



HAL
open science

Énième retour sur la critique du “ gouvernement des juges ”. Pour en finir avec le mythe

Wanda Mastor

► **To cite this version:**

Wanda Mastor. Énième retour sur la critique du “ gouvernement des juges ”. Pour en finir avec le mythe. 2021, pp.37-50. hal-03667410

HAL Id: hal-03667410

<https://hal.science/hal-03667410>

Submitted on 24 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LA JUSTICE
REGARDS CRITIQUES

N° 178

TOUS DROITS DE REPRODUCTION ET DE REPRESENTATION STRICTEMENT RESERVES A L'EDITEUR

TOUS DROITS DE REPRODUCTION ET DE REPRESENTATION STRICTEMENT RESERVES A L'EDITEUR

PRIX GUY-CARCASSONNE
« *LE MONDE – POUVOIRS – CLUB DES JURISTES* »
DU MEILLEUR ARTICLE CONSTITUTIONNEL

Guy Carcassonne, constitutionnaliste reconnu, eut une vraie passion, celle de l'Université, et un engagement, celui de partager son enseignement avec ses étudiants.

En sa mémoire, le prix Guy-Carcassonne récompense chaque année l'auteur de moins de 40 ans d'un article inédit de cinq mille signes portant sur une question constitutionnelle, *lato sensu*, liée à l'actualité française ou étrangère. Cet article doit aider à faire comprendre au plus grand nombre les enjeux juridiques, politiques et sociaux posés par cette question constitutionnelle.

Le prix Guy-Carcassonne sera décerné pour la huitième fois en juin 2022. Les candidats devront adresser leur article entre le 1^{er} novembre et le 31 décembre à l'adresse e-mail dédiée au prix :

prixguycarcassonne@leclubdesjuristes.com

Le jury du prix sera constitué de membres de la revue *Pouvoirs*, du Club des juristes et de la rédaction du journal *Le Monde*, ainsi que de deux professeurs de droit public ou science politique étrangers.

Le lauréat, outre un prix de 1 500 euros, verra son article publié dans le journal *Le Monde* et sur les sites internet de la revue *Pouvoirs* et du Club des juristes.

Pour concourir et obtenir le règlement du prix, consulter :

LeClubdesJuristes.com

Revue-Pouvoirs.fr

S O M M A I R E

ARNAUD LE PILLOUER « Ceci n'est pas un pouvoir » Le débat autour de la place de l'autorité judiciaire en France	7
GUY CANIVET Indépendance, vous avez dit indépendance ? Questions sur une valeur essentielle de la justice	21
WANDA MASTOR Énième retour sur la critique du « gouvernement des juges » Pour en finir avec le mythe	37
BERTRAND MATHIEU Une justice politisée ?	51
ARNAUD PHILIPPE La déformation des juges	63
MATHIEU SOULA Irresponsables magistrats ?	75
DENIS SALAS Justice et médias, duo ou duel ?	87
FRÉDÉRIC ROUVIÈRE La justice prédictive: peut-on réduire le droit en algorithmes ?	97
AURÉLIA SCHAFF La justice fragmentée	109

S O M M A I R E

MATTHIEU GAYE-PALETES Entre justice privée et justice étatique : Facebook et le <i>legalwashing</i> de sa « cour suprême »	119
NICOLE BELLOUBET Ministre de la Justice, un oxymore ?	131
CHRONIQUES	
« LETTRE D'ISRAËL » PHILIPPE VELILLA Les élections israéliennes du 23 mars 2021 : Bibi, c'est fini	149
REPÈRES ÉTRANGERS	
(1 ^{er} janvier – 31 mars 2021) PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE LAGEOT	155
CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE	
(1 ^{er} janvier – 31 mars 2021) JEAN GICQUEL ET JEAN-ÉRIC GICQUEL	165
Summaries	195

LA JUSTICE EST ÉTUDIÉE PAR

NICOLE BELLOUBET, professeure des universités en droit public, ancienne membre du Conseil constitutionnel, garde des Sceaux, ministre de la Justice, de 2017 à 2020.

GUY CANIVET, magistrat de l'ordre judiciaire, ancien membre du Conseil constitutionnel, premier président de la Cour de cassation de 1999 à 2007.

MATTHIEU GAYE-PALETES, ATER à l'IEP de Toulouse, doctorant au sein du Centre d'excellence Jean-Monnet (IRDEIC) à l'université Toulouse 1 Capitole, où il réalise une thèse en théorie et épistémologie juridique (matthieu.gaye-palettes@ut-capitole.fr).

ARNAUD LE PILLOUER, professeur de droit public à l'université Paris-Nanterre, directeur de l'équipe ThéorHis du Centre de théorie et analyse du droit (UMR 7074). Il a signé *Les Pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant* (Dalloz, 2005).

6

WANDA MASTOR, professeure agrégée de droit public à l'université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IRDEIC, au sein duquel elle dirige le Centre de droit comparé. Spécialiste de droit constitutionnel, elle a récemment publié *L'Art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger* (Dalloz, 2020).

