

UN CONCEPT ERRONÉ,
CELUI DE L'EXISTENCE
D'UN POUVOIR JUDICIAIRE

À l'évocation du pouvoir judiciaire, les juristes français s'engagent souvent dans une discussion sur son existence, traditionnellement alimentée par l'usage de l'expression « autorité judiciaire » dans la Constitution de la V^e République. Autant le dire tout de suite, ce concept d'existence d'un pouvoir judiciaire suscite la perplexité.

L'obscurité du propos tient peut-être aux ambiguïtés du langage juridique utilisé dans la discussion qui oscille entre existence de la chose et/ou de la notion de « pouvoir judiciaire ». Chacun conviendra que la notion existe : elle appartient au lexique juridique général et à celui bien connu de la séparation des pouvoirs. De la même façon, chacun admettra que cette notion n'a pas été utilisée par le constituant français ni dans le texte constitutionnel initial de 1958, ni dans le cadre des révisions constitutionnelles ultérieures. C'est alors ce choix sémantique qui est l'objet de discussions, notamment parce qu'il ne décrirait pas, aux yeux de certains auteurs, la réalité du pouvoir judiciaire. Les tenants de l'existence de ce pouvoir, qu'ils préfèrent d'ailleurs qualifier de « juridictionnel » (en raison de la dualité de juridictions adoptée en France), soutiennent en effet que le constituant devrait prendre acte de celle-ci en la constitutionnalisant tout en abandonnant la notion d'autorité judiciaire¹. Le raisonnement – critiquable – au cœur de cette thèse est donc le suivant : puisqu'un pouvoir juridictionnel existe, il devrait être consacré dans le droit.

1. Thierry Renoux propose par exemple « d'accorder le droit avec la pratique et d'inscrire dans notre Constitution un titre enfin libellé "La justice" », dans « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, n° 99, *La Nouvelle V^e République*, novembre 2001, p. 90.

En effet, l'existence d'*un* pouvoir juridictionnel se révèle problématique dans la mesure où l'appréhension de la chose semble précisément découler de la façon d'entendre la notion, qui dérive elle-même d'un jeu interprétatif de va-et-vient permanent, entre les discours qui portent sur le droit et le « droit », en tant que discours officiel formulé par des organes habilités à le créer. Surtout, ce que l'on sait de cette notion dépend étroitement d'une autre expression, celle de « séparation des pouvoirs », dont il est difficile d'ignorer qu'elle peut revêtir plus d'une signification².

74 Cette dernière peut être entendue dans – au moins – deux sens principaux³, l'un relève d'une entreprise intellectuelle de classification des activités mises en œuvre dans l'État, l'autre d'une doctrine juridique et politique de la distribution des compétences aux organes. À l'égard de la première, il serait plus approprié de parler de « distinction des pouvoirs ». Elle permet d'isoler les fonctions étatiques, c'est-à-dire de les définir. Parmi celles-ci, les juristes ont coutume d'identifier celle qui consiste à trancher les litiges par application d'une règle juridique. Aussi, l'expression « fonction juridictionnelle » désigne-t-elle cette activité dans un sens large. Cette définition, que l'on peut dire *a priori* n'a aucune conséquence sur la répartition des compétences entre les organes. Cette première acception de l'expression « séparation des pouvoirs » est souvent ignorée et confondue à tort avec une deuxième qui, elle, est *prescriptive* et dépend de l'adhésion à des idéologies juridiques et politiques comme la démocratie et l'État de droit.

Cette deuxième acception peut être illustrée par la prescription de deux techniques au moins. D'un côté la *balance des pouvoirs* ou *division du pouvoir*, qui suppose l'exercice conjoint des fonctions législatives et exécutives⁴. De l'autre, la *séparation des pouvoirs au sens strict* – la plus

2. Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française* [1973], Paris, LGDJ, 1980.

3. Au sujet de la présence de ces deux sens dans l'*Esprit des lois*, Charles Eisenmann remarque que « Montesquieu ne pose pas qu'il y aurait dans tout État trois groupes d'organes distincts et séparés, il pose que l'analyse fait apparaître trois catégories de fonctions à exercer, donc à organiser, et pour lui cette analyse demeure vraie, de quelque façon que ces fonctions soient attribuées – qu'elles le soient à trois groupes d'organes, ou à un seul et même organe, ou à deux et l'on pourrait ajouter d'autres solutions possibles ». Charles Eisenmann, « La justice dans L'État », in Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, *La Justice*, Paris, PUF, 1961, p. 18 ; voir, dans ce numéro, Mauro Barberis, « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », p. 5.

