



İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 26.08.2024
Revision Requested: 01.12.2024
Last Revision Received: 09.12.2024
Accepted: 12.12.2024
Published Online: 27.12.2024

La Montée en Puissance des Juges dans Les Systèmes Politiques Démocratiques : Causes et Manifestations*

The Growing Power of Judges in Democratic Political Systems: Causes and Manifestations

Bertrand Mathieu**

Resume

La montée en puissance du pouvoir juridictionnel constitue l'une des évolutions majeures du droit constitutionnel contemporain. Elle se traduit, notamment, par une multiplication des fonctions du juge et un renforcement corrélatif de son pouvoir normatif.

Ce développement du pouvoir des juges s'opère dans un contexte juridique, social et politique favorable, tenant, notamment, à la place occupée par les droits fondamentaux dans l'ensemble des branches du droit, à la pénalisation de la vie politique et sociale et au rôle joué par les juges dans la régulation des rapports entre les ordres juridiques.

Les juges disposent d'un véritable pouvoir normatif comme en témoignent, par exemple, la jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'usage du principe de proportionnalité. Par ailleurs, en France, le juge administratif se trouve doté de pouvoirs d'injonction.

La transformation de la justice en véritable pouvoir ou son aspiration à l'être, s'inscrit dans un mouvement plus vaste de dilution du pouvoir d'Etat. La place de la justice dans la construction d'un nouvel ordre juridique non étatique comme l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, constitue une manifestation éclairante de la place de la justice dans les sociétés contemporaines.

Mots clefs

Pouvoir Juridictionnel • Démocratie • Pouvoir Normatif • Europes • Etat

Abstract

The rise of judicial power is one of the major developments in contemporary constitutional law. This is reflected particularly by the multiplication of the courts' function and the corresponding strengthening of their normative power.

This expansion of judicial power is occurring within a favorable legal, social and political context, notably due to the prominent role that fundamental rights hold across all areas of the law, the increasing criminalization of political and social life, and the role of courts in the regulation of relationships between legal orders.

* Cet article est une version révisée de la conférence du même titre que l'auteur a donnée à la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul, Ord. Siddik Sami Onar Centre de recherche et d'application du droit administratif, le mardi 3 septembre 2024.

This article is a revised version of the conference of the same title given by the author at Istanbul University Faculty of Law, Ord. Siddik Sami Onar Centre for Research and Application of Administrative Law, on Tuesday 3 September 2024.

** **Correspondence to:** Bertrand Mathieu Ancien conseiller d'Etat (S.E.), Professeur émérite de l'Université Paris1 Panthéon-Sorbonne, Paris, France, E-mail : Bertrand.Mathieu@univ-paris1.fr, ORCID : 0000-0003-4020-3761

To cite this article: Mathieu, Bertrand. "The Growing Power of Judges in Democratic Political Systems: Causes and Manifestations" (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 27. <https://doi.org/10.26650/ihid.23.006>



Judges hold genuine normative power, as evidenced, for example, by the constructive case law of the European Court of Human Rights or the use of the principle of proportionality. Furthermore, in France, administrative judges are vested with injunctive powers.

The transformation of the judiciary into a real power, or its aspiration to become one, is part of a broader trend of dilution of state power. The judiciary's role in the building of a new non-state legal order, such as the European Union or the Council of Europe, is an illuminating demonstration of the role of the judiciary in contemporary societies.

Keywords

Judicial Power • Democracy • Normative Power • Europes • State

INTRODUCTION

La justice, comme institution doit être aujourd'hui appréhendée comme un pouvoir, voire comme un contrepuvoir au pouvoir politique. Si l'on considère que la justice exerce l'une des fonctions étatiques, tout en bénéficiant d'une certaine indépendance, il s'agit d'un pouvoir au sens habituel accordé à ce terme dans la théorie de la séparation des pouvoirs. Si, allant plus loin, comme le font certains auteurs, l'on estime qu'elle exerce une fonction sociale spécifique, tout en bénéficiant d'une réelle autonomie, il convient de la considérer comme un contrepuvoir.

Dans un système libéral, plus que démocratique, fondé non pas tant sur la légitimité du peuple souverain se manifestant par le suffrage universel, que sur l'existence d'un pouvoir limité, une justice indépendante devient la condition première de l'existence d'un Etat de droit. Ainsi la distinction entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel devient l'axe majeur de la séparation des pouvoirs. Par un mouvement convergent le respect des droits et libertés fondamentaux tend à devenir une exigence, non seulement s'imposant aux gouvernants, mais irriguant l'ensemble des relations sociales. Or le développement du droit des droits fondamentaux renforce considérablement le pouvoir du juge et, notamment, son pouvoir normatif.

En toute hypothèse, la montée en puissance du pouvoir juridictionnel constitue l'une des évolutions majeures du droit constitutionnel contemporain. Elle se traduit, notamment, par une multiplication des fonctions du juge et un renforcement corrélatif de son pouvoir normatif.

Or la justice n'a pas dans nombre de Constitutions la place qui est aujourd'hui la sienne dans l'organisation du pouvoir¹. En témoigne le fait que les manuels de droit constitutionnel traitent rarement de la justice, exception faite du juge constitutionnel², consacrant l'essentiel de leurs développements aux pouvoirs gouvernemental, lato sensu, et parlementaire.

