

Gouvernement des juges et démocratie *

Dominique TERRÉ

Le spectre du gouvernement des juges hante en permanence la conscience juridique. La présente contribution aide à démêler les dangers réels des peurs imaginaires. Les auteurs ici rassemblés analysent de façon sérieuse et méthodique la véracité de la thèse selon laquelle les juges constitutionnel, judiciaire et administratif se comportent comme des juges qui gouvernent. L'ouvrage étant un collectif, il exprime une diversité de points de vue très enrichissante et éclairante.

La première approche se veut scientifique et entend déterminer le sens que revêt cette notion tant pour les juristes que pour les politistes ; le deuxième défi consiste à évaluer son lien avec la démocratie. La question concerne la place qu'occupe le juge constitutionnel et le rôle qu'il joue en tant qu'instance décisionnelle, par exemple lorsqu'il juge de la correction juridique de l'action du législateur, démocratiquement élu, voire – comme l'a montré l'élection présidentielle américaine de 2000 – lorsqu'il se prononce en matière de contentieux électoral. Le livre s'ouvre sur un dialogue aigu entre Otto Pfersmann et Michel Troper. Les notions y sont précisément découpées et analysées, qu'il s'agisse de celle de « gouvernement des juges », de « gouvernement », ou, tout simplement de « juge ». La doctrine juridique ne peut éluder la question de la légitimité démocratique des juges constitutionnels. Trop souvent le débat est mené sur un ton polémique ou passionnel sans que les termes soient définis, (*Richtersstaat* ou *rule of judges* ne l'étant pas davantage que leur analogue français). Les évidentes connotations péjoratives suggèrent une dérive actuelle du système juridictionnel. Ce sentiment n'est pas totalement étranger à certains juges eux-mêmes, qui, dans certains cas, hésitent à aller jusqu'au bout de leurs compétences. En témoigne tout le débat aux États-Unis sur le *judicial self-restraint*.

L'expression « gouvernement des juges » n'est-elle qu'une rhétorique des joutes politiques ou renferme-t-elle un réel concept scientifique ? La surprenante absence d'une définition unique et consensuelle précise s'agissant d'une expression si fréquemment invoquée s'explique par l'importance de l'enjeu. La paternité de l'expression revient au juge américain Walter Clark et date de 1914. Il s'inscrit dans la lignée d'une autre

* Séverine Blondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

formule célèbre, celle de « *Congressional Government* », forgée par Woodrow Wilson en 1884 pour exprimer la suprématie du Congrès. On retrouve cette idée d'un déséquilibre entre les trois pouvoirs dont l'un prend toute la place, dans l'expression de « présidence impériale ». La formule américaine franchit l'Atlantique en 1921 sous la plume d'Édouard Lambert dans *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. On pourrait s'interroger sur la pertinence d'une telle traduction littérale en ce qui concerne le terme de « *government* ». Le terme américain a un sens beaucoup plus large que le terme français de gouvernement qui ne désigne que le Conseil des ministres. La situation de la France est unique : dans aucun autre pays les formules équivalentes de *government by judiciary*, *rule of judges*, *Richterstaat* (il semblerait que l'Allemagne soit le seul pays à ne pas attacher une connotation systématiquement péjorative à ce terme) et autres n'ont la même charge émotive qu'en France et ne focalisent autant les mouvements d'hostilité à l'encontre du juge.

Pour certains le point de départ se situe dans le *Livre des Juges* de l'Ancien Testament. Pour d'autres, au contraire, le problème est moderne et n'apparaît qu'avec la séparation des pouvoirs de Montesquieu. Ce n'est en effet qu'à l'aune de la définition restrictive du rôle du juge, réduit à n'être que la bouche de la loi, ou un législateur doté d'une légitimité démocratique que se pose le problème d'un éventuel dépassement par le juge de ses compétences, et donc d'un gouvernement des juges. De là découle l'antinomie avec le principe de démocratie, lorsque ce dernier est identifié à la souveraineté du Parlement.

