

« CECI N'EST PAS UN POUVOIR »
LE DÉBAT AUTOUR DE LA PLACE
DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE EN FRANCE

7

Le désarroi de l'étudiant en droit à qui l'on explique pour la première fois que la France, par tradition, a toujours nié, refusé, rejeté le « pouvoir judiciaire » peut faire penser à l'incrédulité de l'enfant qui, découvrant le tableau de Magritte, se demande bien pourquoi il y est inscrit : « Ceci n'est pas une pipe », alors que cet objet est si parfaitement dessiné en surplomb... On comprend en effet que ledit étudiant soit décontenancé : il se remémore ses cours de licence, durant lesquels il avait appris avec Montesquieu qu'il y avait « dans chaque État » trois pouvoirs, dont le judiciaire, et que notre pays était bien doté d'institutions juridictionnelles anciennes, solides et indépendantes, chargées précisément d'exercer ce dernier.

Pourtant, l'affirmation selon laquelle la France n'aurait jamais consacré de « véritable » pouvoir judiciaire (l'adjectif est important, et d'ailleurs presque systématiquement utilisé) rencontre une forme de consensus doctrinal¹. La plupart des auteurs s'accordent en effet à considérer que notre culture juridique est si rétive à l'égard de cette branche du gouvernement que la Constitution de 1958 ignore ostensiblement le terme même de « pouvoir » et lui préfère la notion d'*autorité* judiciaire en son titre VIII. Seuls le législatif et l'exécutif seraient donc considérés en France comme de réels « pouvoirs », le judiciaire étant ainsi relégué au rang de simple « autorité », c'est-à-dire un organe cantonné à l'application mécanique de la loi et dont l'indépendance n'est pas absolue (précisément parce que

1. Pour une remarquable déconstruction du concept d'« existence » du pouvoir judiciaire, il faut se reporter au bel article publié par Isabelle Boucobza dans cette même revue (« Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 73-87).

l'on doit pouvoir s'assurer qu'il ne s'écarte pas excessivement de cette tâche). Cette conception trancherait nettement avec la situation faite aux juges dans les pays de *common law*, singulièrement aux États-Unis, où le pouvoir judiciaire serait précisément reconnu comme un égal des deux autres (à l'article III de la Constitution fédérale de 1787).

8 Cependant, une grande partie de la doctrine estime aujourd'hui qu'il est temps de rompre avec cette conception traditionnelle. La démonstration des auteurs prend alors appui sur une série d'arguments facilement identifiables. Il est évident, avancent-ils, que les juges exercent un pouvoir normatif considérable, qu'ils ne sont pas les « automates » qu'évoquait Montesquieu : la théorie du droit contemporaine le démontre amplement et il serait étrange de continuer à se fonder sur une thèse si évidemment erronée. Il ne peut pas être nié non plus, poursuivent-ils, que la justice occupe de nos jours une place essentielle dans le fonctionnement des institutions françaises (comme, du reste, partout ailleurs) : il s'agirait donc tout simplement de « mettre en adéquation le droit et le fait² », en reconnaissant franchement l'existence d'un authentique pouvoir judiciaire. Du reste, celle-ci aurait d'après ces auteurs déjà reçu une forme de consécration juridique, notamment par l'entremise du Conseil constitutionnel : dans ses décisions du 22 juillet 1980 et du 23 janvier 1987, il aurait pallié la défaillance coupable du constituant de 1958, pour consacrer « l'existence du pouvoir juridictionnel à deux branches, constitutionnellement protégé³ ».

Bref, la consécration aurait, selon eux, bien eu lieu, mais seulement en creux, de façon implicite – et il conviendrait donc de parachever l'œuvre du Conseil en rompant définitivement avec cette « conception française » désormais obsolète et inadaptée. Cela passerait d'abord, bien entendu, par la consécration du pouvoir judiciaire dans le texte de la Constitution, car cela permettrait de donner un véritable fondement constitutionnel à ce dernier, mais aussi, entre autres, par le renforcement des garanties d'indépendance du parquet. Cette position rencontre un écho certain dans l'opinion publique mais aussi auprès des autorités politiques, dont les propositions de réforme à cet égard s'appuient sur des thèses très similaires⁴.

2. L'expression est de Fabrice Hourquebie (« Où en est-on de la consécration d'un pouvoir juridictionnel sous la V^e République ? », *RevuePolitique.fr*, 9 juillet 2018).