Nous restons dans une épure qui est celle classique de la séparation des pouvoirs entre un pouvoir exécutif, qui est en réalité un pouvoir qui décide plus qu'il n'exécute, le pouvoir gouvernemental, et un pouvoir législatif, qui a vocation à contrôler plus qu'à déterminer une politique. C'est en fait la séparation entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique qui est devenue la matrice des systèmes politiques contemporains, tout du moins dans le modèle occidental.

Il appartient donc à la doctrine, et notamment à la doctrine constitutionnaliste, de prendre en compte cette nouvelle donne.

¹ D. Ludet, D. Rousseau, *La justice un pouvoir de la démocratie* (Terra Nova 2011).

² F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France* (LGDJ 2010) 9.

Il convient ainsi, dans un premier temps, d'observer les conditions sociales, politiques et juridiques qui traduisent le renforcement du pouvoir du juge (I). Puis de s'intéresser aux manifestations de ce pouvoir normatif (II) avant de s'interroger sur la place du juge dans le système institutionnel (III).

I-Un contexte favorable à la montée en puissance du juge

Ce développement du pouvoir judiciaire s'opère dans un contexte juridique, social et politique favorable.

-Le développement d'un droit fondé sur les droits et libertés fondamentaux renforce le rôle du juge. En effet ces droits représentent un système de valeurs qui tend à s'imposer à l'expression même de la volonté du Peuple ou de ses représentants. Ainsi le juge, gardien de ces droits s'inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politique. Par ailleurs, alors que la formulation de ces droits est nécessairement générale et leur contenu plus idéologique, le rôle de leur interprète qu'est le juge ne peut qu'en être renforcé. La plasticité du droit des droits fondamentaux opère de ce point de vue au profit du renforcement du pouvoir du juge.

-La pénalisation de la vie politique et sociale

Alors que la responsabilité politique s'est développée comme un substitut à la responsabilité pénale, la responsabilité pénale tend à se développer dans un contexte où la responsabilité politique n'est plus effective. Ainsi, la responsabilité pénale des dirigeants politiques tend à devenir plus effective comme le démontrent la limitation des immunités parlementaires et la banalisation du statut pénal des ministres, voire de celui du Chef de l'Etat qui fait l'objet, en France, de projets de réforme récurrents, visant à banaliser son statut juridictionnel. Il est, de ce point de vue, intéressant de noter que si le système parlementaire est né du passage de la responsabilité pénale individuelle des ministres à la responsabilité politique et collective du gouvernement, l'affaiblissement de cette responsabilité politique a, aujourd'hui, pour corollaire le développement de la responsabilité pénale individuelle mise en cause devant un juge.

D'autre part, la pénalisation de la vie sociale tend à se développer. Il en est ainsi s'agissant du développement de la mise en cause de responsables politiques dans des affaires économiques ou de financement de la vie politique. Il en est de même du développement de la pénalisation de certains comportements, en matière de relations entre les sexes, de relations de travail (lois sur le harcèlement moral ou sexuel, l'homophobie...), voire en matière de prise de position politique ou idéologique (par ex. lois mémorielles). Le juge se voit ainsi attribuer par le législateur une fonction de « police des mœurs et de la pensée ».

On relèvera également que le droit pénal ne vise plus seulement à punir le coupable et à protéger la société, mais à aider la victime à surmonter le traumatisme subi. Ainsi le juge est institué en thérapeute.

-La circulation de la jurisprudence

- Apprécié dans un système donné ce renforcement du pouvoir du juge est démultiplié par la « circularité » du droit jurisprudentiel. Le droit supranational des droits fondamentaux occupe une large place qui tient à l'emprise croissante des droits internationaux, tout particulièrement européens, et à la grande diversité de ces sources. Essentiellement à partir des valeurs occidentales et dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, se forge, un droit des droits fondamentaux à vocation universelle. La prégnance de ce système est assurée par le développement du rôle des juges, constitutionnels ou supranationaux, érigés en gardiens de ces « Tables de la loi ». De manière générale, l'apport du droit comparé est irremplaçable pour comprendre et expliquer la démarche du juge. Les juges européens et les juges nationaux constituent peu à peu un substrat de normes qui doivent peu à la décision politique. Ils se reconnaissent la faculté de choisir dans un système normatif complexe et issu d'ordres juridiques différents, voire de systèmes a-juridiques (déclaration d'O.N.G ou d'organisations internationales), les normes de référence dont ils font application.

-La régulation des rapports entre les ordres juridiques

Plus précisément, si le rapport entre les normes juridiques, à l'intérieur d'un ordre juridique, obéit essentiellement à un système hiérarchique, la confrontation des normes issues de systèmes juridiques différents obéit à d'autres logiques. Les rapports entre deux normes peuvent ne pas être identiques dans deux ordres juridiques différents. Ainsi, en France, le juge constitutionnel, comme le juge administratif, ont reconnu la pluralité des ordres juridiques et la pluralité des hiérarchies. C'est alors aux juges qu'il appartient de réguler ces rapports entre normes qui ne s'imposent plus à eux de manière évidente. Cette régulation s'opère essentiellement par un lissage visant à éviter la réalisation des conflits et des blocages que cette pluralité de hiérarchies appliquée rigoureusement ne manquerait pas de créer.

II-De quelques manifestations du pouvoir normatif du juge

Ces manifestations ressortissent tant des jurisprudences européennes que des jurisprudences constitutionnelles ou des juges ordinaires

a-la jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'homme

L'existence même de la Cour européenne des droits de l'homme et les conditions de sa saisine témoignent de cette puissance du juge. Ainsi, dans une décision du 23

mars 1995 (Loizidou), la Cour a qualifié la Convention d' « instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». Cette conception, au-delà de la formulation retenue, est très présente relativement aux conditions d'application de la Convention.