Ce livre met en évidence les profonds désaccords existant à ce sujet. Plusieurs auteurs veulent substituer au syntagme hérité de Lambert un terme qui leur paraît plus adéquat tel que, par exemple, celui de « gouvernement par les juges » (M. Troper) ou celui de « législation » ou « colégislation juridictionnelles », comme le propose Otto Pfersmann. Sous ces diverses dénominations, on peut identifier *grosso modo* trois modèles de définition, dont chacun véhicule différents présupposés épistémologiques concernant le droit, la démocratie et le rôle du juge.

Selon un premier sens il y a un gouvernement des juges dès lors que les juges disposent d'un pouvoir autonome, d'un pouvoir d'interprétation qui leur permet d'opérer des choix discrétionnaires (selon Bastien François cela ne signifie pas qu'ils fassent nécessairement un usage abusif de ce pouvoir discrétionnaire, ils sont liés par leur *habitus*, les contraintes argumentatives, la collégialité, l'autocontrôle). Ils disposent d'une véritable marge de manœuvre pour trancher un litige. Autrement dit, il gouverne lui aussi, ce que Michel Troper a traduit par l'expression « gouvernement par les juges ». Ce concept repris par Otto Pfersmann et d'autres intervenants se veut strictement descriptif ou neutre axiologiquement. Il est fondé sur une « méta-éthique anticognitivistique », autrement dit sur la distinction webérienne des faits et des valeurs. De là vient la méticulosité de Michel Troper quand il fait le tri entre les questions utiles et celles qui ne le sont pas au regard de sa définition de la science. Il se refuse à s'engager dans la voie polémique en statuant sur la question de la compatibilité du pouvoir des juges avec un quelconque idéal démocratique. Celle-ci esquisse en effet une frontière et vaut comme condamnation de tout pouvoir juridictionnel dépassant ce seuil invisible. Or aux yeux de ces auteurs

positivistes, un tel jugement sur la légitimité du pouvoir relève de l'idéologie, pas de la science. Volontairement ils s'astreignent à une autolimitation de leur champ d'études, au prix de se voir exposés à une double critique, celle de déplacer la vraie question, et de faire double emploi avec le concept déjà existant de « justice constitutionnelle ».

C'est dans une perspective prescriptive et « discriminante » que s'inscrivent au contraire les deuxième et troisième concepts dont le point commun est la peur de l'arbitraire du juge. Selon le deuxième concept, le gouvernement des juges est réalisé dès que les juges ont *trop de pouvoir* dans un gouvernement qui se veut démocratique. Ce serait au nom de la défense des droits de l'homme que les juges auraient un certain pouvoir, à condition qu'il ne dépasse pas un certain seuil critique. Cela suppose d'un point de vue épistémologique que l'on puisse définir objectivement ce qu'est la démocratie ainsi que son rapport au droit et au juge, et que l'on réussisse à situer ce seuil. Si pour les uns, le point de non-retour se situe dans l'octroi au juge du droit d'auto-saisine, d'autres mettent en garde contre les risques que courrait la démocratie si le juge constitutionnel se mettait à contrôler le pouvoir constituant – dérivé, voire originaire – érigé en dernier bastion de la souveraineté du peuple. Le droit du dernier mot – qu'on ne saurait accorder au juge – devient ainsi le critère décisif de la démocratie. Du coup le pouvoir du juge constitutionnel serait en quelque sorte jugulé car au-dessus de lui plane, telle l'épée de Damoclès, le droit du dernier mot du peuple. Mais les défenseurs du premier concept dénoncent que, sous couvert d'esquisser une limite, ces auteurs se livrent avant tout à une légitimation du statu quo.