3. *Id.*

4. Ainsi, par exemple, le rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions présidé par Claude Bartolone et Michel Winock, « Refaire la démocratie », adopté à l'Assemblée nationale le 2 octobre 2015, comportait-il une partie consacrée au statut de la justice, dans

Face à cette demande de reconnaissance du « pouvoir » judiciaire, les résistances demeurent néanmoins nombreuses, aussi bien au sein de la classe politique qu'en doctrine : la crainte d'un gouvernement des juges⁵ ou de la constitution d'un certain corporatisme des magistrats reste vive, de sorte que les évolutions demandées ne sont pas toutes accueillies avec le même enthousiasme⁶.

Évidemment, au regard des enjeux de cette controverse (la question du pouvoir normatif des juges et de ses conséquences sur la démocratie, celles du développement de l'État de droit, des rapports entre justice et monde politique, etc.), il est tentant de s'y engager franchement et de prendre position sur chacune des thématiques soulevées. Mais il faut parfois savoir résister à la tentation, car cette querelle doctrinale est riche d'autres enseignements, si l'on prend la peine (conformément du reste à l'esprit du tableau de Magritte) de s'en détacher pour l'observer en tant que telle. Si l'on fait cet effort, on sera peut-être en mesure de percevoir toute une série de questions essentielles : que signifie le fait d'affirmer que l'on a, en France, une certaine « conception » du pouvoir judiciaire ? Et d'ailleurs, qu'est-ce qu'une « conception » lorsqu'il s'agit de concepts juridiques ? Plus généralement, quel est le rapport entre le discours que nous tenons sur le droit et la réalité – et de quelle réalité est-il question lorsque nous parlons du droit ?

Prenons donc la peine d'accomplir ce pas en arrière et observons. La controverse apparaît alors structurée (comme toute controverse) autour d'un point d'accord entre les protagonistes – en l'occurrence, le lieu commun doctrinal mentionné plus haut selon lequel le pouvoir judiciaire serait, en France, un pouvoir « refusé » (pour reprendre l'expression, souvent citée, de Jean Foyer⁷). C'est cette conception qui expliquerait les choix statutaires et institutionnels opérés depuis (au moins) la Révolution à l'égard de la justice. On commencera donc par interroger le statut de cette thèse : est-il bien pertinent de la considérer comme une « conception » du pouvoir judiciaire ? Cette affirmation est en effet source de malentendus,

laquelle il appelait à « réfléchir sur l'institution d'un véritable pouvoir judiciaire et sur les moyens d'assurer son autonomie », notamment en renforçant l'indépendance du parquet ou en confiant le rôle de garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire au Conseil supérieur de la magistrature plutôt qu'au président de la République.

5. Voir, *infra*, Wanda Mastor, « Énième retour sur la critique du “gouvernement des juges” ». Pour en finir avec le mythe », p. 37-50.

6. Ainsi, par exemple, Olivier Beaud exprimait-il naguère ses craintes qu'une sorte de « féodalité judiciaire » ne voie le jour du fait de ces revendications (« L'émergence du pouvoir judiciaire sous la V^e République », *Esprit*, n° 281, 2002, p. 108-121).

7. « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 17-29.

qu'il conviendra de lever avant de poser la question principale : celle de savoir ce que signifie, dans ce contexte, la demande de reconnaissance d'un « véritable » pouvoir judiciaire.

UNE VÉRITABLE « CONCEPTION » DU POUVOIR JUDICIAIRE ?

Selon une présentation traditionnelle, la « conception » du judiciaire comme un pouvoir à la fois borné et subordonné puiserait ses racines loin dans l'histoire nationale mais aurait, surtout, produit des effets très concrets sur la place des juges en France. On l'estime, par exemple, à l'origine du retard pris par notre pays dans l'introduction d'une véritable justice constitutionnelle, ou encore du manque d'indépendance statutaire des membres du parquet.

Cette thèse, très répandue, doit pourtant être critiquée car, du fait de sa formulation, elle est la source d'une triple ambiguïté, que l'on s'emploiera à dissiper.

Fonction ou organe ?

On souligne souvent avec raison que le terme de pouvoir est équivoque puisqu'il est utilisé pour désigner soit la fonction en cause, soit l'organe qui l'exerce. Mais, lorsqu'on affirme que la tradition française refuse le « pouvoir » judiciaire, il semble que les deux significations ne soient pas mobilisées alternativement, mais bien *en même temps* : on veut en effet alors indiquer que cette conception française implique la subordination à la fois de la fonction *et* des autorités judiciaires, sans que l'on puisse distinguer entre les deux – comme s'il s'agissait d'une seule et même chose. Or il est en toute rigueur absolument essentiel de bien distinguer deux thèses : celle selon laquelle le pouvoir judiciaire consisterait en une fonction subordonnée à la loi, mécanique, ne tolérant aucun pouvoir discrétionnaire ; et celle selon laquelle les juges devraient être maintenus dans une certaine dépendance vis-à-vis des autres autorités – qu'elles soient législatives ou exécutives.