BERTRAND MATHIEU, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, conseiller d'État en service extraordinaire, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature. Il est notamment l'auteur de *Justice et politique : la déchirure ?* (Lextenso, 2015).

ARNAUD PHILIPPE, normalien, docteur en économie, enseignant-chercheur à l'université de Bristol (Royaume-Uni). Ses travaux portent principalement sur la justice pénale, les médias et les discriminations (arnaud.philippe@bristol.ac.uk).

FRÉDÉRIC ROUVIÈRE, professeur agrégé à l'université d'Aix-Marseille, où il dirige le Laboratoire de théorie du droit. Ses recherches portent sur les concepts du droit civil et leur interaction avec les théories de l'argumentation et du raisonnement juridique (frederic.rouvriere@univ-amu.fr).

DENIS SALAS, président de l'Association française pour l'histoire de la justice, directeur de la revue *Les Cahiers de la justice*.

AURÉLIA SCHAFF, normalienne, magistrate de l'ordre judiciaire (aurelia.schaff@gmail.com).

MATHIEU SOULA, professeur d'histoire du droit à l'université Paris-Nanterre (CHAD). Ses thèmes de recherches portent sur l'histoire contemporaine de la justice et de la pénalité.

WANDA MASTOR

ÉNIÈME RETOUR SUR LA CRITIQUE DU « GOUVERNEMENT DES JUGES » POUR EN FINIR AVEC LE MYTHE¹

37

Outre celle déjà contenue dans l'expression, une contradiction apparaît. Que vient faire une « énième » étude sur le gouvernement des juges dans un numéro censé porter un « regard critique » sur la justice ? Un regard critique n'est pas nécessairement renouvelé, comme un regard nouveau peut porter sur un objet « classique », aurolé de la déconcertante autorité attachée à l'adjectif. S'il y a bien une expression dont le relief critique, au-delà de l'esthétique de la formule, lui a offert une étonnante postérité, c'est celle du gouvernement des juges. Pourtant, à force d'emplois parfois pertinents, souvent inopportuns, son relief semble s'être poli. D'une expression doctrinale née de l'observation d'un système parfaitement étranger au nôtre, le « gouvernement des juges » s'est mué en slogan chéri des sceptiques et autres « anti-tout », dont l'auteur de ces quelques lignes qui regrette d'avoir un jour écrit un « plaidoyer pour le gouvernement des juges ». De longues années sont souvent nécessaires pour mieux saisir ses objets d'étude. La science ne doit pas être sacrifiée sur l'autel des accents polémiques et le regard comparatiste, tout indispensable qu'il est, doit demeurer humble : tout n'est pas comparable et encore moins transposable.

Pour le dire autrement, la critique du gouvernement des juges est difficile à appréhender pour qui travaille essentiellement sur la Cour suprême des États-Unis. Sans céder à la tentation de vénération de

1. Je remercie Elisabeth Zoller et Denys de Béchillon pour leur lecture bienveillante et leurs remarques constructives.

son objet, il est souvent difficile d'extraire sa réflexion de ce qui anime quotidiennement un chercheur. Il est d'une évidence naïve que réfléchir sur le gouvernement des juges, en France et aux États-Unis, se fonde sur des postulats théoriques, des cadres institutionnels, des contextes culturels, radicalement différents. Abolition de la peine de mort, dépénalisation de l'avortement, dépénalisation de l'homosexualité, mariage entre personnes du même sexe, sont autant de libertés offertes, en France, par le législateur. C'est la République qui a permis aux individus d'embrasser ces « grandes » libertés. Aux États-Unis, c'est, non « la justice », mais les neuf juges de la Cour suprême fédérale qui les ont offertes, exception faite de la première dont les contours sont largement définis par eux. Notre loi du 15 janvier 1975 est « leur » décision *Roe v. Wade* de 1973 ; celle du 17 mai 2013, « leur » *Obergefell v. Hodges* de 2015. Les exemples pour la France ne peuvent néanmoins pas être énumérés à l'infini, encore moins ces dernières années. Surtout, ce parallélisme, ici utile pour la démonstration, ne saurait nous muer en légicentriste : nous continuons de défendre avec ardeur les vertus de la justice constitutionnelle, sentinelle préventive et parfois salvatrice. La crise sanitaire que nous traversons depuis mars 2020 prouve que le Parlement – notamment – peut être aussi l'artisan de la privation de nos libertés, d'où le cri de François Sureau pour nous exhorter à ne jamais la céder².