Le pouvoir créatif de la Cour européenne des droits fondamentaux se manifeste par bien des logiques.

-L'adaptation du droit aux évolutions de la société

Le rôle de la jurisprudence est particulièrement important. En effet la Cour considère que la Convention doit s'interpréter « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » (décis. Marckx du 13 juin 1979). La Cour se réserve ainsi le droit d'adapter les droits reconnus par la Convention à l'évolution des mœurs et des mentalités, ou même de la science (décis. Rees du 17 octobre 1986). Cependant cette conception tend à transformer la Convention qui passe d'un ordre minimum de protection des droits à un système d'intégration.

-La reconnaissance de droits non-inscrits dans la Convention

Certaines décisions démontrent que la Cour peut étendre le champ d'application des droits, voire la reconnaissance de droits non-inscrits dans la Convention, en se fondant sur le principe d'indivisibilité des droits de l'homme (Airey c Irlande du 9 octobre 1979), ce qui vise, notamment, les sphères économiques et sociales. Cet élargissement peut également résulter de l'interprétation de la Convention à la lumière d'autres textes. L'appel à des sources internationales extérieures à la Constitution peut concerner : une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (8 novembre 2005, H.F. c Slovaquei). Elle peut, se référant à des textes de *soft law* du Conseil de l'Europe, notamment les avis de la Commission de Venise.

De ce point de vue, la Cour considère qu'elle doit prendre en compte toute règle pertinente du droit international, la Convention n'étant pas l'unique cadre de référence. Toutes les sources formelles du droit international, instruments conventionnels ou non, principes généraux reconnus par les Nations civilisées, jus cogens, décisions de juridictions internationale, ou d'organes non juridictionnels, avis ou recommandation de comités d'experts, sources du droit européen qu'elles soient ou non contraignantes, tant la production normative que la *soft law*, constituent une large palette, un réseau normatif dont elle définit le périmètre selon la question en cause.

b-La jurisprudence potentiellement constructive du juge constitutionnel français

Si le Conseil constitutionnel veille à ce que soit respectée la liberté du choix politique en précisant qu'il ne dispose pas d'un pouvoir de décision et d'appréciation identique à celui du Parlement (décis. n° 2000-433 DC), il utilise cependant des

instruments qui le conduisent à intervenir dans la décision politique dont la loi est l'expression.

Il en est ainsi du contrôle de proportionnalité. Il constitue l'instrument utilisé pour vérifier si le législateur a correctement concilié les principes en cause, c'est-à-dire s'il a réalisé un équilibre entre les exigences constitutionnelles impliquées qui ne conduise à la dénaturation d'aucune d'entre elles, est le principe de proportionnalité. Il existe différentes formes de contrôle de proportionnalité, mais, en théorie tout du moins, le Conseil constitutionnel exerce, quel que soit le mécanisme utilisé, un contrôle minimum. Le principe de proportionnalité peut être utilisé soit pour assurer la conciliation entre différentes exigences constitutionnelles, ou d'intérêt général, soit comme condition d'application d'un principe constitutionnel, soit comme exigence constitutionnelle autonome.

La quasi-totalité des décisions du Conseil constitutionnel traduisent de manière plus ou moins explicite ce premier mécanisme de contrôle.

Par ailleurs, bien qu'en tant que tel et en tant que principe de portée générale, l'exigence de proportionnalité ne soit inscrite dans aucun texte constitutionnel, le Conseil tend à faire de la proportionnalité une exigence autonome que le législateur doit respecter indépendamment de toute conciliation entre des principes constitutionnels (décis. n° 2009-599 DC).

Il en est ainsi également des déclarations de conformité assorties de réserves.

En principe le Conseil ne se borne pas à déclarer qu'une loi, une ou plusieurs de ses dispositions, est conforme ou non à la Constitution. Dans la pratique, s'inspirant ici encore de l'exemple du Conseil d'État (CE, 26 décembre 1925, *Rodière*), il va plus loin et donne dans sa décision l'interprétation qu'il estime correcte de la loi (et non d'un traité) ; il rend ce qu'on appelle une « décision de conformité avec réserve ». Il dit en quelque sorte : « *si telle disposition de la loi veut bien dire ceci, alors elle est conforme à la Constitution* », sous entendu : si elle devait être interprétée différemment alors elle serait inconstitutionnelle. Ce discours ne s'adresse pas seulement au Parlement mais il concerne surtout aussi, de façon plus réaliste, le Gouvernement et les juges. Le premier est mis en garde contre l'élaboration de règlements d'application de la loi non conformes à l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel. Le second est invité à faire respecter cette interprétation.

Le Conseil constitutionnel peut également être conduit à intervenir directement dans la fonction normative lorsqu'à l'occasion d'une QPC³, le juge constitutionnel

³ La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est une procédure, introduite dans la Constitution en 2008, qui permet à un justiciable de contester, à l'occasion d'un litige, la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés reconnus par la Constitution. Cette question fait l'objet d'un examen par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, en vue d'une éventuelle transmission au Conseil constitutionnel.

maintient dans l'ordonnancement juridique une disposition qu'il a déclarée inconstitutionnelle. Plus directement, il peut également substituer temporairement une disposition nouvelle à la disposition constitutionnelle déclarée inconstitutionnelle. Il en est ainsi s'agissant de la composition d'une juridiction commerciale maritime, le Conseil fixe lui-même la composition de cette juridiction (décis. n° 2010-10 QPC). De même dans sa décision n° 2019-827 QPC, le Conseil précise que si des dispositions législatives ne permettant pas la réhabilitation d'un condamné à mort dont la peine a été exécutée ne sont pas contraires à la Constitution, le législateur serait « fondé à instituer une procédure » permettant à ses ayants droit d'agir en ce sens.