Elles doivent être distinguées non pas seulement parce qu'elles sont conceptuellement différentes, mais aussi parce qu'il n'y a aucune relation nécessaire entre elles. Il est certes possible – et même fréquent – de les défendre ou de les rejeter toutes deux solidairement. Mais il est parfaitement possible de rejeter la première thèse (et reconnaître le pouvoir normatif des juges) tout en adoptant la seconde (pour estimer que les autorités judiciaires, en raison de ce pouvoir, devraient

être soigneusement encadrées et limitées par les autorités politiques). À l'inverse, on peut tout aussi bien adopter la première thèse (les juges n'exerceraient aucun pouvoir normatif) mais non la seconde (en estimant indispensables de fortes garanties d'indépendance afin que les décisions des juges ne soient pas soumises à l'arbitraire des autorités politiques) : après tout, être soumis à la loi ne signifie pas nécessairement être soumis au législateur.

Cette première ambiguïté, somme toute assez classique, est aggravée par une seconde confusion, qui touche au statut de l'affirmation selon laquelle le pouvoir judiciaire serait « subordonné » : s'agit-il d'une croyance sur ce que serait, par nature, le pouvoir judiciaire, ou d'une conviction relative à ce qu'il devrait être ?

Description ou prescription ?

Lorsque l'on évoque la « conception » française du pouvoir judiciaire, il est fréquemment fait référence à la figure de Montesquieu, notamment en raison de ses formules restées célèbres relatives à la puissance de juger, « en quelque façon nulle », ou au juge lui-même, qui ne serait que « la bouche qui prononce les paroles de la loi », un « être inanimé » ne pouvant modérer ni la force ni la rigueur de la loi⁸. Ces appréciations, en apparence descriptives, ne doivent pourtant pas tromper : il s'agit indéniablement, de la part de Montesquieu, d'une entreprise prescriptive. D'une part en effet, il est tout à fait évident que la fonction judiciaire ne peut selon lui être considérée comme inoffensive que si son exercice est organisé d'une certaine façon (si, par exemple, la puissance de juger est « exercée par des personnes tirées du corps du peuple »). D'autre part, l'affirmation que le juge est un être inanimé ou que la fonction judiciaire est « en quelque façon nulle » ne peut être comprise que comme une finalité désirable dans une Constitution *libre* – c'est-à-dire dans laquelle les hommes sont soumis aux lois et non aux caprices du prince – et non comme une assertion sur la réalité du pouvoir des juges⁹. En d'autres termes, Montesquieu ne fait que mettre en relation une fin avec les moyens d'y parvenir : la puissance de juger *doit* être nulle, ce qui peut s'obtenir grâce à une certaine organisation de la magistrature.

11

8. Ces expressions sont tirées du fameux chapitre 6 du livre XI de *L'Esprit des lois* (1748).

9. Comment comprendre, dans le cas contraire, que dans le même chapitre Montesquieu puisse dire cette puissance « si terrible parmi les hommes » ?

Bref, Montesquieu nous livre une « prescription » sur ce que doit être la puissance judiciaire dans un État libre, et non sa vision de ce qu'elle serait, par nature (si cette expression a un sens).

Les révolutionnaires français partagent en réalité cette position¹⁰. Ils « conçoivent » certes la fonction judiciaire comme une fonction subordonnée à la loi – quoique pas davantage, à cet égard, que la fonction exécutive. Mais, surtout, il s'agit là aussi d'une position foncièrement prescriptive. Le problème constitutionnel des révolutionnaires était de s'assurer que les organes chargés d'exécuter les lois (dont les juges) le fassent « droitement », et « avec rectitude », comme l'on disait alors. En 1791, tous leurs efforts ont donc consisté à prévoir des garanties pour que cela soit le cas, aussi bien pour les autorités exécutives au sens strict – avec la mise en place de la responsabilité pénale des ministres – que pour le pouvoir judiciaire – avec, par exemple, l'institution d'un tribunal de cassation¹¹ et du fameux référé législatif¹², ou bien l'interdiction formelle faite aux juges (énoncée dès l'article 3 du chapitre consacré au pouvoir judiciaire) de « s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ». Toutes ces règles révèlent la volonté des constituants de s'assurer que la fonction judiciaire reste bien subordonnée à la fonction législative. Toutefois, cela n'implique nullement que les juges eux-mêmes soient entièrement soumis au corps législatif : au contraire, des mécanismes sont bel et bien prévus pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire (au sens organique) à l'égard des autres autorités – comme le principe de l'élection des juges

