

**GOVERNEMENT DES JUGES
ET DÉMOCRATIE**

SÉRIE SCIENCE POLITIQUE – 3
UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

Centre de recherche de Droit Constitutionnel
Centre d'Analyse Comparative des Systèmes Politiques

GOVERNEMENT DES JUGES ET DÉMOCRATIE

*Séminaire international organisé par
Séverine Brondel, Norbert Fouquier et Luc Heuschling
(doctorants à l'Université Paris I)*

*sous le parrainage de
Françoise Dreyfus, Jean Gicquel et Didier Maus
professeurs à l'Université Paris I
13 novembre 1998-28 mai 1999*

© Publications de la Sorbonne, 2001
Loi du 11 mars 1957
ISBN 2-85944-434-3
ISSN 1298-2911

Publications de la Sorbonne
1, rue Victor Cousin 75231 Paris cedex 05
01 40 46 28 18
2001

SOMMAIRE

Françoise Dreyfus et Didier Maus <i>Préface</i>	9
Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling <i>Introduction : d'un non sujet vers un concept scientifique ?</i>	11
PREMIÈRE PARTIE Le gouvernement des juges : un principe à définir	19
Michel Troper et Otto Pfersmann <i>Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?</i>	21
Laurent Pech <i>Le remède au gouvernement des juges : le judicial self-restraint</i>	63
DEUXIÈME PARTIE Une phénoménologie du gouvernement des juges	115
Carol Harlow <i>L'évolution du pouvoir judiciaire en Angleterre</i>	117
Massimo La Torre <i>La figure du juge à la croisée de deux traditions : le Rechtsstaat allemand et la démocratie française</i>	133
Claude Klein <i>L'apport du juge à l'émergence d'une Constitution : l'exemple israélien</i>	173
Guy Scoffoni <i>Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain</i>	187
Étienne Picard <i>Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen</i>	211

Anatoli Kovler
Le rôle du juge dans une démocratie qui se cherche :
l'exemple russe 255

TROISIÈME PARTIE (synthèse)
Gouvernement des juges et démocratie 285

Louis Favoreu, Robert Badinter, Christian Starck,
Jean-Pierre Puissechet, Jean-Paul Costa
Le gouvernement des juges vu par les juges ? 287

Gérard Timsit, Bastien François, Dominique Rousseau,
Alessandro Pizzorusso, Denys de Béchillon
L'émergence d'un concept ? 325

Bibliographie 371

PRÉFACE

Françoise Dreyfus et Didier Maus

Ce livre est l'aboutissement d'une aventure dans laquelle se sont lancés en 1998 trois doctorants de Paris I, Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling, auxquels les directeurs du Centre de recherche de droit constitutionnel - Jean Gicquel et Didier Maus - et du Centre d'analyse comparative des systèmes politiques - Françoise Dreyfus - ont accordé avec enthousiasme leur soutien matériel et leur parrainage intellectuel.

Cette ambitieuse aventure consistait à organiser (et donc à choisir les intervenants et le sujet précis de leur exposé), pendant une année universitaire, un séminaire international mensuel se concluant par une journée entière réunissant dans une table ronde des enseignants mais aussi des juges. En effet, les inventeurs du projet, faisant encore preuve d'audace, avaient choisi de consacrer ce séminaire au thème « Gouvernement des juges et démocratie ». Sujet difficile, quand l'on sait que d'aucuns s'interrogent sur la réalité de l'existence d'un gouvernement des juges, alors que l'expression est utilisée dans le langage commun, celui des journalistes, mais aussi celui des hommes politiques qui, de manière périodique, en France, accusent les juges constitutionnel, judiciaire et administratif de se comporter comme des juges qui gouvernent.

Le premier défi consiste donc à analyser cette notion d'un point de vue scientifique et à déterminer le sens qu'elle peut revêtir tant pour les juristes que pour les politistes ; le deuxième défi consiste à établir le lien avec la démocratie et plus particulièrement à déterminer si ce lien est positif ou négatif. La question se pose de manière d'autant plus aiguë qu'elle concerne la place qu'occupe le juge constitutionnel et le rôle qu'il joue en tant qu'instance décisionnelle jugeant de la correction juridique de l'action du législateur, démocratiquement élu, voire - comme l'a montré l'exemple de l'élection présidentielle américaine, en 2000, postérieurement au déroulement du séminaire - lorsqu'il se prononce en matière de contentieux électoral. La problématique est donc large et elle concerne les juridictions tant nationales que supranationales.