Cette immixtion peut être plus indirecte. Ainsi, le Conseil d'État a été conduit à traiter d'une question qui n'avait pas été abordée lors de la révision constitutionnelle de 2008, à savoir celle de la responsabilité du fait d'une disposition législative inconstitutionnelle. La question se posait naturellement à partir du moment où la responsabilité du législateur pouvait être engagée du fait d'une loi contraire à un traité (décis. n° 279522, 8 février 2007). Dans sa décision du 24 décembre 2019 (n° 425981), le Conseil d'État considère que la responsabilité peut être engagée à la date de la promulgation de la disposition en cause et non à celle de la déclaration d'inconstitutionnalité ou à la date à laquelle cette déclaration produit effet, sauf décision contraire du Conseil constitutionnel. Par respect pour le législateur, mais un peu hypocritement, cette responsabilité n'est pas fondée sur la faute du législateur mais sur le respect de la hiérarchie des normes.

Ces techniques tendent à modifier la place du juge constitutionnel dans le système institutionnel.

« La politique saisie par le droit » : Cette formule de L. Favoreu rend bien compte de l'évolution. *Le comportement des acteurs* a joué un rôle considérable dans l'évolution du Conseil. La réforme de 1974, ouvrant la saisine aux parlementaires – et au premier chef à ceux de l'opposition – a bouleversé l'activité du Conseil. Le Parlement, et à travers lui le Gouvernement, qui, par les projets de loi, est à l'origine de la plupart des textes législatifs, sont donc soumis au contrôle permanent d'un organe impartial et indépendant, ce qui est de nature à bouleverser la vie politique. Le Gouvernement ne peut plus comme auparavant imposer une loi inconstitutionnelle avec l'appui de sa majorité et la bénédiction des présidents des assemblées.

L'existence d'un contrôle joue un rôle *préventif, ou de dissuasion*, capital. Déjà le Conseil d'État, qui examine les projets de loi avant leur adoption par le conseil des ministres, attire l'attention du Gouvernement sur le fait que certaines dispositions du projet lui paraissent non conformes à la Constitution. Mais il s'agit d'un simple avis que le Gouvernement n'est pas obligé de suivre.

Aujourd'hui le Gouvernement sait que tout ne lui est pas permis et qu'il a, avec le Conseil constitutionnel, un censeur qui peut s'opposer à toute violation de la Constitution. L'exécutif est ainsi conduit à pratiquer une *autocensure* pour éviter la sanction par le Conseil d'une atteinte à la Constitution.

Par ailleurs, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité conduit à ce qu'une loi inconstitutionnelle ne puisse être maintenue dans l'ordre juridique du fait d'un consensus politique.

Le juge peut découvrir dans la Constitution des principes qui n'y figurent pas expressément.

Il en est ainsi par exemple en France de la reconnaissance du principe de dignité (décis 94-343-344 DC) ou du principe de fraternité (décision 2018-717/718 QPC). Cette découverte peut également résulter de l'acclimatation de principes issus de systèmes juridiques extranationaux, tel est le cas, toujours, en France du principe de sécurité juridique. Dans ces hypothèses, le juge exerce un certain pouvoir créateur tout en maintenant le lien entre la norme constitutionnelle existante et le principe qui est censé en dérivé.

En réalité la réserve des juges constitutionnels est subordonnée à leur propre jurisprudence. Comme le note Jean Marie Denquin, l'absence de contrôle des lois constitutionnelles par le Conseil constitutionnel ne relève pas d'une obligation juridique puisqu'il apprécie souverainement celle-ci. Elle relève de rapports de forces politiques qui incitent le juge à la prudence.

c-La jurisprudence constructive du juge ordinaire

Comme le notent Henri Brun, Guy Tremblay Eugénie Brouillet, dans leur manuel de droit constitutionnel⁴ « le développement de la méthode téléologique dans l'interprétation de la loi renforce incontestablement le pouvoir du juge à partir de là, il y a deux l'orientation : la retenue ou l'activisme judiciaire. L'activisme judiciaire privilégie l'adaptation des lois à ce que l'on considère être des valeurs contemporaines. Selon la première conception le juge ne doit pas se laisser guider par des données politiques et sociales, selon la seconde conception, le juge doit tenir compte de la perception de ses décisions sur le fonctionnement et l'évolution de la société. La question est alors de savoir dans quelle mesure le juge doit tenir compte des changements majeurs dans l'opinion publique ».

Plus largement, la justice se trouve implicitement investie de la mission d'assurer tant l'efficacité de l'Etat, c'est à dire, notamment la protection de l'ordre public et de la qualité du droit, dont les enjeux économiques doivent être soulignés, que la défense

⁴ H. Brun, G. Tremblay, E. Brouillet, *Droit constitutionnel*, (5^e édition, Blais 2008).

d'un système de valeurs, et notamment la protection des droits fondamentaux,

En France, il convient de parler de pouvoir juridictionnel et non de pouvoir judiciaire.