Sans doute devons-nous être rassurés de cette adéquation, nous qui abandonnons notre parcelle de souveraineté à nos représentants. Pouvoir premier et ultime dans une démocratie qu'à aucun moment nous n'offrons au juge, lequel décide « au nom du peuple français ». Mais l'action concrète de ce moment à la fois terrible – le mandat n'étant pas impératif – et merveilleux – *nous sommes* les souverains – où nous transférons par le vote la souveraineté de nos mains à celles de nos représentants n'existe pas dans le processus de désignation des juges. Il est donc tout à la fois logique et cohérent que ce soient nos élus, et non les juges, qui nous gouvernent. Aux États-Unis, où deux pouvoirs judiciaires coexistent en raison de leur forme fédérale, le raisonnement diffère selon le système observé. Au sein des trois quarts des États fédérés où les juges sont élus, l'idée démocratique gravée en tête de la Constitution, *We, the People*, est poussée aux extrêmes de son essence. Le peuple est souverain notamment parce qu'il désigne, mais aussi destitue ses élus, y compris ses juges qui ne respecteraient pas le contrat initial. La souveraineté n'est

2. François Sureau, *Sans la liberté*, Paris, Gallimard, 2019.

pas abandonnée ; elle n'est que transférée pour des exigences de gouvernement pratique mais le caractère impératif des mandats vient sans cesse rappeler la puissance des trois mots ouvrant la Constitution. L'analyse est évidemment différente au niveau de la justice fédérale. Même si la nomination des juges suit parfois une logique de miroir sociologique du peuple incarné, la justice n'est plus l'émanation directe du peuple et décide d'ailleurs en son nom propre. Pour le dire autrement, les juges expriment leurs propres opinions, votent en leur nom personnel. C'est la première raison pour laquelle la critique du gouvernement des juges, outre-Atlantique, s'adresse aux membres de la Cour suprême des États-Unis. Les autres sont d'ordre conjoncturel et ont jailli pendant des périodes dites d'« activisme » de la Cour, notamment celle du *New Deal*. On ne compte pas le nombre d'opinions dissidentes qui ont dénoncé une majorité outrepassant sa mission, à l'image du juge Harlan sous l'arrêt *Standard Oil*, dès le début du xx^e siècle : « Les juges n'ont pas à s'enquérir de la sagesse et de la valeur politique d'un acte du Congrès. Leur devoir est de reconnaître la volonté du législateur et, quand le statut contenant l'expression de cette volonté est constitutionnel, les cours doivent la respecter³. »

39

La critique du gouvernement des juges ne peut s'apprécier qu'en ayant à l'esprit ce contexte américain, puisque c'est précisément celui qui l'a initiée et nourrie. Osons malgré tout nous attarder une énième fois sur ce que certains qualifient de « question à dissoudre »⁴ dissimulant par ailleurs une « monstruosité conceptuelle »⁵. Si, en France, c'est bien le célèbre ouvrage d'Édouard Lambert⁶ qui va lui donner des allures de spectres, la paternité de l'expression tout comme sa réalité sont américaines. Pour mieux saisir la peur, quasi irrationnelle, qui agite encore certains commentateurs français, il ne faut pas se contenter de retenir la critique de Lambert dans ses grandes lignes. Il faut relire attentivement la première section consacrée aux *vertus et dangers du contrôle judiciaire des lois* du chapitre XI sur *les leçons de l'expérience américaine* de son

3. *Standard Oil v. United States*, 221 US 1 (1911). (Les citations de textes en langue étrangère sont traduites par l'auteur.)

4. Denys de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, n° 12, 2002, p. 973.

5. Otto Pfersmann, en réponse à Michel Troper, dans « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 43.

6. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (1921), préface de Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005.

ouvrage. Et se souvenir que *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* est, avant tout, l'expression d'une profonde aversion pour le « *judicial review* ».

Une fois ces prémisses théoriques rappelées, il deviendra plus facile de démontrer l'inconsistance de l'appropriation de l'expression par les juristes français. En revenant là où tout a commencé, aux États-Unis du début du ⁴⁰ *xx*^e siècle. Et en tentant de faire « un bon usage du spectre », pour reprendre le mot de Michel Troper⁷. La dénonciation du gouvernement des juges, une fois transposée en France, a totalement dilué la critique première qui désignait une réalité américaine. Elle a été détournée, instrumentalisée par une certaine théorie qui refusait, et refuse encore, la part créative du juge. De même qu'elle alimente aujourd'hui les discours populistes qui tentent par tous les moyens de discréditer la justice. Critiquer le gouvernement du juge en France est l'aveu d'une faiblesse. Celle de ceux qui, ne pouvant prouver que le discours du juge est l'expression d'une vérité, s'attaquent aux résultats qu'ils qualifient de « politiques ». Ce faisant, ils alimentent la peur qu'ils entendaient combattre : dire que les juges « gouvernent », c'est quitter le terrain des arguments juridiques pour rejoindre le ring idéologique.