Le troisième concept, théorisé par Gérard Timsit et repris en partie par Guy Scoffoni est, lui aussi, normatif, mais son champ de perspective est plus restreint. Il ne vise plus à définir ce que devrait être la répartition des compétences entre les organes dits politiques, élus au suffrage universel, et les juges, pour être conforme à l'idéal de la démocratie, mais se consacre exclusivement à l'usage que font les juges de leur pouvoir d'interprétation, une fois que le système institutionnel est établi. En ce sens on peut à la fois combiner et dissocier le deuxième et le troisième concept. Dans ce dernier modèle, on se pose la question de savoir comment le juge légifère. Selon G. Timsit il faut distinguer deux hypothèses : si le juge se laisse guider par les valeurs communément admises par la société, on estimera qu'il reste dans son rôle qui est de dire le droit ; si en revanche il lui arrive de faire prévaloir ses propres idéaux, voire ses intérêts corporatistes, s'il agit comme un justicier se sentant investi de la mission de faire changer l'opinion publique, on dira alors que le juge commet une « transgression » et qu'il y a « gouvernement des juges ». Concernant l'opinion publique, Bastien François exprime son scepticisme quant à la possibilité de la cerner avec objectivité.

Le débat sur le gouvernement des juges butte ainsi, une fois de plus sur la vieille controverse entre positivistes et jusnaturalistes.

Guy Scoffoni, s'attachant à l'analyse de la compatibilité entre gouvernement des juges et démocratie, fait état de certains travaux d'historiens américains montrant que dans la décennie 1776-1786, autrement dit de l'indépendance à la Constitution, étant donné la haine qu'avait suscité le juge colonial qui représentait le pouvoir royal, la suprématie du juge n'était pas acquise. Se fait alors sentir l'influence de nombreux juristes européens, notamment français, et il a été même question de voir les États-Unis

abandonner le système de *Common Law* au bénéfice d'un système de *Civil Law*. Mais très vite les Américains ont été persuadés que le juge est le mieux placé pour défendre leurs droits et leurs libertés. Comme, de plus, les pères fondateurs craignaient surtout l'empiétement du législatif, la fonction reconnue au juge devient tout à fait prééminente au sein de cette période. Les juges américains ont ainsi exercé le pouvoir d'interprétation des lois depuis les tout premiers moments de l'histoire des États-Unis. La Constitution est apparue immédiatement comme une norme de droit positif interprétée, comme la loi elle-même, par les juges avec des techniques de la *Common Law*. On comprend alors combien ce pouvoir des juges a pu être grand, d'autant plus que, n'ayant pas été prévu, il est consacré très vite par la Cour elle-même. Le raisonnement du *Chief Justice Marshall* dans l'arrêt *Marbury vs Madison* trouve ses racines dans l'œuvre des Pères fondateurs eux-mêmes. Ces derniers, et en particulier Hamilton, avaient rappelé que le Parlement, comme le pouvoir exécutif, peut mal faire et que, dès lors, aucune législation contraire à la Constitution ne saurait être valable. C'est pourquoi il revenait aux juges de déterminer le sens de la charte fondamentale et d'assurer la suprématie de la norme fondamentale.

Cette place du juge au tout début de l'histoire de la démocratie Outre Atlantique a favorisé la multiplication des thèses américaines cherchant à établir la compatibilité entre la justice constitutionnelle et la démocratie. Parmi les thèses les plus connues qui défendent sur le plan théorique cette place du juge, figure celle de Ronald Dworkin invoquant la nécessaire conciliation entre certaines théories jusnaturalistes et la conception américaine du légalisme constitutionnel. Il justifie en particulier les décisions de la Cour suprême protégeant les droits fondamentaux à partir de droits moraux que possèdent les individus face à l'État, ce qui constitue selon lui le fondement du système constitutionnel américain. La pensée de Bruce Ackerman va également dans ce sens ; ce dernier se réfère au concept du dualisme qui consiste à différencier les majorités constitutionnelles et les majorités législatives. Il dit qu'entre deux élections et entre deux possibilités de contrôle des représentants du peuple, il faut que le juge exerce un contrôle pour vérifier que les représentants ne se séparent pas de la volonté du peuple telle qu'elle a été définie dans les textes fondateurs. Ce dualisme est la justification du travail continu du juge pour faire valoir les principes fondateurs de la démocratie américaine contre ce qu'Ackerman appelle des lois de circonstance votées par des majorités de circonstance. Scoffoni estime qu'au-delà des années 70, il est difficile de trouver dans l'histoire américaine des dérives vers le gouvernement des juges.