Selon le Conseil constitutionnel, si la séparation des autorités administratives et judiciaires est seulement un principe de valeur législative, il existe un principe fondamental reconnu par les lois de la République, en l'espèce, la loi du 24 mai 1872, selon lequel « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence du juge administratif l'annulation et la réformation des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » (v. décis. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987 et n° 89-261 DC, 28 juillet 1989).

Cette formule implique l'existence de réserves de compétence tant au profit du juge judiciaire que du juge administratif, alors même que, selon le juge constitutionnel, il est possible sous certaines conditions, et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé.

La réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif est beaucoup plus restreinte que le champ de ses compétences actuelles. Ainsi, cette réserve de compétence ne concerne que le contentieux de l'annulation et de la réformation des actes administratifs et non le contentieux de pleine juridiction.

La réserve constitutionnelle de compétence du juge judiciaire concerne, selon les décisions précitées du Conseil constitutionnel, les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire. Ces matières sont réservées aux juridictions judiciaires en vertu de principes constitutionnels. Il s'agit tout d'abord de la liberté individuelle, au titre de l'article 66 C, c'est-à-dire la sûreté ou le droit de ne pas subir des mesures de police arbitraires. Le juge judiciaire est également le gardien de la propriété privée. Cette compétence est fondée sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République (v. décis. n° 89-256 DC, 25 juillet 1989). Enfin, relèvent de la compétence judiciaire l'état et la capacité des personnes (v. implicitement décis. n° 89-261 DC).

Alors que l'état d'urgence et le renforcement de la législation visant à lutter contre le terrorisme accroissent les pouvoirs de police administrative (qui vise à prévenir les infractions, alors que la police judiciaire a pour mission de rechercher leurs auteurs), cet accroissement implique une augmentation du champ de compétences du juge administratif chargé du contentieux des mesures de police administrative.

L'« activisme » du juge administratif se manifeste de bien des manières, et notamment par l'usage de procédures dont il dispose.

Il en est ainsi, notamment des procédures de référés et du pouvoir d'injonction.

Ainsi le référé suspension permet d'obtenir dans des délais rapides la suspension d'une décision administrative. Le référé libertés permet au juge de prononcer dans les 48h toute mesure nécessaire à la protection d'une liberté fondamentale.

L'injonction permet au juge d'ordonner à l'administration de prendre une mesure dans un sens déterminé. Cette injonction peut être assortie d'une astreinte qui constitue une condamnation pécuniaire dont l'administration est susceptible de se trouver débitrice si elle ne prend pas les mesures ordonnées par le juge à l'expiration du délai qu'il fixe.

Deux exemples sont de ce point de vue particulièrement significatifs.

Après avoir ordonné à l'Etat, depuis 2017, de faire respecter les normes européennes, reprises en droit français, de qualité de l'air, le Conseil d'État le condamne par une décision du 17 octobre 2022 n° 428409 l'Etat à payer deux astreintes de 10 millions d'euros pour les deux périodes allant de juillet 2021 à janvier 2022 et de janvier à juillet 2022, en considération du fait que les mesures qu'il a prises ne garantissent pas que la qualité de l'air s'améliore de telle sorte que les seuils limites de pollution soient respectés dans les délais les plus courts possibles.

Le Conseil d'État avait enjoint au Gouvernement de prendre, d'ici le 31 mars 2022, toutes les mesures permettant d'atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de - 40% en 2030 par rapport à leurs niveaux de 1990. Un an après, le Conseil d'État vérifie si les actions menées traduisent une correcte exécution de sa décision. Le Conseil d'Etat estime qu'il n'est toujours pas garanti de façon suffisamment crédible que la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre puisse être effectivement respectée. C'est pourquoi il ordonne au Gouvernement de prendre de nouvelles mesures d'ici le 30 juin 2024, et de transmettre, dès le 31 décembre, un bilan d'étape détaillant ces mesures et leur efficacité (décision n° 467982 du 10 mai 2023).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat peut moduler dans le temps les effets de ses décisions (décision Association A.C. 255886 du 11 mai 2004).

Enfin, le Conseil d'Etat élargit le champ des décisions soumises à son contrôle. En ce sens la catégorie des « actes de gouvernement » soustraits à un contrôle juridictionnel tend à se rétrécir significativement. Par ailleurs le Conseil d'Etat élargit son contrôle à la légalité des instructions internes à l'administration (CE, 12 juin 2020, n° 418142).

Cette évolution n'est pas propre à la France. Ainsi au Brésil la loi fédérale n. 13.655 du 25 avril 2018, a prévu que « *Les décisions administratives, les décisions des autorités de contrôle et les décisions des juges ne doivent pas être prises sur la base de valeurs juridiques abstraites sans tenir compte de leurs conséquences pratiques* ».

Il s'agit de faire en sorte que les autorités administratives, les organes de contrôle et les juges tiennent pleinement compte des conséquences concrètes des décisions qu'ils prennent et que les organes de contrôle et les juges tiennent pleinement compte des conditions concrètes dans lesquelles les décisions sur lesquelles ils se prononcent ont été prises. Ces exigences se traduisent notamment dans une exigence de « conséquentialisme » et un principe de « concrétude ».⁵

III-Le pouvoir judiciaire concurrent du pouvoir politique

La transformation de la justice en véritable pouvoir ou son aspiration à l'être, s'inscrit dans un mouvement plus vaste de dilution du pouvoir d'Etat. La place de la justice dans la construction d'un nouvel ordre juridique non étatique comme l'union européenne ou le Conseil de l'Europe, constitue, d'ailleurs, une manifestation éclairante de la place de la justice dans les sociétés contemporaines.