À L'ORIGINE DE LA CRITIQUE : L'AVERSION POUR LE *JUDICIAL REVIEW* AMÉRICAIN

Édouard Lambert publie son ouvrage aux allures de pamphlet en 1921, soit quelques décennies après les observations du pouvoir judiciaire américain formulées par Tocqueville et Laboulaye. Dans un certain sens, les deux sont fascinés par la puissance politique dudit pouvoir. Le premier observe que le juge américain, tout en ressemblant « parfaitement aux magistrats des autres nations », est cependant « revêtu d'un immense pouvoir politique »⁸; le second reconnaît que la « véritable découverte » des États-Unis est d'avoir « senti que la justice était aussi un pouvoir politique »⁹. Au-delà d'une certaine admiration pour cette

7. « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le Nouveau Constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 49-65.

8. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835-1840), Paris, Pagnerre, 1848, p. 160.

9. Édouard Laboulaye, *Histoire politique des États-Unis, depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la Constitution fédérale*, Paris, Durand, 1855-1866, t. 3, p. 472.

dernière, c'est le contrôle de constitutionnalité des lois que Laboulaye défend, avec emphase et une incroyable modernité, bien avant ceux qui seront considérés comme les théoriciens de la justice constitutionnelle en Europe : « La grande réforme faite en Amérique est donc de placer entre la Constitution et la législation un pouvoir qui dit au législateur : "La Constitution faite par le peuple est ta loi comme la mienne. C'est la *lex legum*. Nous ne devons la violer ni l'un ni l'autre."¹⁰ » Or, pour Lambert, la critique du gouvernement des juges est l'agitation d'un spectre qui dissimule son aversion pour, non le contrôle de constitutionnalité en général, mais le *judicial review* en particulier.

C'est dans le contexte du débat sur le contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République que son ouvrage s'inscrit. Il y critique le *judicial review* et les auteurs français séduits par lui (Beauregard, Benoist, Jèze, Hauriou, Jalabert, Saleilles et Thaller) tandis que Larnaude, Duguit et Esmein sont salués pour ne pas céder à la contagion¹¹. Les expressions utilisées sont fortes et de nombreux épouvantails sont agités, dont « l'impuissance du principe de séparation des pouvoirs à tenir longtemps ses promesses¹² ». Le comparatiste lyonnais dénonce la « situation humiliée » du droit écrit, l'ampleur du *judicial review* et 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'étude¹³ ». Preuve de sa volonté première de détruire le « modèle » américain, Lambert va jusqu'à présenter la technique du *recall* (révocation) comme une possibilité de « remède aux exagérations du contrôle judiciaire des lois¹⁴ », alors qu'elle est avant tout l'expression et la conséquence du caractère impératif des mandats.

La critique est particulièrement virulente au chapitre XI, où 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 »¹⁵. Les arguments de Lambert à

10. *Ibid.*, p. 477.

11. Édouard Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, op. cit., p. 14.

12. *Ibid.*, p. 15.

13. *Ibid.*, p. 23.

14. *Ibid.*, p. 96.

15. *Ibid.*, p. 221.

propos du conservatisme du pouvoir judiciaire sont d'ordre contextuel. Il date la naissance du gouvernement des juges à une décision de la Cour suprême, dite *Civil Rights Cases* de 1883, et présente en quelque sorte l'histoire jurisprudentielle de manière binaire – et manichéenne : au pouvoir judiciaire acceptable jusqu'en 1883 a succédé un pouvoir inacceptable. Et Lambert d'interpeller le lecteur sur sa capacité à juger ce système de gouvernement, d'après les « pièces du dossier » et les « témoignages irrécusables » qu'il lui a présentés¹⁶.

42 Il est vrai que la période d'écriture est peu propice à rassurer les craintifs de l'arbitraire judiciaire. La décision analysée par Lambert est l'une des meilleures illustrations de l'hypertrophie du pouvoir judiciaire et surtout de sa faculté à briser les œuvres des autres pouvoirs. À juste titre, le comparatiste relève l'élasticité avec laquelle la Cour suprême va progressivement interpréter la clause du *due process* (« Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ni ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens *sans procédure légale régulière* ; ni ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction ») dans un sens très peu favorable au pouvoir du Congrès.

La dénonciation du système est vigoureuse, et s'adresse surtout aux juristes français séduits par lui. C'est vers eux que le propos de Lambert est dirigé, les alertant sur les multiples dangers que ferait naître une tentative de transposition : celle-ci pourrait fournir « le robuste corset de fer qu'ils estiment indispensable pour renforcer les cadres chancelants et crevassés de notre organisation sociale et y refouler les forces indisciplinées, déchaînées par les contrecoups de la guerre, qui tendent à les déborder et les faire éclater¹⁷ ». Se faisant l'avocat de la cause à laquelle il ne croit guère, Lambert offre des qualificatifs généreux aux juges, « gardiens plus vigilants et plus tenaces », et à cette profession « qui, en tous temps et en tous lieux, a toujours été la mentalité sociale la moins perméable aux ferments révolutionnaires ou même réformistes »¹⁸.

Comme déjà souligné, Lambert ne dit pas combattre le principe du contrôle de constitutionnalité diffus, qui a l'avantage de se présenter « sous des dehors modestes et mesurés qui écartent la défiance de ceux-là même dont il est destiné à mater l'agitation¹⁹ ». Cependant, la critique se fonde,

16. *Id.*

17. *Ibid.*, p. 222.