Sans doute, la manière dont s'établit et est perçu le rapport entre l'action de juge et son impact dans un système démocratique varie-t-elle en fonction de divers facteurs, au rang desquels la spécificité du système juridico-politique de chaque pays tient une place décisive.

L'intérêt du sujet en débat commandait donc, dans un premier temps, de s'interroger sur la notion de « gouvernement des juges », tâche à laquelle ont été conviés M. Troper, O. Pfersmann et L. Pech ; dans un deuxième temps, le soin d'appréhender dans une démarche phénoménologique les pratiques des juges britannique, israélien, américain, russe a été confié aux professeurs C. Harlow, C. Klein, G. Scoffoni et A. Kowler, tandis que M. de la Torre réfléchissait à la figure du juge selon les traditions du Rechtsstaat et de la démocratie française et E. Picard au rapport entre démocratie locale et justice supranationale. Enfin, l'approche eût été incomplète si la parole n'avait pas aussi été donnée, dans la table ronde, aux acteurs - les juges R. Badinter, J. P. Costa, J. P. Puisseochet et C. Starck - avant de faire clore le débat théorique par L. Favoreu, G. Timisi, D. de Béchillon, B. François, A. Pizzorusso et D. Rousseau.

La confrontation des points de vue fait la richesse de cet ouvrage. D'une part, sur le plan théorique, l'approche des tenants des écoles positiviste, réaliste, jusréaliste est radicalement différente à l'égard de la problématique faisant l'objet du séminaire ; d'autre part, il apparaît clairement que la question du gouvernement des juges et de la démocratie revêt des significations différentes non seulement en fonction du système politico-juridique dans lequel elle est posée mais encore en fonction de la position, juges ou universitaires, qu'occupent ceux auxquels elle est posée.

Pour conclure, l'heureuse initiative de Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling a donné l'occasion à deux centres de recherche relevant de deux U.F.R., « Droit, administration et secteur publics » d'un côté, « Science politique » de l'autre, d'unir leurs efforts pour la faire aboutir ; mais surtout elle a permis de mener un vaste débat sur une question, dont l'actualité n'est jamais démentie sans que pour autant juristes et politistes soient respectivement unanimes sur la manière de l'aborder.

INTRODUCTION

D'UN NON-SUJET VERS UN CONCEPT SCIENTIFIQUE ?

Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling

Cet ouvrage est le résultat d'un séminaire international qui s'est tenu à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, de novembre 1998 à mai 1999. L'idée de ce séminaire est née du malaise que l'on peut ressentir en tant que scientifique face au discours récurrent sur le gouvernement des juges.

En effet, à l'heure où le pouvoir des juges constitutionnels ne cesse de s'accroître à travers le monde entier, la doctrine juridique ne peut éluder la question de leur légitimité démocratique. Trop souvent, le débat est mené sur un ton polémique et passionné sans que les diverses expressions de « gouvernement des juges », « *Richersstaat* » ou « *rule of judges* » ne soient rationnellement définies. L'irruption de ce discours aux connotations péjoratives évidentes fonctionne comme un signal d'alarme ou comme un repoussoir face à une dérive actuelle, potentielle ou imaginaire du système juridictionnel. L'apparition de ces termes révèle le sentiment des acteurs politiques qu'un seul symbolique a été franchi. D'ailleurs, ce sentiment n'est pas totalement étranger à certaines attitudes des juges eux-mêmes qui, face à des problèmes politiques particulièrement délicats, hésitent à aller jusqu'au bout de leurs compétences, ce qui paraît pour le moins paradoxal¹. En témoigne tout le débat aux États-Unis sur le *judicial self-restraint* et la doctrine des questions politiques.