Si la souveraineté constitue le fondement du pouvoir, on assiste, hier comme aujourd'hui, à un rattachement plus théorique que réel de la justice à cette légitimité, la justice s'appuyant en quelque sorte sur une autolégitimation reposant sur les fonctions qu'elle exerce plus que sur la source de son pouvoir.

Or la séparation des pouvoirs renvoie à l'exercice de fonctions plus qu'au fondement du pouvoir. Ainsi de manière fonctionnelle, la séparation des pouvoirs repose, en fait et de manière concrète, sur la volonté de diviser le pouvoir pour l'affaiblir. Cette recherche de freins renvoie à une conception libérale du pouvoir.

Dans cette architecture, la place de la justice et la notion même de l'existence d'un pouvoir judiciaire sont discutées. Ainsi, en France, il y a une méfiance traditionnelle à l'égard du juge.

La reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel s'est opérée, sous la V^o République, à l'encontre du texte constitutionnel qui ne voit dans la justice qu'une autorité. Cependant on peut estimer que l'existence d'un tel pouvoir a été implicitement confirmée par le Conseil constitutionnel qui a affirmé que le législateur ne peut ni adresser des injonctions au juge, ni censurer ses décisions, ni se substituer à lui dans le jugement des litiges⁶. En réalité, au-delà de l'affirmation formelle de l'existence

⁵ Cf. J.B. Auby et E. Jordao, « Un principe inédit de droit public posé par la loi brésilienne sur les normes de 2018 : le devoir de concrétude », *Chemin public* 3/02/2021.

⁶ Cons. const., 22 juill. 1980, déc. n° 80-119 DC

d'un pouvoir judiciaire, expressément reconnu, par exemple, par les Constitutions allemande et espagnole, il convient de considérer que la véritable séparation des pouvoirs distingue aujourd'hui, tout du moins dans les démocraties occidentales, le pouvoir politique du pouvoir judiciaire⁷ ou juridictionnel⁸.

Ainsi la crise qui affecte les relations entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire tient à l'existence de deux pouvoirs, place côte à côte et souvent face à face, l'un déclinant mais doté d'une forte légitimité historique et théorique, l'autre ascendant, mais dont la légitimité est plus incertaine.

En théorie une conception bien comprise de la séparation des pouvoirs voudrait « que le pouvoir politique, que ce soit dans sa composante exécutive ou législative, ne puisse intervenir autrement que par la fixation des normes au respect desquels le juge aura ensuite la charge de veiller. La deuxième conséquence est que le juge lui-même s'abstienne d'empiéter sur l'exercice, par d'autres pouvoirs, *des compétences qui sont les leurs*. ... En d'autres termes la séparation des pouvoirs n'est pas unilatérale et joue dans tous les sens »⁹.

C'est, comme on l'a vu, essentiellement, même si ce n'est pas exclusivement, sur le terrain normatif que se concrétise la concurrence entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire.

Se profile ainsi un conflit de compétence entre le législateur et le juge s'agissant de l'adaptation du droit à la société.

En Grande Bretagne, la fonction judiciaire est limitée à l'interprétation c'est-à-dire à la recherche de l'intention du Parlement, le juge ne se mêle jamais de façon évidente de questions politiques. La rigidité de la doctrine stricte des précédents est assouplie par la tradition selon laquelle chaque juge fait part de son opinion personnelle¹⁰. De même aux Etats Unis le juge s'impose, en principe, une autodiscipline qui le conduit à éviter de faire prévaloir des opinions personnelles contraires au précédent. L'invocation du respect de la démocratie et du principe de la séparation des pouvoirs fondent la doctrine de la réserve judiciaire¹¹.

⁷ Sur cette question, cf. P. Ardant et B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (LGDJ 2013), B. Mathieu, *Constitution, tout change et rien ne bouge* (Lextenso 2013).

⁸ Le terme juridictionnel doit être préféré au terme judiciaire, car il permet d'intégrer des juridictions qui ne sont pas judiciaires (administratives et constitutionnel).

⁹ G. Carcassonne, « Rapport introductif au deuxième congrès de l'AHJUCAF consacré à l'indépendance de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (7 et 8 novembre 2007 Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal, - OIF, 2008) p. 31.

¹⁰ C. Harlow « L'évolution du pouvoir judiciaire pour l'Angleterre » *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al., (Éditions de la Sorbonne, 2001) p. 117.

¹¹ L. Pech, « Le remède au gouvernement des juges : le judicial self restrained ? » in *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al., (Éditions de la Sorbonne, 2001) p. 63.

Face au pouvoir déclinant du politique dans les démocraties occidentales, le pouvoir du juge s'affirme. Ce pouvoir croissant du juge traduit manifeste cependant les incertitudes relatives à sa légitimité. Cette légitimité ne peut être démocratique, elle peut être trouvée dans d'autres concepts, notamment, celui du tiers impartial.

Comme le relève J. Krynen¹² : « en démocratie quiconque exerce du pouvoir doit le détenir du peuple ; de quelle légitimité peuvent se prévaloir nos juges ? ».