18. *Id.*

19. *Ibid.*, p. 225.

assez subtilement, non dans des réflexions sur la capacité des juges mais dans celles sur la valeur des textes. Établissant une comparaison entre le *due process* américain et la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, Lambert alerte ses débatteurs contemporains sur les risques encourus par un éventuel voyage du système. Pour censurer les lois sociales, le juge français n'aura même pas besoin de fournir autant d'efforts interprétatifs que son homologue américain à partir de la clause du quatorzième amendement. Les droits et libertés contenus dans la Déclaration de 1789 lui permettront de parvenir rapidement, et avec plus de facilité, au même résultat. L'ironie et l'entreprise d'objectivisation cèdent alors la place à une sèche conclusion : « Le même jeu subreptice et patient des décisions constitutionnelles, qui a permis à la jurisprudence américaine entre 1883 et 1900 d'enserrer la législation dans un réseau chaque jour plus dense de limitations constitutionnelles, permettrait sans doute à la nôtre d'arriver dans le même délai à ligoter aussi solidement le législateur français²⁰. » Et Lambert de poursuivre sur l'évolution inexorable d'un « véritable pouvoir de destruction et de reconstruction »²¹ qui entraînerait *de facto* une transformation de la Constitution.

43

Pamphlet au titre évocateur, *Le Gouvernement des juges* est une œuvre de combat, dont le style évolue, passant du calme pédagogique à la mise en garde vigoureuse face à cet instrument « d'une incomparable puissance sans doute, mais inquiétant à raison même de son excès de force ou de son automatisme, et d'un fonctionnement dangereux²² ». Il aura même fini par faire vaciller les défenseurs français, tel Maurice Hauriou, du contrôle de constitutionnalité des lois. Ses conclusions sur l'hypertrophie judiciaire ne sont pas datées : cette question demeure l'une de celles qui font l'objet des plus vifs débats aux États-Unis, dont l'histoire judiciaire peut aussi s'expliquer à travers le mouvement de balancier entre l'activisme et la *self-restraint* (retenue).

Pour mieux comprendre l'impossible transposition de la critique en France, qui n'a rien d'un spectre mais tout du mythe, il faut aller plus loin dans l'argumentation. Lambert analyse le système américain assez finement dans le but d'effrayer son lecteur. Mais la mise en garde, à cette époque, ne fut pas que française. Elle était aussi américaine, et il serait une erreur de croire que l'accueil de l'arrêt *Marbury v. Madison*²³ fut

20. *Ibid.*, p. 227.

21. *Ibid.*, p. 229.

22. *Ibid.*, p. 235.

23. 5 US (1 Cranch) 137 (1803). Cf. Elisabeth Zoller, *Les Grands Arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-28 ; *id.* et Wanda Mastor, *Droit constitutionnel*, 3^e éd.,

majoritairement positif. Les juges, en France, ne gouvernent pas. Tout au plus peut-on partager l'opinion selon laquelle leur pouvoir d'interprétation est immense, et que tout le droit réside dans son interprétation. Mais cette assertion, que l'on qualifiera de manière caricaturale de « réaliste », ne revient pas à affirmer l'existence d'un gouvernement des juges. L'expression est scientifiquement fautive, techniquement et culturellement inadaptée au modèle de justice français, et appartient, outre-Atlantique aussi, à un monde sémantique très négatif.

LE DÉVOIEMENT DE LA CRITIQUE :
L'IMPOSSIBLE TRANSPOSITION EN FRANCE

44 Retournons aux États-Unis, peu de temps avant la publication de l'ouvrage de Lambert. La paternité de l'expression revient à Louis Boudin, qui publie en 1911 un article sous le titre « Government by Judiciary », qui désignera la même année un ouvrage²⁴. Dans la recension qu'il en fait, Homer Hockett évoque « un vigoureux effort [...] pour conclure que les Américains vivent aujourd'hui sous un gouvernement non de lois, mais de quelques hommes conservateurs, dont la fonction principale est d'exalter les droits de propriété au détriment de la liberté²⁵ ». Le livre développe des arguments classiques à l'égard de ce troisième pouvoir, qui, du stade de la quasi-nullité pour les *Founding Fathers* citant Montesquieu dans les *Federalist Papers*, est passé à celui de pouvoir dominant.

Un autre texte, toujours antérieur à la publication en France de l'ouvrage de Lambert, doit retenir ici l'attention. Il s'agit d'un discours prononcé à New York le 27 janvier 1914 par Walter Clark, *Chief Justice* de la Cour suprême de Caroline du Nord. Intitulé « Government by Judges », le support du discours a été enregistré comme document du Sénat²⁶. Après une ouverture aux accents très lyriques sur la puissance de la souveraineté du peuple, la beauté de la Déclaration d'indépendance (« la plus sublime que le monde ait jamais entendue »), le sacrifice du pays pour

Paris, PUF, 2021, p. 113-133; Idriss Fassassi, *La Légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, spécialement p. 54-130.

24. « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, vol. 26, n° 2, 1911, p. 238-270; *Government by Judiciary*, Boston (Mass.), Ginn & Company, 1911, réédité, quelques années plus tard, en deux volumes.

25. *Journal of American History*, vol. 19, n° 4, 1933, p. 630.

26. Walter Clark, *Government by Judges: Address Delivered at Cooper Union, New York City, on January 27, 1914 (Senate, March 24, 1914, 63D Congress, 2d Session, Document No. 610)*, Washington (D. C.), Government Printing Office, 1914.

se doter d'une Constitution basée sur les principes démocratiques, le juge en vient à l'analyse des trois pouvoirs.

Rappelant qu'initialement ce pouvoir était censé être mineur, le juge Clark rappelle que c'est par un *obiter dictum* de l'arrêt *Marbury v. Madison* que la Cour suprême s'est offert « une prépondérance écrasante », « sans qu'aucune ligne de la Constitution l'y autorise ». Et le juge, lui-même à la tête d'une juridiction fédérale, de regretter que cette domination se soit étendue à toutes les cours, de l'Union et des États fédérés, pour en conclure sévèrement qu'« un pouvoir si grand et si intouchable, et donc si irresponsable, est devenu le pilier de l'élément anti-progressiste ». Le *Chief Justice*, comme le fera peu de temps après le chercheur français Édouard Lambert, en veut pour preuve l'interprétation extensive de la clause du *due process* et l'imposition, par la majorité des juges de la Cour suprême, de leurs vues économiques.

45

La suite du discours est un vrai brûlot. Le juge Clark rappelle « qu'il n'y a pas une ligne, dans la Constitution, qui autorise un tel pouvoir illimité » ; qui permette à la Cour de juger le cas *Marbury* ; qui offre à « cinq juristes siégeant à Washington » le pouvoir d'annuler des lois du Congrès, approuvées par le Président ; qui légitime le fait de renverser les précédents établis par leurs prédécesseurs et de mépriser l'avis des quatre autres juges. Des propositions de réforme sont ensuite formulées, pour tenter de remédier à ce « mal » qu'est le « gouvernement des juges » : le remplacement de la nomination à vie des juges de la Cour suprême par des élections populaires pour un an ; la possibilité de les révoquer *via* la technique du *recall* ; la création d'un veto au profit du Congrès à l'encontre d'une décision déclarant une loi inconstitutionnelle ; le retrait de la compétence des tribunaux d'écarter une loi contraire à la Constitution. Le juge Clark clôture son discours par une image biblique : « À mes frères juges [...], je citerai l'exemple des dix vierges dont la Sagesse suprême a dit : “Et cinq d'entre elles étaient sages et cinq d'entre elles ne l'étaient pas.” »

Tous ceux qui réfléchissent sur la critique du gouvernement des juges devraient lire attentivement ce discours. Celui d'un juge, président la Cour suprême d'un État fédéré, acteur d'un système dont il regrette la dérive. Combiné à l'ouvrage de Lambert, qui pose sur ce système un regard étranger, il relève d'une part toute l'ambiguïté de *Marbury*, autant « grand » arrêt que décision obscure ; et permet d'autre part de mettre en relief l'impossible transposition au système français. Aucun élément, dans le débat américain sur le gouvernement des juges, ne peut être « greffé » en France. Que l'on se place sur le terrain du mode de désignation des

juges, des procédures, sans oublier, et peut-être avant tout, le prisme par lequel toute l'histoire des États-Unis peut se raconter : le fédéralisme. Édouard Lambert craignait que cette fièvre *Marbury*, violemment dénoncée par le juge Clark, ne pénètre les cercles académiques français débattant à l'époque du contrôle de constitutionnalité des lois. Même si nous pensons le parallélisme exagéré, il faut respecter cette démarche du comparatiste qui observe l'étranger pour mieux comprendre son propre système ou le préserver des dérives. En raison des différences profondes entre les deux systèmes, ladite dérive n'atteint pas le continent européen. Et pourtant... La critique du gouvernement des juges a réussi à survivre à quelque chose qui n'advint pas.