Tout ceci nous a conduit aux questions suivantes : L'expression « Gouvernement des juges » n'est-elle qu'un mot à la mode, une rhétorique des joutes politiques ou renferme-t-elle un réel concept scientifique ? Est-elle une notion inutile ou offre-t-elle un nouvel angle d'analyse du pouvoir et des fonctions des juges dans notre société démocratique et ce notamment en

1. Voir J.-P. Puisseochet, journée de synthèse.

ce qui concerne leur faculté de produire de nouvelles règles de droit sous couvert d'interprétation du *corpus* de normes existantes ?

Nous avons soumis un projet de séminaire sur ce thème à Madame le professeur Françoise Dreyfus, directrice du CACSP, et à Messieurs les professeurs Jean Gicquel et Didier Maus, directeurs du CRDC, qui ont eu l'audace de soutenir notre initiative. Nous ne saurons jamais comment leur manifester notre gratitude pour la liberté et la confiance qu'ils nous ont accordées.

Pour traiter cette problématique, il nous a semblé nécessaire de confronter théoriciens du droit et constitutionnalistes, professeurs et juges, approches conceptuelles et expériences nationales, voire internationales. C'est dans ce cadre général que s'inscrivent les contributions de Madame Carol Harlow et de Messieurs Michel Tropet, Otto Pfersmann, Laurent Pech, Massimo La Torre, Claude Klein, Guy Scoffoni, Etienne Picard, Anatoli Kovler, Louis Favoreu, Robert Badinter, Christian Starck, Jean-Pierre Puissechot, Jean-Paul Costa, Gérard Timist, Bastien François, Dominique Rousseau, Alessandro Pizzorusso et Derys de Béchillon. Nous tenons, là encore, à les remercier chaleureusement pour leur participation.

Par ailleurs, nous tenons à adresser un clin d'œil tout particulier à ceux qui ont toujours été présents à nos côtés pour nous épauler, nous remonter le moral et nous prêter main-forte, à savoir : Valérie Guidat, Sabine Nauwès, Emmanuel Balayer-Bouchet, Ludovic Julié, Françoise Pierra, Marie-Hélène Brière et, tout spécialement Guillaume Lemière et Brigitte Auisson qui ont pris en charge la tâche ingrate de retranscrire les conférences.

Ce séminaire a mis en évidence que le concept de gouvernement des juges — si concept il y a, ce dont quelques-uns doutent — est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine juridique. Surprenante à première vue, s'agissant d'une expression si fréquemment invoquée, l'absence d'une définition unique et consensuelle s'explique par le caractère fondamental de ses enjeux théoriques. Touchant à des notions primordiales telles que le droit, la démocratie, la séparation des pouvoirs, le juge, etc., le concept de gouvernement des juges pâtit inévitablement des querelles scientifiques qui s'élevèrent dès qu'il s'agit de définir ces dernières. En ce sens, le séminaire a mis en lumière les clivages qui divisent la communauté des juristes. Ces divergences de vue sur le gouvernement des juges ont trait à la fois à ses origines, ses présupposés théoriques et idéologiques ainsi qu'à sa ou ses significations. Si ce séminaire n'a pas abouti à l'émergence d'un concept unique, il a eu au moins le mérite d'ouvrir, ou plutôt, de relancer un débat. Il ne s'agit pas, bien évidemment, d'occulter ici les travaux de recherche antérieurs, notamment en théorie du droit². L'existence même de ce

2. Cf. les travaux de G. Timist dont le cours de DEA sur le thème du « gouvernement des juges » n'est pas totalement étranger au choix de ce sujet.

séminaire est déjà une avancée scientifique notable, étant donné le tabou qui frappe jusqu'à ce « non-sujet »³ parmi les constitutionnalistes et une certaine appréhension des juristes-dogmaticiens à l'égard de la théorie du droit. Au terme de ces débats riches en enseignements, il s'agit non pas de livrer une conclusion, probablement impossible, mais de retracer tout simplement le cheminement du débat en mettant en lumière les deux principales sources de dissensions.