4. Son application à la fonction juridictionnelle supposerait d'admettre que les juges participent à l'exercice de la législation. Voir Michel Troper, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 829.

communément admise pour le troisième pouvoir – suppose la combinaison de deux règles, la spécialisation et l'indépendance. Cette séparation des pouvoirs restreinte crée une expectative : celle de pouvoir identifier à côté d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif, *un* pouvoir judiciaire ou juridictionnel, précisément, cet ensemble d'organes spécialisés dans l'exercice de la fonction et dotés de garanties d'indépendance.

Reste la question des fins recherchées par la distribution des compétences aux organes. Celles-ci sont présentées au moyen de concepts vagues et consensuels, tels la démocratie, l'État de droit et la protection des libertés et des droits. Elles conditionnent le choix des actes attribués à la compétence des juges et ceux qui leur sont interdits, ainsi que l'agencement de leurs rapports avec les autres organes. La définition de la fonction juridictionnelle dans laquelle les organes devraient être spécialisés peut varier selon ces choix, elle n'existe donc pas *a priori* mais résulte *a posteriori* de la distribution des compétences. Dans tous les cas, ces choix sont présentés, sous peine de délégitimation, comme des applications de la règle de la séparation des pouvoirs au sens strict.

75

Or, aux yeux de certains auteurs qui affirment l'existence d'un pouvoir juridictionnel, il y aurait une véritable signification des règles de la spécialisation et de l'indépendance dont l'application conforme donnerait naissance à un *authentique* pouvoir juridictionnel qui en ferait un élément équilibré face aux autres pouvoirs. Cette application de la *véritable signification de la théorie de la séparation des pouvoirs* serait observable dans le système juridique et politique français actuel, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

L'usage du concept d'« existence d'un pouvoir juridictionnel » interroge, car il est difficile de savoir s'il est entendu dans un sens organique et fonctionnel ou seulement fonctionnel. Surtout, il paraît erroné. En effet, comment à partir de l'observation que des organes exercent la fonction de juger et qu'ils sont dotés de garanties d'indépendance pourrait-on conclure *logiquement* que le droit positif aurait consacré implicitement et devrait consacrer explicitement l'existence d'*un* pouvoir juridictionnel⁵ ? La distribution des pouvoirs aux organes ne dépend pas d'une quelconque vérité, elle est le produit d'un choix, d'une préférence politique.

Cette volonté politique de mettre en place un organe spécialisé et indépendant dans l'exercice de la fonction juridictionnelle afin que la garantie des droits soit assurée est tout à fait respectable. On doute

5. Voir par exemple Fabrice Hourquebie, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010, p. 10.

toutefois qu'elle permette utilement de connaître et d'éclaircir les questions qui sont aujourd'hui débattues au sujet du *pouvoir des juges*. Ainsi, contrôler sur le fondement du droit et garantir le respect des droits fondamentaux en censurant éventuellement la volonté exprimée par les organes de gouvernement légitimement élus, ou même parfois, poursuivre pénalement les gouvernants ou les puissants, et surtout créer le droit ou même faire régner des valeurs sont autant d'actes qui semblent aujourd'hui entre les mains des juges et qui en feraient un pouvoir. De la même façon, cette dissection des différents segments de l'activité juridictionnelle pourrait s'accompagner d'une analyse des questions posées par les rapports organiques établis par le droit entre les juges et les autres pouvoirs de l'État, afin de mettre en relief le problème de la maîtrise de leur pouvoir.

76 Ce travail descriptif à l'égard *du* pouvoir juridictionnel semble cependant délaissé. Or, si on admet l'existence *du* pouvoir des juges, la question qui se pose est bien celle des conditions de sa connaissance. C'est pourquoi après avoir démontré le caractère fausement descriptif du concept d'existence *d'un* pouvoir juridictionnel, on formulera quelques pistes pour l'analyse juridique non normative des différents aspects de la question posée par celui de l'existence *du* pouvoir juridictionnel.

L'EXISTENCE D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL, UN CONCEPT FAUSEMENT DESCRIPTIF

Le concept « d'existence *d'un* pouvoir juridictionnel » sert à affirmer que la « théorie » de la séparation des pouvoirs aurait reçu application en France, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et qu'il existerait donc un organe, ou un ensemble d'organes spécialisés et indépendants dans l'exercice de la fonction de juger à côté d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif. Ce concept peut donner au discours doctrinal qui l'utilise l'apparence d'un exposé scientifique descriptif, autrement dit dénué de jugement de valeur et portant sur un objet extérieur à lui. En réalité, ce discours mêle description et prescription, autrement dit science et politique, en présentant l'expression de préférences relatives à la distribution des pouvoirs sous la forme d'un discours scientifique. Ce langage ambigu explique peut-être le manque de lisibilité du concept qui ne fait d'ailleurs pas l'unanimité en doctrine.