10. Et contrairement à une idée reçue, on peut dire la même chose des révolutionnaires américains. Jean-Louis Halpérin écrit ainsi, par exemple : « Très critiques à l'égard des juges de la Couronne britannique, les insurgés américains ont été sensibles à l'idée de séparer les fonctions judiciaires des organes exécutifs ou législatifs. En même temps, les rédacteurs des Constitutions des nouveaux États américains avaient une conception restrictive de l'indépendance des juges, qu'ils voulaient réduire à de pures machines » (« Cours suprêmes », *Droits*, n° 34, 2001, p. 54).

11. Le fait que ce tribunal de cassation soit « établi auprès du corps législatif » en vertu de l'article 19 du chapitre V du titre III de la Constitution de 1791 manifeste l'intention des constituants d'en faire une sorte d'intermédiaire entre ce dernier et les juges ordinaires : il était conçu comme l'organe permettant de s'assurer que les lois seraient appliquées non seulement de la même façon sur tout le territoire, mais aussi « avec rectitude ».

12. Le référé législatif consistait, en vertu de l'article 21 du même chapitre, en ce que le tribunal de cassation soit tenu, après deux cassations infructueuses (ce qui était supposé manifester une incertitude quant au sens de la loi), de renvoyer ladite question au corps législatif afin qu'il la tranche lui-même, par un « décret déclaratoire de la loi ». Il ne faut du reste pas oublier un autre mécanisme, complémentaire, institué à l'article suivant et destiné lui aussi à garantir que les tribunaux se conformaient bien à la loi : il prévoyait que le tribunal de cassation enverrait chaque année une délégation de ses membres au corps législatif, afin qu'il rende compte de la façon dont les lois avaient, dans chaque affaire, été appliquées.

ou l'affirmation qu'ils ne pourraient être destitués que pour « forfaiture dûment jugée » (art. 2 de ce chapitre V du titre III).

Une telle perspective n'est guère surprenante, en réalité, car elle résulte de l'idée même de séparation des pouvoirs : la fonction judiciaire consiste à exécuter la loi, mais ceux qui l'exercent doivent demeurer relativement indépendants des autres autorités – puisque, à défaut, ces dernières finiraient par se l'approprier¹³.

Les régimes qui se succéderont par la suite jusqu'à la V^e République reprendront, chacun à sa manière, cette approche duale : d'un côté, l'exigence de voir les jugements prononcés l'être en conformité à la loi et, de l'autre, le maintien d'une certaine indépendance (au moins apparente) vis-à-vis des autres autorités¹⁴.

La thèse du refus du pouvoir judiciaire, si elle est une « conception », est donc une conception fondamentalement normative : le pouvoir législatif *doit* consister à édicter des règles générales et abstraites, l'exécutif à mettre en œuvre la loi et, effectivement, le judiciaire à « dire » la loi¹⁵ – à l'occasion de litiges.

Cette thèse prescriptive est pourtant le plus souvent exprimée en des termes apparemment descriptifs : on ne dit pas que le juge *doit être* la bouche de la loi, mais qu'il *est*... Rien de très surprenant en réalité : ainsi fonctionne le droit qui énonce sous la forme d'assertions sur le monde des prescriptions relatives à ce qu'il devrait être. Ce procédé permet en effet de dissimuler ces dernières sous l'apparence d'une simple description de la réalité (juridique). En d'autres termes, il s'agit d'un procédé justificatif. Et les assertions sur le pouvoir judiciaire n'échappent pas à la règle : affirmer son existence, le *décrire* d'une certaine façon, est une manière de justifier certaines décisions. Peut-on dès lors véritablement parler de « conception » du pouvoir judiciaire ?

13

13. L'indépendance ne saurait cependant être absolue, car cela reviendrait à autoriser les juges à outrepasser leurs fonctions.