1. Le débat sur l'origine du gouvernement des juges

Il est d'usage, lorsque l'on veut appréhender un concept, de commencer par en reconstituer la généalogie. Or la date de naissance de ce que l'on entend par gouvernement des juges est sujette à des interprétations contradictoires. Si l'origine du mot, ou plus exactement du syntagme, paraît certaine, il en va tout autrement en ce qui concerne la « chose » ou le concept.

La paternité de l'expression revient au juge américain Walter Clark. C'est lui qui a lancé, dans un discours tenu en 1914, la formule de « *government by judges* »⁴ pour marquer ainsi la prépondérance du judiciaire sur les deux autres branches du gouvernement *lato sensu* que sont le législatif et l'exécutif. Ce faisant, il s'inscrit implicitement dans la lignée d'une autre formule célèbre, celle de « *Congressional Government* », forgée par Woodrow Wilson en 1884 pour exprimer la suprématie du Congrès. On retrouvera cette même logique, c'est-à-dire l'idée d'un déséquilibre entre les trois pouvoirs dont l'un, au lieu de n'être qu'une branche du gouvernement, prétend diriger tout le gouvernement, dans l'expression de « présidence impériale » mise en avant par Arthur Schlesinger en 1976⁵. La formule américaine de « *government by judges* »⁶ traversera l'Atlantique grâce au fameux ouvrage d'Edouard Lambert qui en effectuera une traduction littérale en français. On pourrait d'ailleurs s'interroger sur la pertinence d'une telle traduction littérale en ce qui concerne spécialement le terme « *government* ». L'homonymie est, en effet, trompeuse puisque le terme américain a un sens beaucoup plus large que le terme français qui, selon la conception de Rousseau, ne désigne plus comme jadis l'intégralité des trois

3. L. Favoreu, voir journée de synthèse. Dans le même ordre d'idée, voir R. Badinter, même séance.

4. Voir L. Pech, séance n° 2.

5. Cf. J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 12^e ed, Paris, Montchrestien, 1993, pp. 308-311.

6. Edouard Lambert : *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*, Paris, Giard, 1921.

pouvoirs, autrement dit l'État, mais uniquement le conseil des ministres⁷. La formule a toutefois connu un net succès en France⁸ où elle a servi, et sert toujours, de fer de lance à tous ceux qui veulent s'opposer soit à l'instauration d'une justice constitutionnelle⁹ soit à l'extension de ses pouvoirs¹⁰. De ce point de vue, la situation de la France, connue pour sa méfiance traditionnelle à l'égard des juges¹¹, est unique : dans aucun autre pays, ni même aux États-Unis, les formules équivalentes de « *government by judiciary* », « *rule of judges* »¹² et autres n'ont la même charge émotive et ne focalisent autant les mouvements d'hostilité à l'encontre du juge.

7. Voir O. Pfersmann, séance 1 et Jean-Paul Costa, journée de synthèse. Sur la terminologie de Rousseau, cf. R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 2^e éd., 1995, p. 384 et suiv.

8. Sur le concept de gouvernement des juges chez Lambert et son évolution postérieure au sein de la doctrine juridique française, cf. M.H. Davies, « A Government of Judges : An Historical Review », *American Journal of Comparative Law*, vol. 35, 1987, pp. 559-580.

9. D'après Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 39 et suiv., l'ouvrage de Lambert eut dès sa publication en 1921 un impact retentissant sur le débat relatif à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Il défît les quelques soutiens dont bénéficiait ce projet parmi les hommes politiques de la III^e République et provoqua certains revirements au sein de la doctrine publiciste.

10. Cf. les exemples cités par L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

11. Si la peur de l'arbitraire du juge est propre à la philosophie européenne des Lumières (voir M. La Torre, séance n°4), son impact s'est fait ressentir différemment suivant les pays. Son influence a été contrebalancée en Angleterre par la pensée classique de la *Common Law* (Coke, Hale, Blackstone) qui réserve un rôle privilégié au juge dans la définition du droit. En Allemagne, l'école du *Rechtsstaat* de la seconde moitié du XIX^e siècle (Bähr, Gneist, Mayer) a joué un rôle similaire.