Dans une très intéressante contribution, Laurent Pech se demande si le *judicial self-restraint* peut apporter un remède au gouvernement des juges. Libre de ses convictions, le juge constitutionnel se devrait « néanmoins d'observer une certaine réserve (*self-restraint*) ». Il lui appartient, en effet, à travers chacune de ses décisions, de concilier le respect de la souveraineté avec les notions de suprématie de la Constitution et de l'État de droit. En conséquence, cette attitude de *self-restraint* pourrait prévenir, semble-t-il, l'accusation de « gouvernement des juges » qui constitue en France un sujet fréquemment abordé. Les États-Unis d'Amérique ont suscité l'admiration de Tocqueville parce que « le pouvoir attribué aux tribunaux américains de se prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait élevées contre la tyrannie des assemblées politiques ». Le débat sur le gouvernement des juges passionne sans doute plus la France que les États-Unis. Outre-Atlantique, l'intérêt pour cette

question n'est cependant pas morte s'il faut croire le récent livre de M. V. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*¹. Justice Scalia a pu déclarer, en délivrant l'opinion de la Cour suprême dans la décision *Stanford vs. Kentucky* de 1989 que « dépasser le texte constitutionnel en cherchant à introduire de la sagesse dans les dispositions pénales, reviendrait à remplacer les juges qui disent le droit par un comité de philosophes rois ». Il est paradoxal toutefois que le débat ne soit pas aussi vif aux États-Unis qu'en France alors que le juge constitutionnel français paraît être un organe partiel de la fonction législative, et qu'aux États-Unis, la Cour suprême dispose, au moins dans certaines matières, de la totalité du pouvoir législatif². Cependant le débat a porté aux États-Unis, de façon toute aussi vive qu'en France, sur les méthodes d'interprétation du juge. Les controverses sur le « gouvernement des juges », ou plutôt aux États-Unis sur la *judicial supremacy* ont été évoquées, pour schématiser, au travers des querelles entre l'école « interprétativiste » et « non interprétativiste ». Les différences entre le modèle américain de justice constitutionnelle et le modèle français expliquent les différents débats qui ont animé la doctrine. Le Conseil constitutionnel intervient *a priori*, il n'a que la possibilité de censurer les lois votées par le législateur national alors que la Cour suprême a la possibilité d'exercer son contrôle principalement sur les décisions prises par les États ou les municipalités. On peut y voir des raisons supplémentaires expliquant l'invocation plus constante, en France, de l'existence supposée d'un « gouvernement des juges ». À l'opposé la Cour suprême peut être saisie, à la différence du Conseil constitutionnel, par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, de « questions de société non encore tranchées par le législateur fédéral », situation de nature à multiplier les risques de conflit. Savoir si la doctrine du *judicial self-restraint* peut répondre à la menace de gouvernement des juges nécessite la définition tout d'abord de ce dernier concept. Ce qui est commun à toutes ces expressions, c'est cette connotation péjorative, que ce soit en France ou aux États-Unis. En fait, aujourd'hui, le débat sur le gouvernement des juges porte principalement sur le degré d'interventionnisme du juge constitutionnel.

La deuxième partie du livre se présente comme une « Phénoménologie du gouvernement des juges ». Selon Norbert Foulquier³, il ne faut pas oublier d'analyser en quoi la notion de gouvernement des juges peut être ou non appliquée aux droits internationaux, en particulier à travers l'intervention de la CJCE et de la CEDH qui ont un impact direct sur les institutions des États parties et dérogent en bien des points au droit international classique. De plus la question de la légitimité démocratique du juge se complique à cause du statut extra-national de ces magistrats. Quelle est alors leur légitimité et les limites de leur pouvoir ?

Dans « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen » Étienne Picard se livre à un vigoureux plaidoyer en faveur du droit et prend, d'une certaine manière, la défense du gouvernement des juges. On s'arrêtera un peu plus longue-

¹ Princeton University Press, 1999.

² M. Troper, « Démocratie continue et justice constitutionnelle » in *La démocratie continue*, dir. D. Rousseau, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 132.