14. Les dispositifs institutionnels sont évidemment très différents d'un régime à l'autre, les régimes autoritaires s'assurant évidemment que les juges resteraient bien subordonnés au pouvoir gouvernemental, mais le système justificatif varie peu de ce point de vue. Cf. Jean-Louis Halpérin, « Cours suprêmes », art. cité, p. 56-57.

15. On pourrait ajouter qu'une telle prescription implique un jugement de fait : celui selon lequel les juges *peuvent* être contraints de respecter la loi – puisque, comme disent les Anglais, « *ought implies can* ». Or cette possibilité même peut être contestée – et l'est effectivement par une grande partie de la théorie du droit contemporaine. Telle n'est cependant pas la question qui nous intéresse ici.

Conception ou justification ?

Lorsque l'on évoque la « tradition française » d'un pouvoir judiciaire « relégué », on suppose, d'une part, qu'existerait une forme de croyance collective, sinon d'adhésion plus ou moins consciente à une telle idée, mais aussi, d'autre part, que cette dernière aurait emporté des effets très concrets sur l'organisation et l'exercice du pouvoir judiciaire en France. En d'autres termes, parler de « conception » du pouvoir judiciaire suggère une relation de cause à effet entre des représentations mentales et des décisions normatives.

14 Or il est sans doute préférable d'inverser la perspective. Les idées juridiques ont bien entendu une influence sur les choix normatifs (il n'est nullement question de le nier), mais il est très difficile d'évaluer le degré de celle-ci, sauf à sonder l'état psychique des acteurs. En revanche, il est tout aussi évident que ces derniers établissent *eux-mêmes* un lien entre ces idées ou ces théories d'un côté, et leurs décisions de l'autre – en présentant les secondes comme la simple mise en œuvre, le résultat des premières.

On doit par conséquent estimer *a minima* que ces idées leur servent de justifications. Mais la question de savoir si les acteurs croient ou non à ces justifications est secondaire, du moins si l'on veut conserver un point de vue descriptif sur le système juridique. Il suffit de remarquer que celui-ci n'est pas seulement formé d'institutions, de règles ou de décisions : il est également constitué de théories justificatives qui leur donnent sens, participent à leur légitimation sociale et leur permettent de fonctionner efficacement. Ces théories justificatives ne fonctionnent pas sur le mode du « tout ou rien » : elles peuvent se succéder mais aussi cohabiter, se juxtaposer, se combiner et même parfois se contredire, sans nécessairement perdre leur valeur persuasive. On peut dès lors se contenter de décrire ces théories, la manière dont elles sont articulées aux décisions des acteurs, la façon dont elles évoluent dans le temps, sans pour autant se prononcer sur la question de savoir si les acteurs y croient véritablement ou si elles sont les véritables mobiles de leurs actions (car cela est beaucoup plus difficile à démontrer).

Il est donc sage de considérer que ce qu'on appelle la « conception » française du pouvoir judiciaire constitue l'une de ces théories. Elle a été et continue d'être fréquemment utilisée, lorsque l'on évoque le rôle des juges ou leur place dans les institutions : leur pouvoir normatif est ainsi souvent minimisé par les magistrats comme par les autorités politiques, sans doute davantage que dans d'autres pays ; leur statut comme l'organisation juridictionnelle en général sont également expliqués par la

nécessité de les maintenir dans une position subordonnée – au nom, par exemple, de la démocratie.

Et lorsqu'une large partie de la doctrine demande à reconnaître un véritable pouvoir judiciaire, on doit simplement comprendre cette revendication comme une invitation à changer de théorie justificative : il s'agirait d'assumer désormais (au lieu de nier ou de minimiser le fait) que les juges sont bien investis d'un véritable pouvoir normatif lorsqu'ils exercent leurs compétences.

Mais que modifierait, dans le système juridique français, une telle substitution ?

VERS UN « VÉRITABLE » POUVOIR JUDICIAIRE ?

Dans cette perspective, la reconnaissance d'un « véritable » pouvoir judiciaire consisterait essentiellement en un changement dans l'ordre du discours. Il s'agirait de fonder le système juridique français dans son ensemble sur l'idée que les juges exercent bien un pouvoir normatif, ne font pas qu'appliquer le droit mais le créent (au moins en partie).

15

Une telle évolution impliquerait évidemment un certain bouleversement des discours des acteurs notamment sur le statut comme sur la fonction des juges au sein des institutions.