12. Sur la doctrine anglo-saxonne, voir les séances n°2 (L. Pech), n°3 (C. Harlow) et n°6 (G. Scovroni). Dans le débat récent en Grande-Bretagne sur la protection des droits de l'homme à l'égard du parlement de Westminster, certaines voix critiques ont ainsi fait part de leurs craintes devant l'émergence d'une « *rule of judges* » ou d'une « *jurisocracy* ». Cf. par ex. K.D. Ewing, « The Bill of Rights Debate : Democracy or Jurisocracy in Britain ? », in *Human Rights and Labour Law. Essays for Paul O'Higgins*, London, Mansell, 1994, p. 147 et suiv. Il n'empêche qu'aucun de ces termes n'a réussi à occuper une place centrale dans la doctrine anglaise.

13. L'expression allemande de « *Richtersstaat* » (État des juges) n'apparaît que très rarement dans les débats juridiques et politiques. D'ailleurs, Ch. Starck l'a délibérément laissé de côté dans son exposé lors de la journée de synthèse. On remarquera surtout que l'Allemagne est, peut-être, le seul pays à ne pas attacher une connotation systématiquement péjorative à ce terme. S'il fait certes l'objet de critiques (cf. l'article de E. Forsythoff, « *Rechtsstaat oder Richtersstaat?* » in *Rechtsstaat im Wandel*, 2^e éd., München, 1976, p. 243 et s.), il a également suscité des hymnes élogieux (cf. R. Marcic, *Vom Gesetzestaat zum Richtersstaat*, Wien, Springer, 1957, p. 89, 179, 416, 451).

Mais au-delà de ce strict aspect sémantique, qui n'est pas sans importance, car en l'espèce les mots sont souvent à l'origine de divergences et de confusions, il importe de s'intéresser également au fond. Il s'agit dès lors de savoir à quel moment historique situer le point de départ de la « chose ». Pour les uns, dont Claude Klein¹⁴, la première illustration d'un gouvernement des juges se trouve dans le *Livre des juges* de l'ancien Testament. Pour d'autres, au contraire, le problème s'inscrit résolument dans la modernité en ce qu'il naît avec la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu. Ce n'est en effet qu'à l'aune de sa définition restrictive du rôle du juge, réduit à être la simple « bouche de la loi », d'une loi votée par un législateur jouissant d'une légitimité démocratique, que se pose la question d'un éventuel dépassement par le juge de ses compétences, et donc d'un gouvernement des juges. De là découle l'antinomie avec le principe de démocratie, à supposer que l'on identifie celui-ci à la souveraineté du Parlement.

En tout cas, dès que l'on s'écarte de l'approche sémantique ou lexicale qui assure une objectivité maximale, le terme servant de guide et de référence au chercheur, la recherche historique n'est d'aucune aide pour définir le concept de « gouvernement des juges » puisqu'il le présuppose déjà. Si l'on veut découvrir l'origine du gouvernement des juges, sans s'attacher au mot, il faut déjà disposer d'un concept, d'une grille de lecture ou du moins d'une intuition de la chose pour savoir où regarder.

2. Le débat sur la signification du gouvernement des juges

Là aussi, la distinction mot-chose s'avère fort utile pour démêler les diverses positions des intervenants de ce séminaire. Le désaccord de la doctrine est en effet total en ce sens qu'il porte à la fois sur le concept et sur le mot. En se livrant à ce que Jeremy Bentham appelait en son temps, « le nettoyage de la situation verbale »¹⁵, plusieurs intervenants veulent substituer au syntagme hérité de Lambert un terme qui leur paraît plus adéquat tel que, par exemple, celui de « gouvernement par les juges » (M. Troper¹⁶) ou celui de « législation » ou « colégislation juridictionnelles » (O. Pfersmann¹⁷). Sous ces diverses dénominations, on peut identifier *grossso modo* trois modèles de

14. Voir la séance n°5.

15. Cité, en français, par H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon, 1982, p.2.

16. Voir séance n°1.

17. Voir la séance n°1. Il s'agit d'ailleurs d'une formule très usuelle en droit constitutionnel anglais. Cf. les développements sur la « *judicial legislation* » dans A.V. Dicey, *Lectures on the Relations between Law & Public Opinion in England during the 19th Century*, reprod. de la 2^e éd. de 1914, préf. E.C.S. Wade, London, Macmillan, 1962. On notera qu'à la séance finale d'autres intervenants (D. Rousseau, D. de Béchillon, B. François) se sont joints à cette récusation du terme de gouvernement des juges.

définition, dont chacun véhicule différents présupposés épistémologiques concernant le droit, la démocratie et le rôle du juge.