46 LA PERMANENCE DE LA CRITIQUE :
L'AVEU DE MULTIPLES FAIBLESSES

Comme bien d'autres débats, celui, récurrent, relatif au gouvernement des juges est impossible à objectiver. Ceux qui se félicitent, aux États-Unis, de la résistance des juges américains face à un pouvoir exécutif omnipotent sont les mêmes qui, à une autre période, agitent le spectre du gouvernement des juges. Finalement, l'aversion ou la sympathie envers le concept découle d'une sorte de bilan coût-avantage : quelle est la situation la plus satisfaisante ? Ou, pour le dire autrement, la moins grave ? Celle, d'un côté, d'une Cour suprême qui affirme l'infériorité de la race noire, le caractère contre-nature de l'homosexualité, qui déclare constitutionnelle la violation des droits les plus fondamentaux en temps de guerre, ou celle, de l'autre côté, de la Cour suprême qui déclare inconstitutionnelle la ségrégation, constitutionnalise le mariage entre personnes du même sexe ou affirme sévèrement que « l'état de guerre n'est pas un chèque en blanc donné au Président » ? Nul besoin de nous étendre sur la toile de fond, non partisane, mais idéologique de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Ne pas saisir cette évidence rend impossible la critique de la critique. Autrement dit, la connaissance du système judiciaire américain (non limitée au contrôle de constitutionnalité) permet, d'une part, de mieux comprendre la critique d'Édouard Lambert ; mais elle permet, d'autre part, d'affirmer l'impossibilité de sa transposition en France.

Analyser la critique sous l'angle comparatiste aide ainsi à « dissoudre » la question, en se fondant sur des arguments différents des traditionnels. Sur le point de savoir si le « gouvernement des juges » est une notion ou un concept, la réponse est évidente pour les États-Unis. Il s'agit

bien d'un concept car le « gouvernement des juges » est une présentation abstraite de la réalité d'un phénomène. Sur ce point, la critique de Lambert était fondée, et a traversé les âges sans perdre de sa pertinence. Mais la traversée de l'océan s'avère plus délicate, pour des raisons techniques et culturelles. Au rang des premières, on rappellera les arguments développés par certains auteurs français : 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 posées²⁷. Dans le même sens, Guy Scoffoni souligne que le juge constitutionnel ne gouverne pas parce qu'il n'a jamais l'initiative, et que, gouverner, c'est précisément l'avoir²⁸. L'argument est d'autant plus fort qu'il évoque le système américain, même si on peut le nuancer à propos de la Cour suprême, qui a le pouvoir de s'autosaisir en sélectionnant certaines affaires par le biais du *writ of certiorari*²⁹. Guillaume Tusseau démontre quant à lui que le gouvernement des juges est contraint « par l'action possible des autres acteurs » : action sur les membres de l'institution, sur l'institution elle-même, mais aussi sur les normes³⁰. De manière générale, l'expression « gouvernement des juges » ne saurait se déployer sérieusement au sein du régime représentatif français, dont les juges ne jouissent pas de la légitimité démocratique : « Gouverner et juger constituent des fonctions qui s'excluent mutuellement dans un régime démocratique³¹. »

47

Au terme de cette étude, qui a tenté de replacer la critique du gouvernement des juges dans son contexte premier, américain et français, pour mieux déconstruire son utilisation contemporaine, comment comprendre sa permanence ? Celle-ci est tout à la fois l'expression et la conséquence de plusieurs faiblesses : rhétorique, théorique et politique. Il peut tout d'abord être avancé que les formules cosmétiques ont souvent la vie longue. Finalement, l'expression de gouvernement des juges, que ce soit sous la plume de Lambert hier ou des populistes aujourd'hui, « remplit en France une fonction rhétorique », comme le

27. « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », art. cité.

28. « Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain », in *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., p. 188.

29. Cf. Élisabeth Zoller, « États-Unis : le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, notamment p. 166-167.

30. « 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.

31. Otto Pfersmann dans « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », chap. cité, p. 39-40.

souligne Michel Troper³². Nous cédon parfois trop facilement à la paresse, certaines expressions devenant « un lieu commun auréolé de la force de l'évidence »³³, alors même qu'il a fallu attendre 2005 pour que l'ouvrage de Lambert, grâce à l'initiative de Franck Moderne, soit accessible.

Ensuite, la critique du gouvernement des juges permet de refermer trop rapidement le débat théorique sur l'activité interprétative du juge, et représente souvent un aveu de faiblesse de la part de ceux qui croient fermement à l'existence de la norme en dehors de son interprétation.

Enfin, et c'est ce constat qui est le plus grave, « de temps à autre, le vieux démon de la méfiance refait encore surface³⁴ », et la critique-bouclier permet de dénoncer une justice « illégitime » qui déposséderait le peuple de sa souveraineté. Force est de constater que les discours populistes des extrêmes, méprisés par les intellectuels, rejoignent pourtant bien certains de ces derniers, comme Denys de Béchillon s'attache à le démontrer³⁵. Populistes et néosouverainistes ont bien en commun cette dénonciation, qui constitue un terreau dangereux jeté sur une terre de crise : « Il y a longtemps qu'on n'avait pas entendu hurler au gouvernement des juges avec autant de fougue³⁶. » Le Conseil constitutionnel est excommunié pour oser s'aventurer sur des terres audacieuses. Soyons honnêtes : cela n'est pas arrivé souvent et les citoyens attachés à la théorie de la représentation qui refusent un pouvoir – encore plus un « gouvernement » – sans mandat n'ont pas lieu d'être effrayés. Surtout, ils devraient parvenir à mesurer, mieux éclairés, combien le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État sont des garde-fous essentiels de notre démocratie.