L'apparence d'un exposé scientifique descriptif

Le constat de l'existence d'un pouvoir juridictionnel a été présenté par Thierry Renoux comme une « découverte doctrinale⁶ ». Cette « découverte » résulte d'un ensemble d'opérations, essentiellement des interprétations, portant sur des objets divers, parmi lesquels on compte :

Le texte constitutionnel

L'interprétation consiste ici à relever que l'usage de l'expression « autorité » et non « pouvoir judiciaire » en son sein n'est pas décisive dans la mesure où la Constitution n'utilise pas non plus les termes « pouvoir législatif » et « pouvoir exécutif ». Elle s'appuie aussi sur une série d'arguments historiques relatifs à *l'intention* des constituants. Il est notamment fait état de la méfiance des parlementaires de la IV^e République à l'égard des juges, et en particulier à l'égard du contrôle de constitutionnalité à l'américaine, qui expliquerait pourquoi la Constitution n'applique pas la théorie de la séparation des pouvoirs et ne consacre pas l'existence d'un pouvoir juridictionnel, en excluant les juridictions administratives et constitutionnelles du titre relatif à la justice⁷.

77

La « théorie » de la séparation des pouvoirs

Issue de l'*Esprit des lois* de Montesquieu, son application aurait longtemps été empêchée en France en raison d'une lecture « partielle⁸ », « stricte » ou « contextuelle⁹ » de Montesquieu. Elle n'aurait été consacrée qu'à partir de la décision du juge constitutionnel *Validations d'actes législatifs* du 22 juillet 1980¹⁰ : « Le Conseil constitutionnel a posé les fondements de l'existence d'un véritable pouvoir juridictionnel [...] dans la mesure où on retrouve dans la décision un certain nombre d'éléments qui peuvent caractériser l'existence d'un pouvoir : un organe indépendant, doté d'une mission spécifique dans laquelle ne peuvent intervenir les autres pouvoirs. Incontestablement, le pouvoir juridictionnel est ici placé sur le même

6. Thierry Renoux, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », *Dalloz*, 2008, p. 293-294.

7. Voir par exemple le commentaire sous le titre VIII de la Constitution, Thierry Renoux, Michel de Villiers (dir.), *Code constitutionnel*, Litec, 2011, p. 687.

8. Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *Dalloz*, 1991, p. 169.

9. Fabrice Hourquebie, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 12 et 14.

10. CC 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 46.

plan que le pouvoir législatif et exécutif¹¹. » Le dualisme juridictionnel que le Conseil constitutionnel associe à la « conception française de la séparation des pouvoirs » n'est donc plus vu comme une dérogation à la théorie mais comme le produit de son « application »¹².

Le « principe constitutionnel » de la séparation des pouvoirs

Issu de la jurisprudence constitutionnelle qui se fonde sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il est vu comme la consécration constitutionnelle de la théorie de la séparation des pouvoirs dans la catégorie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, et donc comme le nouveau fondement de l'existence d'un pouvoir juridictionnel : « C'est finalement le Conseil constitutionnel qui, en se fondant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, va rendre au principe sa véritable dimension en le rattachant à la garantie des droits¹³. »

78

La « réalité »

Elle s'appuie sur la mise en évidence du pouvoir croissant du juge dans le cadre d'un droit fondé essentiellement sur les droits fondamentaux ainsi que sur le pouvoir de création du droit par le juge quand il interprète les textes « hissant *de facto* la justice à un statut autre que celui que la Constitution veut bien lui accorder¹⁴ ». Celle-ci tendrait « à s'ériger en *authentique* pouvoir constitutionnel¹⁵ » venant « réguler le pouvoir majoritaire¹⁶ ».

Le lexique utilisé, « vérité », « découverte », « réalité », s'inscrit bien dans le registre de la connaissance. La présence d'organes spécialisés et indépendants dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même, permettrait de déduire l'existence d'un pouvoir juridictionnel au sens de la théorie de la séparation des pouvoirs, devenue principe constitutionnel. Or,

11. Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 569; voir également Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 23^e éd., Paris, LGDJ, p. 632. Nous soulignons.

12. Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », art. cité.

13. Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », art. cit. Nous soulignons.

14. Fabrice Hourquebie, « Le pouvoir juridictionnel et la V^e République. Quelques observations sur la révision du 23 juillet 2008 », *Politeia*, n° 15, 2009, p. 457. Nous soulignons.

15. *Ibid.*

16. Fabrice Hourquebie, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 24.

cette lecture n'est pas tant le fruit d'une description que le résultat d'une interprétation doctrinale (possible parmi d'autres) de l'agencement des institutions. Cette lecture exprime une *prescription*, relative à la meilleure façon d'organiser les pouvoirs et à ce que *doit être* le pouvoir juridictionnel selon ses promoteurs. On notera d'ailleurs que les contours de ce pouvoir du point de vue descriptif comme du point de vue prescriptif sont loin d'être clairement dessinés.

*Un concept utilisé tantôt pour décrire,
tantôt pour prescrire*

L'usage doctrinal du concept d'existence *d'un* pouvoir juridictionnel illustre en effet assez fidèlement le rôle que la doctrine juridique entend jouer à l'égard du droit. Elle ne se contente pas de le décrire, elle tend aussi à agir sur lui, à le modifier, par exemple, lorsque celui-ci dérogerait à certaines constructions intellectuelles dont elle considère qu'elles fondent et doivent fonder le droit positif. Parmi celles-là se trouve évidemment la théorie de la séparation des pouvoirs.

79

Aux yeux de ceux qui la prônent, qu'elle soit produite à l'intérieur et/ou à l'extérieur du système juridique – d'où, dans ce dernier cas, la référence incessante à Montesquieu –, cette théorie signifie qu'à chacune des trois fonctions de l'État (définies *a priori*) doit correspondre un organe indépendant pour que les pouvoirs s'équilibrent. En l'occurrence, l'existence d'un pouvoir juridictionnel serait donc la conséquence logique de l'adhésion du Conseil constitutionnel à la théorie. Il se serait borné à en faire « enfin application¹⁷ » en reconnaissant que les juridictions étaient spécialisées dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et indépendantes. Le propos de ces auteurs est évaluatif et laudateur pour le juge constitutionnel, critique à l'égard de ceux qui en auraient longtemps empêché la mise en œuvre. À la lumière de cette théorie, ils jugent les interprétations divergentes en pointant par exemple « la lecture partielle de la pensée de Montesquieu et de la doctrine de la séparation des pouvoirs, faisant de la séparation un principe *opposé au juge* et non un principe de la garantie des droits *par le juge*¹⁸ ». Le concept d'existence d'un pouvoir juridictionnel accomplit donc une fonction essentielle

17. « Le droit constitutionnel jurisprudentiel, droit des procédures et des compétences, permet enfin à la séparation des pouvoirs d'apparaître dans sa véritable dimension, comme une *collaboration des pouvoirs publics constitutionnels*, exécutif, législatif, juridictionnel », Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », art. cité, p. 170.

18. *Ibid.*

pour ceux qui s'en prévalent : conférer aux interprétations et décisions politiques qu'ils soutiennent une rationalité tout apparente ainsi qu'une caution scientifique.

Reste que pour faire sienne cette thèse, il faudrait partager trois de ses présupposés. D'abord, la théorie de la séparation des pouvoirs serait dotée d'une véritable signification. Ensuite, ce serait une théorie au sens où la définition *a priori* des fonctions par la science permettrait de procéder à la distribution des fonctions aux organes. Enfin, le droit serait le produit de l'application de théories scientifiques, et non de décisions politiques.