Selon un premier sens, il y a gouvernement des juges dès lors que les juges disposent d'un pouvoir autonome, d'un pouvoir d'interprétation qui leur permet d'opérer des choix discrétionnaires¹⁸. Face à deux ou plusieurs lectures possibles de la loi, le juge est obligé de trancher et de participer à l'élaboration de la norme¹⁹. Loin d'être confiné à être la « bouche de la loi », à être un automate à syllogismes, le juge se révèle comme un véritable acteur jouissant d'une certaine marge de manœuvre. Autrement dit, le juge *gouverne lui aussi*, ce que Michel Troper a traduit par la formule de « gouvernement par les juges » : il s'agit de décrire l'étendue des pouvoirs du juge dans un système donné et l'usage effectif qu'il en fait. Ce concept, repris en partie par Otto Pfersmann et d'autres intervenants²⁰, se veut donc strictement descriptif ou neutre d'un point de vue axiologique. Il est fondé sur une méta-éthique anticognitiviste²¹, autrement dit sur la distinction webérienne des faits et des valeurs dont seuls les premiers seraient susceptibles d'une analyse objective. C'est ce qui explique la méticulosité avec laquelle M. Troper fait le tri entre les questions utiles et celles qui ne le sont pas au regard de sa définition de la science. Ce faisant, il se refuse à statuer sur la question de la compatibilité des pouvoirs des juges avec un quelconque idéal démocratique et à s'engager dans une voie que suggère pourtant l'usage courant – polémique – de l'expression gouvernement des juges. Celle-ci esquisse, en effet, une frontière, une limite et vaut condamnation de tout pouvoir juridictionnel outrepassant ce seuil invisible²². Or, aux yeux de ces auteurs positivistes, un tel jugement sur la légitimité du juge relève non pas de la science mais de l'idéologie. Ces derniers s'astreignent ainsi, pour des raisons épistémologiques, à une autolimitation de leur champ d'études au prix de se voir exposés à une double critique : celle de déplacer la « vraie » question à laquelle ils ne répondraient guère et de faire double emploi avec le concept déjà existant de « justice constitutionnelle ».

18. D'après B. François, cela ne signifie pas que les juges fassent nécessairement un usage abusif de ce pouvoir discrétionnaire en raison de leur *habitus* (voir journée de synthèse). Plus généralement, tous les intervenants ont insisté sur les limites du pouvoir d'interprétation qu'ils situent sur divers plans : les contraintes argumentatives, la collégialité, l'autocontrôle, l'éthique, les sanctions disciplinaires, etc. Voir, par exemple, C. Starck, journée de synthèse.

19. Voir J.-P. Puissecochet, journée de synthèse.

20. Voir B. François, journée de synthèse.

21. M. Troper, « Le positivisme juridique », in id., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 31.

22. Voir les diverses interventions de G. Timsit. Sur l'usage intuitif de l'expression, cf. G. Timsit, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, Puf, 1995, p. 1.

C'est dans une perspective prescriptive ou « discriminante » (G. Timsit) que s'inscrivent, au contraire, les deuxième et troisième concepts dont le ressort commun est la peur de l'arbitraire du juge ; arbitraire qui est perçu comme une menace plus ou moins grave en fonction du contexte historique, culturel et politique de chaque pays, ce qui aboutit à une définition plus ou moins large du concept de gouvernement des juges²³.