La justification du statut

La théorie dite traditionnelle, celle du « refus » du pouvoir judiciaire, permet bien sûr de justifier le statut actuel des magistrats. Leurs garanties d'indépendance en particulier sont présentées comme le résultat du principe de la séparation des pouvoirs : ils doivent être mis à l'abri des pressions éventuelles des autorités politiques, qui ne doivent pas pouvoir s'approprier la fonction judiciaire. Le juge n'est sans doute que la « bouche de la loi », mais il doit rendre la justice de façon impartiale. Cela vaut donc essentiellement pour les magistrats du siège – les seuls qui soient amenés à rendre des jugements (au contraire des membres du parquet, au statut dès lors moins protecteur). Dans le cadre de cette théorie traditionnelle, l'indépendance de l'autorité judiciaire est par conséquent liée à sa spécialisation : le respect de la première garantit la seconde. Il faut néanmoins rappeler que ladite théorie est suffisamment malléable et accueillante pour avoir été en mesure de justifier des régimes statutaires des magistrats bien différents depuis la Révolution – preuve que ce ne sont pas les théories qui déterminent les solutions institutionnelles, mais les solutions institutionnelles qui appellent des théories (justificatives) adaptées.

À l'inverse et pour les mêmes raisons, un changement de théorie justificative, comme le réclament celles et ceux qui demandent que le pouvoir normatif des juges soit désormais assumé, n'implique aucune modification particulière relative au statut des magistrats. Pourtant, cette thèse s'accompagne précisément, en général, de la revendication d'une indépendance accrue de ces derniers, sans que l'on comprenne du reste toujours le lien supposé unir ces deux prétentions. En effet, on ne voit pas très bien en quoi la reconnaissance du pouvoir normatif du juge impliquerait que celui-ci soit rendu plus autonome (intuitivement, l'inverse paraîtrait même plus logique). C'est pourtant bien comme cela qu'est, en général, formulée cette demande¹⁶.

16 Les partisans de cette thèse paraissent adhérer à une théorie de la séparation des pouvoirs qui fait la part belle à l'idée de contre-pouvoirs. Doter l'autorité judiciaire d'une plus grande indépendance lui permettrait d'exercer son pouvoir normatif de façon autonome, afin d'être en mesure de contrebalancer les deux autres branches du gouvernement. Il importe dans ce contexte de considérer que ce « pouvoir » englobe non pas seulement les juges judiciaires, mais aussi toutes les institutions participant à l'exercice de la justice : les membres du parquet, les juridictions de l'ordre administratif ou le Conseil constitutionnel (c'est pourquoi il est proposé de parler de « pouvoir juridictionnel » plutôt que de « pouvoir judiciaire »¹⁷). Cela permet de demander concomitamment la fin de la dépendance hiérarchique des membres du parquet vis-à-vis de la chancellerie, de supprimer la fonction de « garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire » confiée au chef de l'État, ou encore de corriger l'anomalie que représente la présence des anciens présidents de la République parmi les membres du Conseil constitutionnel.

Mais il ne suffit pas d'instaurer des contre-pouvoirs : encore faut-il que ceux-ci soient pourvus d'une légitimité suffisante pour se contrebalancer efficacement les uns les autres. Or les autorités législatives et exécutives assoient la leur sur l'élection au suffrage universel (de façon

16. Lorsque Fabrice Hourquebie réclame que soit comblé le « décalage entre le statut minimal de la justice dans la Constitution et la réalité de son office aujourd'hui » (« Où en est-on de la consécration d'un pouvoir juridictionnel sous la V^e République ? », art. cité), il semble ainsi qu'il entende déduire la nécessité d'un statut renforcé de la justice (dont le reste du texte laisse entrevoir qu'il se caractériserait par une indépendance accrue) du constat des fonctions, désormais très larges, exercées par les juges de façon de plus en plus assumée.

17. Notamment par Fabrice Hourquebie (*Le Pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, 2010, p. 47).

plus ou moins directe), ce qui n'est évidemment pas le cas des juges. On comprend dès lors que, parmi les partisans d'une franche reconnaissance du pouvoir normatif des juges, certains plaident également pour qu'ils soient élus : une telle désignation par les citoyens pourrait constituer un moyen de hisser le pouvoir judiciaire au même rang que ses homologues. Cette position n'est pourtant que rarement défendue¹⁸ : la légitimité des membres de ce nouveau « pouvoir juridictionnel » doit donc être trouvée ailleurs – par exemple, dans une conception renouvelée de leurs fonctions.

La justification de la fonction

La théorie traditionnelle, minimisant le pouvoir normatif du juge, produit une justification qui opère sur deux plans que l'on peut, par analogie avec une distinction classique en économie, caractériser comme *macro-juridique* d'une part et *micro-juridique* de l'autre.