80 Or, ces présupposés sont erronés. Premièrement, cette théorie véritable n'existe pas parce que l'expression « séparation des pouvoirs » est susceptible de recevoir plusieurs significations. Deuxièmement, cette théorie utilise à des fins normatives un argument issu de la classification des fonctions, celui de l'existence d'une fonction juridictionnelle. Or une chose est de distinguer les fonctions, une autre est de les distribuer aux organes. Troisièmement, les théories ne sont pas appliquées par les acteurs politiques, mais utilisées *a posteriori* pour justifier des choix d'organisation des pouvoirs. N'est-ce pas précisément ce que fait le juge constitutionnel dans la décision de 1980 *Validations d'actes législatifs* ? Il y pose que « l'indépendance des juridictions est garantie » sur le fondement de l'existence d'une réserve de compétence exclusive à leur profit – une *spécialisation* dans l'exercice de missions spécifiques – que l'on peut entendre au sens d'une indépendance fonctionnelle, sans rien dire de leur indépendance organique. Or la doctrine qui commente cette décision en utilisant le concept d'existence d'un pouvoir juridictionnel en déduit précisément cette indépendance organique. Ce faisant, elle confère à la décision la signification de norme qui concrétise la théorie de la séparation des pouvoirs, ce qui légitime le système, à la fois tel qu'il *est* en 1980 – lorsque le président de la République nomme seul tous les membres du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) et que les juges administratifs n'ont pas un statut distinct des autres fonctionnaires de l'État – et tel qu'il doit *être* modifié, les réformes législatives successives du CSM en 1993 et du statut des magistrats administratifs dès 1986 étant présentées comme l'application de cette *norme*. Telle est l'ambiguïté du concept qui prétend décrire un changement institutionnel majeur – l'existence d'un pouvoir juridictionnel –, alors qu'il peut tout aussi bien justifier, au nom de la théorie de Montesquieu, un aménagement des pouvoirs qui ne bouleverse pas la suprématie de l'exécutif – soutenu par sa majorité parlementaire – au sein de l'État.

Cette vocation persuasive du concept explique également qu'il fasse

l'impasse sur certaines questions d'ordre descriptif. D'abord, la distinction utile entre dimension organique et dimension fonctionnelle du pouvoir n'est pas clairement exploitée. Le concept est-il uniquement entendu dans un sens fonctionnel ? Tous les organes qui exercent la fonction juridictionnelle sont-ils désormais organes officiels de cette fonction ? Doivent-ils n'exercer que la fonction juridictionnelle : *quid*, par exemple, des magistrats du parquet, de la fonction consultative du Conseil d'État ? Du point de vue fonctionnel, la notion de pouvoir est-elle utilisée en relation avec le pouvoir créateur de droit des juges ? Si le pouvoir juridictionnel est un pouvoir de créer le droit, s'il peut équilibrer les pouvoirs politiques, comment le concilier avec les idéologies fondatrices du système que sont la démocratie et l'État de droit selon lesquelles les organes décident sur le fondement de règles préexistantes prises par le peuple ou par ses représentants ? Pour répondre à cette objection, certains considèrent que le pouvoir juridictionnel est « nécessairement second¹⁹ », mais alors comment un pouvoir second pourrait-il faire contrepoids aux autres pouvoirs ?

81

Ensuite, au sujet de l'indépendance organique, il est dit que « la théorie n'exigerait pas l'érection d'un pouvoir juridictionnel totalement autonome²⁰ ». Mais à partir de quel degré d'autonomie le pouvoir existe-t-il ?

Enfin, cette thèse est loin de faire l'unanimité en doctrine où elle est contredite par d'autres interprètes de la Constitution²¹ et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui font valoir que ce pouvoir n'existe pas, même s'ils reconnaissent que les juges exercent bien *du* pouvoir. Seul ce dernier point semble faire consensus. À défaut *d'un* pouvoir juridictionnel au sens organique et fonctionnel de la théorie de la séparation des pouvoirs, il serait donc opportun d'interroger le concept d'existence *du* pouvoir juridictionnel tel qu'il est utilisé, sinon dans le droit positif, du moins dans les débats doctrinaux qui l'interprètent.

19. Thierry Renoux, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », art. cité, p. 295.

20. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 568.

21. « L'autorité judiciaire reste toujours dans une position de faiblesse, sinon de dépendance et de soumission », Dominique Rousseau, « Un CSM sans tête et sans pouvoirs nouveaux », *Les Petites Affiches*, 14 mai 2008, n° 97, p. 80.

L'EXISTENCE *DU* POUVOIR JURIDICTIONNEL,
QUELQUES PISTES POUR UNE ANALYSE JURIDIQUE NON
NORMATIVE

L'existence *du* pouvoir des juges est une position doctrinale largement partagée, qui peut être analysée d'un point de vue descriptif. Elle est soutenue par des auteurs qui font pourtant des lectures divergentes du droit en vigueur et qui proposent des solutions pratiques souvent fort éloignées. Afin de rendre possible la connaissance de ce pouvoir des juges, on propose ici d'analyser et de confronter les interprétations que le droit positif reçoit dans la doctrine ou dans les décisions des acteurs juridiques. On sollicitera donc deux terrains : l'activité juridictionnelle et sa portée normative, et le régime juridique des organes qui exercent cette fonction juridictionnelle.