Selon le deuxième concept, le gouvernement des juges est réalisé dès que les juges *ont trop de pouvoir* dans un régime qui se veut démocratique. Selon cette thèse défendue notamment par Etienne Picard²⁴, on admet au nom de la nécessaire défense des droits de l'homme que les juges ont un certain pouvoir, même discrétionnaire, à condition que celui-ci ne dépasse pas un seuil critique. Cela suppose d'un point de vue épistémologique que l'on puisse définir objectivement ce qu'est de façon idéale la démocratie ainsi que son rapport au droit et au juge, et que l'on réussisse à situer ce seuil. Si, pour les uns, le point de non-retour réside dans l'octroi au juge d'un droit d'autosaisine²⁵, d'autres mettent en garde devant les risques que court le principe démocratique si jamais le juge constitutionnel se mettrait à contrôler le pouvoir constituant – dérivé, voire originaire – érigé en dernier bastion de la souveraineté du peuple²⁶. Le droit du dernier mot qu'on ne saurait accorder au juge, selon ces auteurs, devient ainsi le critère décisif de la démocratie. Du coup, le pouvoir du juge constitutionnel, aussi large soit-il, serait en quelque sorte jugulé, maîtrisé, ou du moins susceptible de l'être, car au-dessus de lui plane, telle l'épée de Damoclès, le droit du dernier mot du peuple. Mais les défenseurs du premier concept dénoncent que, sous couvert d'esquisser une limite, ces auteurs se livrent avant tout à une opération de légitimation du *status quo*.

Le troisième concept, théorisé par Gérard Timsit et repris en partie par Guy Scoffoni, se veut lui aussi normatif, mais à la différence du deuxième, son champ de perspective est plus restreint. Il ne vise plus à définir ce que devrait être la répartition des compétences entre les organes dits politiques, car élus au suffrage universel, et les juges pour être conforme à l'idéal de la démocratie, mais se consacre exclusivement à l'usage que font les juges de leur pouvoir d'interprétation, une fois que le système institutionnel est établi. En ce sens, on peut à la fois combiner et dissocier le deuxième et le troisième concept. Dans ce dernier modèle, on se pose la question de savoir

23. Voir, par exemple, C. Harlow (séance n°3), A. Kovler (séance n°8), A. Pizzorusso (journée de synthèse).

24. Voir séance n°7. Pour une définition de ses prémisses méthodologiques, cf. E. Picard, « Science du droit » ou « doctrine juridique? », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119 et suiv.

25. Sur ce point de vue défendu par L. Hamon, cf. l'intervention de M. Troper (séance n°1) et celle de G. Scoffoni (séance n°6).

26. E. Picard (séance n°7).

comment le juge légifère. Quelles sont les valeurs auxquelles se réfère le juge lorsqu'il use de son pouvoir discrétionnaire ? Selon G. Timst, il faut distinguer deux hypothèses : si le juge se laisse guider par les valeurs communément admises par la société, c'est-à-dire le code de valeurs dominant, on estimera qu'il reste dans son rôle qui est de dire le droit. Si, en revanche, il lui arrive de faire prévaloir ses propres idéaux, voire ses intérêts corporatistes, s'il agit en quelque sorte comme un électron libre ou un justicier qui se sent investi de la mission de faire changer ou de devoir devancer l'opinion publique²⁷, on dira alors que le juge commet une «transgression» et qu'il y a «gouvernement des juges». Pour qu'il soit opératoire, un tel critère suppose évidemment que l'on puisse définir préalablement, avant que ne statue le juge, et de façon objective, ce qu'est ce code de valeurs ou cette opinion publique. Certains doutent que ce soit possible²⁸.

Le débat sur le gouvernement des juges butte ainsi, une fois de plus, sur la vieille controverse entre positivistes et jusnaturalistes en ce qui concerne la scientificité des valeurs. Du coup, si ce séminaire a permis de clarifier les positions de chacun, il n'a pas épuisé le sujet.

PREMIÈRE PARTIE

LE GOUVERNEMENT DES JUGES : UN PRINCIPE À DÉFINIR

27. Voir le débat de la séance 6 et J.-P. Puissechet, journée de synthèse.

28. Cf. le scepticisme de B. François quant à l'objectivité de la notion de l'opinion publique, voir journée de synthèse.