17

Sur le plan *macro*, on peut estimer que cette théorie permet de présenter le système juridique comme servant un double idéal libéral et démocratique. Libéral, puisque l'idée d'un juge « bouche de la loi » autorise à considérer que nous sommes soumis non à la volonté subjective d'individus mais à des règles fixes et connaissables à l'avance. Démocratique, parce que la soumission du juge à la loi est ce qui garantit que les citoyens se verront appliquer des règles qu'ils ont eux-mêmes choisies – *via* leurs représentants.

Sur le plan *micro-juridique*, cette thèse du « refus » du pouvoir judiciaire présente l'avantage de dissimuler le pouvoir normatif des juges à l'occasion de *chaque* décision juridictionnelle, à travers, par exemple, l'usage très large du syllogisme judiciaire comme figure justificative des décisions – alors que l'on sait combien les prémisses de ce dernier sont construites et non subies par le juge. On perçoit immédiatement le bénéfice que celui-ci peut retirer de l'occultation de son pouvoir créateur, mais il n'est pas le seul en ce cas. Les autres acteurs du système (gouvernement, parlementaires...) sont également susceptibles d'y trouver quelque avantage, notamment lorsqu'ils entendent contester telle ou telle décision de justice : il peut en effet se révéler commode de prétendre que les juges sont à cette occasion « sortis » de leur rôle en se prononçant en opportunité et non en droit.

18. Elle l'est cependant par Wanda Mastor, par exemple – « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », in Stéphane Mouton (dir.), *Le Régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ, 2016, p. 63-74.

On mesure donc combien un changement de justification, admettant plus franchement le pouvoir exercé par les juges, serait porteur de bouleversements sur ces deux plans à la fois.

Au niveau *micro-juridique*, les juges ne dissimulant plus leur pouvoir créateur, il leur faut justifier chaque décision avec davantage d'arguments que la simple référence à la loi. Nul doute que la brièveté des décisions de justice, si typique des juridictions françaises, se justifie dans ce nouveau contexte de moins en moins, puisque le jugement ne peut plus être présenté comme le produit d'un syllogisme pur et simple. La nécessité de motivations plus longues, moins formelles, devient alors évidente – et de fait, de nombreux auteurs plaident désormais pour des motivations à la fois plus soignées et plus étoffées¹⁹.

18 Par ailleurs, le juge n'étant plus seulement supposé traduire la volonté générale en décisions particulières mais plus globalement rendre la justice, il lui appartient de se fonder sur des principes (plus larges que les seuls textes législatifs) structurant le droit dans son ensemble²⁰. La façon particulière dont les juges exercent le pouvoir les conduit ainsi à préférer invoquer dans leurs motivations des valeurs et des principes fixes à des textes législatifs par hypothèse instables. Ces transformations, évidemment accentuées par le développement des jurisprudences constitutionnelle et européenne, ne sont évidemment pas sans conséquence sur le niveau *macro-juridique*.

C'est en effet le système juridique dans sa globalité qui, du fait notamment (mais pas seulement) de l'admission du pouvoir normatif des juges, se voit justifié différemment : il n'est plus présenté comme le résultat d'une volonté souveraine initiale, mais comme étant structuré par des principes et valeurs essentiels, que les juges sont supposés protéger. Le point d'imputation ultime de l'ordre juridique n'est plus la volonté d'une autorité incontestable, mais un ensemble de

19. Comme l'écrit Fanny Malhière, auteure d'une thèse sur « la brièveté des décisions de justice » publiée chez Dalloz en 2013 : « L'autorité démocratique du juge dépend en effet de sa capacité à susciter l'adhésion de ses destinataires » – « L'autorité du juge à l'épreuve de son (refus du) pouvoir d'interprétation », *Les Cahiers de la justice*, n° 4, 2020, p. 644. Wanda Mastor plaide de la même façon pour que les décisions de justice soient désormais soutenues par de véritables motivations, voire que les juges puissent formuler des opinions séparées – *L'Art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, 2020.

20. Les thèses de Ronald Dworkin – notamment dans *L'Empire du droit* (1986), Paris, PUF, 1994 – insistent sur l'inévitable prise en compte par le juge non des seules « règles », mais des « principes » juridiques, et plus généralement les nombreux travaux se revendiquant du néo-constitutionnalisme offrent à cet égard des théorisations subtiles de ce nouveau rôle des juges.

valeurs, qui s'imposent par la force de l'évidence et non parce qu'elles auraient été proclamées. Pour reprendre le vocabulaire kelsénien, on passe alors d'une justification de type *dynamique* à une justification de type *statique*.