82

L'analyse de l'activité

La notion de « fonction » peut être entendue au sens d'une classe d'actes²². Selon les finalités politiques poursuivies, les rédacteurs de constitutions ou les auteurs qui proposent des solutions pratiques pour édifier ou modifier l'organisation des pouvoirs décident des actes qu'il faut ou non faire rentrer dans la définition de la « fonction juridictionnelle ». Ces actes font la fonction. Conduisent-ils les juges à exercer une puissance, c'est-à-dire à produire du droit ? Cette interrogation invite à questionner la portée normative de l'activité.

La fonction juridictionnelle en actes

Du point de vue des actes, deux définitions peuvent être observées en doctrine qui rendent compte de deux lectures divergentes du droit en vigueur. Une première définition étroite de la fonction à laquelle s'oppose la définition large sur laquelle repose la thèse de l'existence d'*un* pouvoir juridictionnel.

La définition restreinte réunit l'ensemble des activités mises en œuvre par les organes « judiciaires ». Ainsi, au sein de la magistrature ordinaire, les magistrats du parquet sont considérés comme des organes judiciaires même s'ils n'exercent pas la fonction de juger. La fonction judiciaire est définie organiquement : c'est l'ensemble des activités – dont celle de juger – de la « magistrature judiciaire ». On peut en tirer deux conclusions essentielles. D'une part, poursuivre et juger sont bien des activités

22. Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 32^e éd., Paris, LGDJ, p. 125.

différentes. Elles peuvent néanmoins être considérées comme ayant en commun, d'un point de vue matériel chacune à leur façon, l'application de la loi : *application liée* pour les juges et *application discrétionnaire* pour les magistrats du parquet ; distinction qui justifie d'ailleurs la différence de statut entre ces deux types de magistrats. L'autorité judiciaire peut ainsi être comprise comme étant une des branches du pouvoir exécutif, ce qui justifie un statut spécifique pour les organes judiciaires, distincts des autorités administratives, mais qui n'exclut pas la participation de l'exécutif à la gestion de l'ensemble du corps et la subordination hiérarchique des magistrats du parquet. D'autre part, cette définition étroite permet également d'observer que des organes *non judiciaires*, les juridictions administratives et le juge constitutionnel, exercent une fonction qui n'a d'ailleurs pas toujours été dite « juridictionnelle » et qui consiste à exercer un contrôle de légalité sur les activités du pouvoir étatique. Ces organes ne forment pas, avec ceux de l'autorité judiciaire, un pouvoir unitaire au sens organique. Il ne suffit donc pas de juger pour être organe de l'autorité judiciaire, il faut juger *d'une certaine façon*, c'est-à-dire en produisant des syllogismes fondés sur des textes législatifs préexistants. Cette pluralité de juridictions atteste que les constituants n'ont pas appliqué la théorie de la séparation mais simplement distribué des compétences entre différents organes²³. Parmi ces compétences, celle qui consiste à exercer un contrôle du pouvoir (pouvoir discrétionnaire de l'administration, pouvoir législatif de la majorité gouvernementale) a été délibérément attribuée à des juges spécifiques, et non à l'autorité judiciaire.

83

La définition large quant à elle rejoint celle qui est soutenue aujourd'hui en doctrine par les partisans de l'existence d'un pouvoir juridictionnel, selon laquelle tous les organes qui exercent « la » fonction juridictionnelle – juridictions judiciaires, administratives, constitutionnelle – forment ou devraient former officiellement *un* pouvoir juridictionnel pour satisfaire les exigences de la séparation des pouvoirs. Or, c'est ici qu'il est difficile de suivre le raisonnement des défenseurs de cette thèse car on ne sait jamais bien si on parle de pouvoir juridictionnel au sens organique et/ou au sens fonctionnel. En effet, sauf à démontrer qu'il existerait *un* critère de la fonction juridictionnelle, celle-ci ne consiste qu'en une addition d'actes ou de compétences qui peuvent être vus comme des segments de l'activité juridictionnelle. En l'occurrence ici, elle comprendrait donc