Ce mouvement, du constat américain du début du xx^e siècle à la résurgence quasi irrationnelle des passions, avait déjà été clairement énoncé en 1995 par Gérard Timsit dans son ouvrage à l'intitulé si évocateur : « La dénonciation du gouvernement des juges ressuscite un spectre ou poursuit un mythe. Car nul ne sait bien ce que recouvre l'expression. Historiquement, elle énonce une situation. Intuitivement, elle esquisse

32. *Le Gouvernement des juges, mode d'emploi*, Québec, Presses de l'université Laval, 2006, p. 15.

33. Recension de l'ouvrage d'Édouard Lambert par Luc Heuschling (*Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n° 4, 2007, p. 958).

34. *Id.*

35. « La V^e République résisterait-elle aux populismes ? », *Commentaire*, n° 170, 2020, p. 277-280.

36. Denys de Béchillon, « Le néosouverainisme, cet aveuglement idéologique », *L'Express*, 10 décembre 2020.

une frontière. Politiquement, elle condamne une violation. [...] Enracinée dans les sentiments, elle ne peut être réfléchie ni scientifiquement pensée. Soumise aux passions, elle est emportée au gré des circonstances, des majorités, des alternances et des courants³⁷. » Presque trente ans après, le constat est identique et il serait temps de ne plus utiliser une formule qui alimente des discours politiques peu compatibles avec l'idée républicaine et ne fait pas honneur aux débats scientifiques.

La formule était jolie et l'ouvrage célèbre. Aux États-Unis, elle fut une réalité à une époque particulière, et le célèbre arrêt *Marbury* n'en finit pas de soulever questions et controverses. Le nouveau président des États-Unis, Joe Biden, a créé le 9 avril 2021 une commission censée réformer la Cour suprême, notamment la nomination à vie de ses juges, déjà critiquée dans le discours de Walter Clark³⁸. Tous ses prédécesseurs ont échoué dans cette tâche, mais la volonté réformatrice est bien le signe de l'aveu d'une nécessité, régulièrement mise à jour selon les conjonctures politiques. Ce n'est pas moins de trois juges que Donald Trump a nommés, à vie, en seulement quatre années. L'immensité du pouvoir judiciaire, comme l'ont observé Tocqueville et Laboulaye il y a plus d'un siècle et demi, est toujours réelle. Les neuf juges de la Cour suprême dominant (pas toujours) mais ne gouvernent pas (jamais). Ils sont des stars (pas toujours) mais pas des éclaireurs élus par le peuple (jamais). Continuons de débattre sur la justice comme pouvoir ou autorité, sur le pouvoir d'interprétation des juges, leur indépendance, les influences des éléments extra-juridiques sur leurs décisions, la question de leur désignation³⁹, mais cessons d'entretenir le feu d'une formule qui a fait la gloire de son auteur français. « Éculé, usé jusqu'à la corde, le mythe du gouvernement des juges est un épouvantail politique qui constitue une contre-vérité sur le plan scientifique, qu'on le rapporte au pouvoir exécutif vis-à-vis duquel il n'a jamais pesé bien lourd, ou qu'on l'applique au pouvoir législatif à l'égard duquel il n'est plus qu'un lointain souvenir⁴⁰. »

49

37. *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995, p. 1.

38. « President Biden to Sign Executive Order Creating the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States », WhiteHouse.gov, 9 avril 2021.

39. Voir, *supra*, Arnaud Le Pillouer, « "Ceci n'est pas un pouvoir". Le débat autour de la place de l'autorité judiciaire en France », p. 7-20; Guy Canivet, « Indépendance, vous avez dit indépendance ? Questions sur une valeur essentielle de la justice », p. 21-35; *infra*, Arnaud Philippe, « La déformation des juges », p. 63-73.

40. Élisabeth Zoller, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, 2011, p. 235.

R É S U M É

Si, en France, c'est bien l'ouvrage d'Édouard Lambert qui va donner des allures de spectre au « gouvernement des juges », la paternité de l'expression tout comme sa réalité sont américaines. L'analyse approfondie de ces prémisses théoriques permet de démontrer l'inconsistance de l'appropriation de l'expression par les juristes français. La dénonciation du gouvernement des juges a été détournée, instrumentalisée par une certaine théorie qui refuse la part créative du juge, de même qu'elle alimente aujourd'hui les discours populistes qui tentent par tous les moyens de discréditer la justice. Critiquer le gouvernement du juge en France est l'aveu d'une faiblesse. Ne parvenant à prouver que le discours du juge est l'expression d'une vérité, certains s'attaquent aux résultats qu'ils qualifient de « politiques ». Ce faisant, ils alimentent la peur qu'ils entendaient combattre : dire que les juges « gouvernent », c'est quitter le terrain des arguments juridiques pour rejoindre le ring idéologique.

50

TOUS DROITS DE REPRODUCTION ET DE REPRESENTATION GRAPHIQUE RÉSERVÉS À L'ÉDITEUR