Mais c'est le rôle spécifique des juges qui doit également être justifié dans un tel système. En effet, quoiqu'il soit supposé découvrir et non créer ces derniers principes, le juge est néanmoins dépositaire d'une fonction ouvertement normative, qui consiste à les articuler du mieux possible, à les interpréter, les mettre en harmonie. Cette fonction essentielle est bien sûr fondamentalement politique et la légitimité des juges à l'exercer doit donc être démontrée. C'est ainsi que Dominique Rousseau présente la justice comme un pouvoir non de l'État mais de la société : les juges, placés selon lui à l'articulation des espaces civil, public et politique, endosseraient le rôle de « passeurs », permettant par exemple à « quelque chose » qui est ressenti par l'espace civil comme étant un besoin, une demande, un souhait [de] passer à la qualité de droit » ; et c'est précisément parce qu'il « n'est pas dans l'État, mais à l'articulation des pouvoirs », que le juge peut remplir, selon lui, cette « fonction démocratique »²¹. Il s'agit bien d'une tentative de justification d'un rôle nouvellement assumé par les juges.

19

Le lecteur averti aura compris que le changement de justification qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux est déjà très largement entamé. Non pas que la thèse d'un pouvoir judiciaire subordonné soit complètement abandonnée : comme on l'a déjà indiqué, les deux théories justificatives peuvent parfaitement cohabiter, malgré leur apparente contradiction. Mais on voit bien que l'idée selon laquelle il conviendrait de faire passer le pouvoir judiciaire du statut de *tiers pouvoir*²² à celui de « véritable » troisième pouvoir tend à s'imposer petit à petit.

21. Dominique Rousseau, « Le président peut-il être le “garant de l'indépendance” de l'autorité judiciaire ? », *Après-demain*, n° 41, 2017, p. 18. L'auteur s'inscrit ainsi dans un mouvement théorique international plus vaste, qui cherche à démontrer que les juges remplissent une fonction de représentation importante dans les démocraties contemporaines. Robert Alexy, par exemple, présente les cours constitutionnelles comme des « représentants argumentatifs » de la société chargés de participer à l'institutionnalisation de la raison pratique – indispensable à une véritable démocratie délibérative (« Balancing, Constitutional Review, and Representation », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, 2005, p. 572-581). Barry Friedman, quant à lui, prétend qu'elles participent à un « dialogue interprétatif » avec le corps politique, et jouent un rôle de médiation entre des points de vue sociaux divergents sur le sens de la constitution (« Dialogue and Judicial Review », *Michigan Law Review*, vol. 91, n° 4, 1993, p. 577-682).

22. Selon l'expression de Denis Salas (*Le Tiers Pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette Littératures, 1998).

Qu'il soit permis de revenir au tableau de Magritte, pour filer la métaphore entamée en introduction (même si celle-ci, comme toute métaphore, comporte des limites). Le peintre aurait parfaitement pu écrire, sous son dessin, « Ceci est une pipe » : cela aurait également conduit l'observateur du tableau à interroger les rapports entre la pipe (réelle) et sa représentation picturale, car la phrase comme l'image sont celles d'un seul et même auteur – le peintre lui-même. De la même façon, le pouvoir « réel » des juges importe peu dans cette controverse, car c'est la même doctrine qui à la fois construit une certaine représentation du pouvoir judiciaire et affirme ensuite qu'il existe ou n'existe pas vraiment. Bref, le discours de la doctrine fait partie du « tableau » – et c'est pour cela qu'adopter un point de vue « externe » à son endroit peut se révéler riche d'enseignements.

20

R É S U M É

Une partie de plus en plus importante de la doctrine plaide ardemment pour que l'on rompe définitivement avec la tradition française d'un pouvoir judiciaire relégué, subordonné, voire « refusé ». L'hypothèse retenue ici est que cette demande de reconnaissance d'un véritable pouvoir judiciaire en France peut être analysée comme la revendication d'un changement de théorie justificative : alors que notre système juridique reste globalement fondé sur une minimisation du pouvoir normatif des juges, il s'agirait de le faire reposer sur l'idée inverse. Or un tel bouleversement serait lourd de conséquences, à la fois quant à la façon dont l'ordre juridique dans son ensemble est légitimé, et quant à la manière dont chaque décision juridictionnelle doit être individuellement justifiée.