23. Jacques Chevallier, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA*, sept.-octobre 1990, p. 723.

le pouvoir de censurer la loi sur le fondement de la Constitution ou de conventions internationales, de contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration et même, pour certains, de déclencher l'action pénale. Ainsi définie, d'un point de vue fonctionnel, cette somme de compétences recouvre certainement l'exercice d'un pouvoir considérable (et ce, même sans parler de pouvoir interprétatif) dont le centre de gravité se situe autour de la capacité à exercer le contrôle de la légalité de l'action des autres pouvoirs. Cette représentation de la fonction est aujourd'hui largement dominante dans la culture juridique, et son modèle est le juge constitutionnel qui décide essentiellement sur le fondement des normes surplombant les lois. Les limites fonctionnelles traditionnelles de la fonction judiciaire chargée de l'application de la loi aux litiges en matière pénale et civile, s'en trouvent repoussées. Mais *quid* des limites organiques ? Les organes juridictionnels – juridictions administratives et Conseil constitutionnel – se voient gratifiés par la doctrine d'une qualité organique nouvelle. Ils sont faits membres de ce « troisième pouvoir²⁴ » sans que les conséquences juridiques de l'attribution de cette qualité soient éclaircies. L'absence d'unité organique et notamment statutaire entre ces organes, c'est-à-dire l'absence d'un pouvoir juridictionnel au sens organique, n'est-elle pas un facteur d'affaiblissement ? Cette distribution des différents segments de l'activité entre des organes pourvus d'un régime juridique distinct, comprenant une ingérence plus ou moins importante du pouvoir exécutif dans la gestion des corps et des structures, mérite manifestement d'être enrichie d'une analyse de sa portée normative. C'est alors le rôle *du* pouvoir juridictionnel de produire du droit qui pourrait apparaître *divisé* et *maîtrisé*.

Le pouvoir de créer des normes

Du point de vue de la portée normative de l'activité, on retrouve l'opposition classique entre deux conceptions de la fonction de juger, vue soit comme fonction d'application, soit comme fonction de création du droit.

En dépit de ce qui en est généralement dit en doctrine, ces deux conceptions ne sont pas alternatives ou chronologiquement séparées. Elles sont au contraire toutes deux présumées par le système juridique et par ses observateurs. Si le pouvoir juridictionnel – au sens fonctionnel – semble

24. Selon Fabrice Hourquebie, les juridictions judiciaires et administratives en composent les branches ordinaires, le Conseil constitutionnel, la branche constitutionnelle. *Le Pouvoir juridictionnel en France, op. cit.*, p. 47.

implicite au système, cette idée coexiste toutefois avec une série de prescriptions juridiques, en vigueur, qui bannissent cette « puissance juridictionnelle²⁵ ».

Dans le droit en vigueur, la fonction juridictionnelle comme activité créatrice de droit (bien connue à plusieurs époques de l'Histoire) n'est pas ignorée puisqu'elle est *interdite* au juge – notamment judiciaire. L'interdiction est encore plus stricte pour le juge pénal, qui par son activité peut mettre en péril la liberté. En revanche, elle l'est bien moins pour les organes chargés des litiges administratifs qui exercent un contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration sur le fondement de principes qu'ils ont souvent eux-mêmes créés, un pouvoir créateur que la doctrine a d'ailleurs souvent célébré sans jamais le reconnaître pleinement. En effet, en doctrine, la portée normative de l'activité des juges fait souvent l'objet d'un discours complexe : soit le juge *peut être* la bouche de la loi, ce qui est désormais une position minoritaire ; soit il ne le peut pas, ce qui est aujourd'hui le cas majoritaire. Cependant, c'est la figure du juge garant du droit et des droits, notamment de la Constitution, qui domine. Par « droit », les auteurs entendent la loi mais aussi les principes constitutionnels. La production juridictionnelle des normes est unanimement admise en doctrine, en même temps qu'elle est minorée. Il ne s'agirait pas de création mais d'application ou de découverte, de principes implicites, de droit naturel, ou encore de pondération entre des valeurs, dont la possible connaissance permettrait de maintenir le juge dans une fonction, sinon rationnelle, du moins raisonnée et susceptible de contrôle, notamment par les savants. Cette minimisation du pouvoir créateur assure la compatibilité du pouvoir du juge avec les idéologies de l'État de droit et de la démocratie.

85

Pourtant, que l'on tente de le cacher ou pas, ce pouvoir des juges de créer le droit existe. Dès lors se pose la question de savoir qui le maîtrise en dernier ressort. Reste-t-il entre les mains des seuls juges ou est-il en quelque sorte *partagé* avec des organes de gouvernement ?

Le régime juridique des organes

S'interroger sur l'existence du pouvoir juridictionnel sans le penser dans le cadre organique dans lequel il est inscrit pose des difficultés.

25. Citons en particulier l'article 5 du code civil qui interdit les arrêts de règlement. Sur ces questions, voir Isabelle Boucobza, « La fonction juridictionnelle et la production juridictionnelle des normes », in Dominique Chagnollaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, *Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2012, p. 705 sq.