Il existe pourtant des liens entre la démocratie et le pouvoir des juges. Ainsi garant de la régularité des élections, les juges sont les garants du bon fonctionnement de la démocratie¹³. Par ailleurs, le système de l'élection des juges par le peuple qui prévaut, par exemple dans certains Etats américains, donne directement aux juges une assise démocratique. Plus généralement, nommés ou élus, aux Etats Unis, les juges sont désignés sur la base du principe démocratique. Ils sont considérés comme représentatifs, directement ou indirectement. En témoigne le fait que leur responsabilité peut être mise en cause devant des organes politiques. Par ailleurs, le jury populaire est une exigence constitutionnelle en vertu du sixième amendement¹⁴. La volonté de trouver une assise démocratique à l'exercice de la justice peut dans le même sens se manifester par la place occupée en Allemagne par les juges non professionnels. Ce système d'échevinage est présenté comme lié à la volonté de démocratiser l'exercice de la justice par une représentation du Peuple¹⁵.

Plus généralement, la justice entretient un lien étroit avec la démocratie en ce que, en France, elle est rendue au nom du Peuple¹⁶. Dans le même sens l'article 117 de la Constitution espagnole prévoit que la justice émane du Peuple. Mais on peut considérer qu'il s'agit dans l'un et l'autre cas de figures symboliques.

Peut-on cependant affirmer que la justice est un pouvoir de la démocratie¹⁷?

En réalité, le lien avec la démocratie paraît relever d'une pétition de principe assimilant l'image d'un « bon » gouvernement à la démocratie¹⁸. La justice est ainsi appréciée comme un contre-pouvoir au pouvoir politique. Non pas un pouvoir qui devrait alors reposer sur une légitimité démocratique, mais dans la conception libérale issue de Montesquieu un instrument de limitation du pouvoir. Il n'en reste pas moins que

¹² Pech (n 11) 334.

¹³ M. Luciani « L'interprète de la Constitution face au rapport fait-valeur : Le texte constitutionnel dans sa dimension diachronique », *Constitutions* (2011 n.2) 147-165.

¹⁴ W. Mastor, « Démocratie et justice à l'américaine » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie, (L'Harmattan 2010) p. 125.

¹⁵ M. Chouquet « La situation en Allemagne » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie (L'Harmattan 2010) p. 171.

¹⁶ On relèvera avec Michel Troper, qu'en France, les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas rendues au nom du Peuple français.

¹⁷ D.Ludet, D. Rousseau, *La justice un pouvoir de la démocratie* (Terra Nova 2011).

¹⁸ Sur cette question, cf. B. Mathieu, *Constitution, tout bouge et rien ne change* (Lextenso 2013).

comme le relève Michel Troper¹⁹ « *la difficulté essentielle tient la nécessité de concilier l'idée d'un contre-pouvoir avec la théorie démocratique, c'est-à-dire de qualifier de démocratique un système dans lequel le peuple, ou ses représentants, ne détiendrait pas seul le pouvoir mais se verrait opposer un contre-pouvoir. A ces difficultés, il n'existe guère que deux types de solutions, on peut d'abord renoncer à qualifier le système démocratique et considérer qu'il s'agit d'un gouvernement mixte c'est-à-dire d'un système dans lequel le pouvoir doit être conjointement exercé par les autorités démocratiques et une autorité aristocratique. On peut aussi tenter de soutenir que le système est bien démocratique. D'abord on peut dire que la cour constitutionnelle est une institution démocratique parce que ses membres pourraient être élus et qu'ils sont en tout cas nommés par les autorités démocratiques. Une des faiblesses de cette logique tient à la définition restrictive du caractère démocratique qu'elle présuppose. Les assemblées parlementaires sont dites démocratiques non seulement parce que leurs membres sont élus mais parce qu'ils le sont sur le fondement de programme et qu'ils peuvent être sanctionnés ou renouvelés au terme de leur mandat. Les membres des cours ne sauraient être choisis sur un programme et l'institution ne pourrait être dit démocratique qu'en raison de son mode de nomination. La présentation la plus cohérente est que nous sommes en présence d'un gouvernement mixte ».*

En réalité la légitimité du juge tient à sa fonction de tiers impartial.

Si l'on fonde l'existence d'un pouvoir judiciaire sur le droit du justiciable de bénéficier d'un procès équitable et de pouvoir faire valoir les droits qui lui sont reconnus, c'est l'impartialité qui constitue l'élément légitimant de la fonction du juge. Entre les parties, entre le pouvoir politique et les individus ou les personnes morales, le juge est un tiers impartial chargé de juger leur différend. L'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'elle développe l'exigence de l'impartialité objective s'inscrit parfaitement dans cette logique. Ce n'est pas seulement l'impartialité réelle du juge qui est exigée mais une situation dans laquelle le justiciable n'a pas de raison d'émettre un doute raisonnable sur l'impartialité de son juge. Non seulement le juge doit être impartial mais il doit donner l'apparence de l'impartialité ou plus exactement éviter de prêter le flanc à la critique de partialité. Le justiciable a le droit d'être jugé par un magistrat dont il n'a pas de raison de mettre en doute l'impartialité. L'indépendance des juges et des tribunaux n'est pas un privilège octroyé dans leur intérêt propre mais elle leur est garantie dans l'intérêt des justiciables et elle est nécessaire pour maintenir la confiance du public dans la partialité de l'administration de la justice²⁰.

¹⁹ M. Troper, « Séparation des pouvoirs et contrôle de constitutionnalité » in *Séparation des pouvoirs et justice constitutionnelle, à propos du bicentenaire de la constitution de Norvège* (Le Conseil constitutionnel 6 mai 2014).

²⁰ N. Duplé « Les interventions externes qui menacent l'indépendance et l'impartialité de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal, - OIF, 2008) p. 86.

