendant que le Parlement ne vote une nouvelle loi sur les délais légaux d'avortement⁴⁶. L'essentiel dans une démocratie est que le pouvoir puisse s'exercer en plusieurs lieux. Qu'il soit déconcentré. Mais que le pouvoir puisse circuler et non demeurer enfermé à l'intérieur de parois étanches est tout à la fois une évidence et un programme démocratique. Aussi l'expression « un pouvoir empiète sur un autre » n'aura-t-elle plus de sens : du moment que tous les pouvoirs sont des émanations directes du peuple, que tous sont sur un pied d'égalité puisque déposés par le peuple via le même procédé électoral, il ne peut y avoir de lutte pour l'obtention du plus haut degré de légitimité. Une fois le mandat donné, la souveraineté déposée, la circulation des pouvoirs n'est plus du ressort du citoyen. Elle est celle du politique.

46. Saisie du contrôle de constitutionnalité du nouveau paragraphe 218 a) du Code pénal, modifié par la loi du 18 juin 1974, la Cour de Karlsruhe, dans un arrêt du 25 février 1975, va conclure que l'avortement procuré pendant les douze semaines suivant la nidation est contraire à la Loi fondamentale. La Cour ne se limite pas à une déclaration d'inconstitutionnalité et édicte purement et simplement une réglementation provisoire sur un ton impératif : « jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation par voie législative, il est ordonné... ». Ainsi, la Cour « ordonne » que les paragraphes 218 et 219 du Code pénal de 1974 soient également applicables aux interruptions volontaires de la grossesse pendant les douze semaines après la conception, l'avortement n'étant pas punissable si, pendant cette période, la grossesse résulte d'un viol. Si, au cours de la même période, la femme enceinte est dans une situation de détresse, les tribunaux ordinaires peuvent ne pas appliquer les sanctions prévues. Cette possibilité d'édicter une réglementation provisoire lui est conférée par le paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.