L'organique n'est en effet que le reflet de la conception du pouvoir du juge qui est intégrée dans le système juridique. De même, à travers la définition des règles d'organisation et de garantie d'indépendance des juges transparait l'idée que les acteurs se font de leur puissance. Celle-ci est toujours double et contradictoire : les juges ne doivent pas exercer de pouvoir et ils ne peuvent pas ne pas en exercer.

86 Lorsque Montesquieu lui-même propose ce célèbre modèle prescriptif qui fait du juge « la bouche de la loi », il ne néglige pas l'aspect organique. Les choix qu'il fait en la matière se fondent sur une analyse descriptive de la fonction très éloignée du modèle prescrit. En effet, si Montesquieu avait admis une conception descriptive de l'acte de juger, donc une théorie – au sens propre – de l'interprétation comme acte de connaissance, c'est-à-dire s'il avait considéré que l'interprétation *telle qu'elle est*, et non telle qu'elle doit être, consiste à révéler « le » sens de la loi, il n'aurait eu aucune raison de craindre les juges, en tant que corps de magistrats, et donc de leur préférer des jurys populaires, des juges non permanents, comme il le fait pourtant dans *l'Esprit des lois*. Ce choix organique visait précisément à neutraliser le pouvoir.

De la même façon, on oublie souvent de noter qu'à la définition prescriptive d'un acte juridictionnel structurellement soumis à la loi s'ajoute, notamment dans la tradition française, une organisation juridictionnelle bureaucratique et hiérarchisée, un système d'influence qui agit de telle sorte que la hiérarchie au sein du corps judiciaire suit la hiérarchie des tribunaux. Les règles juridiques organisent, par le statut des membres du corps et ses rapports avec le pouvoir politique, une mécanique qui joue comme un dispositif de contraintes n'obligeant certainement pas (contrairement à la règle du *stare decisis* dans les pays de *common law*), mais contribuant sûrement à ce que les juridictions inférieures suivent les précédents jurisprudentiels issus des juridictions supérieures dont la nomination dépend plus ou moins directement du pouvoir politique. Par cette mécanique, le pouvoir créateur de droit des juridictions de dernier ressort est, selon les périodes historiques, plus ou moins souterrainement canalisé, le pouvoir politique étant certain de garder peu ou prou directement la maîtrise de la création juridictionnelle du droit.

La remise en cause du concept d'existence d'*un* pouvoir juridictionnel au sens d'une véritable signification de la théorie de la séparation des pouvoirs conduit à la mise en évidence d'une question méthodologique :

comment étudier le pouvoir des juges aujourd'hui d'un point de vue non normatif ? Il est indiscutable qu'ils sont titulaires de compétences qui les conduisent à contrôler la légalité de l'action des pouvoirs publics et privés dans l'État. Il est incontestable également qu'à l'occasion de la mise en œuvre de ces compétences, ils disposent du pouvoir de produire des normes. Reste que ce pouvoir juridictionnel est, d'une part, *divisé* entre divers juges et, d'autre part, *partagé* avec le pouvoir politique qui tente discrètement de le *maîtriser*. Enfin, dans le droit et dans les discours qui portent sur lui, ce *pouvoir juridictionnel ainsi que les liens qu'il entretient avec le pouvoir gouvernemental* demeurent souvent cachés pour rester compatibles avec les principes juridiques et politiques qui légitiment l'État moderne et impliquent la préexistence des normes juridiques et l'indépendance des organes chargés de les appliquer.

87

Tous mes sincères remerciements à
Zéhina Ait-el-Kadi et Charlotte Girard.

R É S U M É

Le concept d'existence d'un pouvoir judiciaire est présenté comme le résultat d'une description de l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Or, cette « application » n'est en fait que le produit du choix d'une interprétation de cette jurisprudence à la lumière des préférences des auteurs concernant la meilleure façon d'organiser les pouvoirs. La critique du caractère faussement descriptif du concept laisse donc la place à la proposition de pistes pour la réalisation d'une analyse non normative du pouvoir juridictionnel, dont personne aujourd'hui ne conteste l'existence. À partir des interprétations que le droit positif reçoit, on sollicite deux terrains : celui de la définition de l'activité juridictionnelle et de sa portée normative, celui du régime juridique des organes qui l'exercent. Sur chacun de ces terrains, c'est la division, le partage et la maîtrise de cette « puissance », au profit notamment du pouvoir gouvernemental, qui est en jeu.