Il nous semble alors que si l'on admet que c'est l'impartialité qui fonde la légitimité du juge, l'indépendance du juge n'est qu'un instrument au service de cette exigence. En effet si l'impartialité implique l'indépendance, la réciproque n'est pas nécessairement vraie. En effet un juge dépendant du pouvoir politique serait, ou pourrait être soupçonné d'être partial, il n'est en tous cas plus ce « tiers impartial ». En revanche un juge indépendant du pouvoir politique peut ne pas être impartial, ou ne pas le paraître, s'il est dépendant d'engagements politiques, religieux, philosophiques, d'intérêts, même amicaux, publics.

Collectivement le corps judiciaire ne peut prendre de positions politiques. Individuellement, le juge ne peut faire prévaloir ses propres idéaux il agirait alors en quelque sorte comme un justicier. Cette transgression conduirait au gouvernement des juges²¹.

Il ne s'agit pas de contester le pouvoir d'interprétation de la norme qui appartient au juge dans ce travail de concrétisation qu'est l'acte de juger. On ne peut non plus ignorer le pouvoir normatif du juge qui résulte de la multiplicité des ordres juridiques et de la régulation qu'il appelle à assurer entre ces ordres non hiérarchisés (cf. supra). L'absence de fondement démocratique au pouvoir du juge conduit seulement à considérer qu'il ne lui appartient pas d'empiéter sur les compétences propres au pouvoir politique. Or ces compétences tiennent essentiellement à déterminer ce qui relève de l'intérêt général. Adapter le droit aux évolutions de la société est une fonction éminemment politique que ne peut s'arroger le juge. Adapter la règle de droit aux circonstances de l'espèce relève en revanche directement de la mission du juge. Même si la distinction peut paraître par trop abstraite, il s'agit de notre point de vue d'une ligne de démarcation qu'il convient de respecter dans son principe.

La limite au pouvoir du juge tient également au fait que le dernier mot doit rester au législateur (loi interprétative, révision constitutionnelle...), au pouvoir politique.

En guise de conclusion

L'analyse ici développée, vaut essentiellement pour les sociétés occidentales dans lesquelles les droits fondamentaux sont profondément implantés. Le juge développe sa puissance face à un pouvoir politique affaibli. Dans d'autres pays, accédant, ou tentant d'accéder, à la démocratie et introduisant dans leur ordre juridique, non seulement des droits fondamentaux, mais aussi des mécanismes permettant d'assurer leur protection, l'analyse peut être différente. Il en résulte qu'en toute hypothèse, il ne peut exister un modèle universel d'organisation et de séparation des pouvoirs, pas plus que de l'équilibre à opérer entre la logique démocratique et celle des droits fondamentaux.

²¹ *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al., (Éditions de la Sorbonne, 2001) introduction p. 16.

Le renforcement de la justice comme institution est d'autant plus nécessaire que la démocratie politique est faible ou inexistante. Mais dans des systèmes où la démocratie politique est en perte de vitesse ce renforcement contribue à l'affaiblissement du pouvoir politique en constituant peu à peu une source de légitimité incertaine mais subsidiaire.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bibliographie/ Bibliography

Ardant P, Mathieu B, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (LGDJ 2013).

Auby J.B, Jordao E, « Un principe inédit de droit public posé par la loi brésilienne sur les normes de 2018 : le devoir de concrétude » *Chemin public* 3/02/2021.

Brun H, Tremblay G, Brouillet E, *Droit constitutionnel* (5^e édition, Blais 2008).

Carcassonne G, « Rapport introductif au deuxième congrès de l'AHJUCAF consacré à l'indépendance de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (7 et 8 novembre 2007 Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal, - OIF 2008).

Chouquet M, « La situation en Allemagne » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie (L'Harmattan 2010).

Duplé N, « Les interventions externes qui menacent l'indépendance et l'impartialité de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal - OIF 2008).

Harlow C, « L'évolution du pouvoir judiciaire pour l'Angleterre » *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al. (Éditions de la Sorbonne 2001)

Hourquebie F, *Le pouvoir juridictionnel en France* (LGDJ 2010).

Luciani M, « L'interprète de la Constitution face au rapport fait-valeur : Le texte constitutionnel dans sa dimension diachronique » *Constitutions* (2011 n.2) 147-165.

Ludet D, Rousseau D, *La justice un pouvoir de la démocratie* (Terra Nova 2011).

Mastor W, « Démocratie et justice à l'américaine » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie (L'Harmattan 2010).

Mathieu B, *Constitution, tout change et rien ne bouge* (Lextenso 2013).

Pech L, « Le remède au gouvernement des juges : le judicial self restraint ? » in *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al. (Éditions de la Sorbonne 2001).

Troper M, « Séparation des pouvoirs et contrôle de constitutionnalité » in *Séparation des pouvoirs et justice constitutionnelle, à propos du bicentenaire de la constitution de Norvège (Le Conseil constitutionnel 6 mai 2014)*.

Bibliographie Générale / General Bibliography

Garapon A, *Le gardien des promesses, Justice et démocratie* (Ed. O. Jacob 1996).

Magendie J.C, « La magistrature au défi de l'impartialité » in *Le juge et l'Etat*, édité par B. Mathieu et L. Golovko (Mare & Martin 2018).

Mathieu B, *Justice et politique : la déchirure ?* (Lextenso 2015).

Mathieu B, *La justice en questions* (Editions Dialogues 2024).

Schoettl J.E, *Une si puissante justice* (Editions Dialogues 2023).

Urvoas J.J, *De l'indépendance de la justice* (Ed. O. Jacob 2023).