³ P. 211.

ment sur son propos. Étienne Picard⁴ se situe du double point de vue d'une « Phénoménologie du gouvernement des juges » et de celui des rapports du gouvernement des juges et de la démocratie. Michel Troper et Otto Pfersmann ont montré que ce concept de gouvernement des juges était à peu près insaisissable scientifiquement. Selon Picard, il y a deux approches de la notion de gouvernement des juges : la première, spontanéiste, intuitive, politique, qui nous fait rejeter comme un spectre le gouvernement des juges ; la seconde, rationnelle, théorique ou scientifique. Ces deux approches sont en définitive assez proches l'une de l'autre, l'une parce qu'elle ne l'identifie pas réellement, l'autre parce qu'elle montre qu'il n'est pas possible de la cerner. Or il y a peut-être d'autres conceptions du droit susceptibles d'indiquer sinon le critère, du moins la mesure, la norme, de ce qui devrait être le pouvoir des juges.

Lorsque la formule « gouvernement des juges » se trouve spontanément confrontée à celle de « démocratie », il est clair que le sens général implicite qu'on entend donner à la notion de gouvernement des juges revient à le dénoncer fortement et à l'identifier implicitement au contraire de la démocratie. La seconde approche, celle de la théorie du droit, se fonde sur une volonté de scientificité absolue de l'approche du droit. Mais elle débouche sur certains paradoxes et en arrive à adopter des positions à la fois indifférentistes ou relativistes quant au contenu du droit, et en même temps absolutistes quant au mode de structuration de ce contenu. Pourtant l'un et l'autre modes laissent certaines questions en suspens et reposent l'un et l'autre sur certains postulats implicites dont la validité n'est jamais examinée. Or le droit constitutionnel et le droit européen qui se dit aujourd'hui « constitutionnel » sont en train de récuser ces derniers.

Le premier postulat veut que ce soit le pouvoir politique, élu démocratiquement, qui pose seul le droit. Selon ce postulat, le droit serait ontologiquement subordonné au politique. Or un tel postulat s'oppose radicalement à la dogmatique contemporaine de l'État de droit qui entend justement subordonner le pouvoir – l'État – au droit. Le second postulat entend que le droit se tienne entièrement dans le texte posé par le pouvoir démocratique. Ce second postulat veut que l'interprétation du droit, du texte, n'emporte pas nécessairement création du droit. Or ce postulat paraît de plus en plus démenti aujourd'hui par cette constatation selon laquelle ce n'est pas tant le droit qui est dans le texte, mais de plus en plus le texte qui est dans le droit puisque même la Constitution est interprétée selon des règles qui ne s'y trouvent pas. C'est encore plus net au niveau européen où les textes des traités constitutifs font l'objet d'interprétations jurisprudentielles fort constructives.

On est certainement fondé à parler, à propos de ces juridictions, de gouvernement des juges. Mais ce type de juge n'est pas nécessairement condamnable au regard d'une certaine conception du droit que la prise en compte de ces droits supranationaux nous amènera à considérer. Cette réflexion nous fera apparaître que le droit présente par rapport au politique une certaine autonomie, au moins partielle, et qu'il s'autodétermine en son contenu au moins partiellement, par ses propres procédés qui sont des procédés juridiques. Mais le droit impose aussi des limites à l'activité des juges, limites intrinsèques à l'activité juridictionnelle.

⁴ P. 212.

Les juridictions européennes sont donc certainement des juges qui gouvernent, mais elles ne sont pas nécessairement condamnables.

En premier lieu, la notion de « justice supranationale européenne » s'applique d'une part à la Cour de justice des Communautés européennes, d'autre part à la Cour européenne des droits de l'homme.

Les juges européens ne déterminent pas seulement le sens des normes qu'ils sont chargés d'appliquer, mais encore les normes elles-mêmes qu'il s'agit d'interpréter. La détermination du sens de la norme peut s'observer aussi, ce qui est remarquable, sur le plan du fond du droit. Ainsi la CEDH a adopté une conception fort extensive de la notion de « victime », ce qui lui permet d'élargir considérablement, par rapport au texte de la Convention, la notion d'intérêt à agir et d'étendre sa propre compétence. Les mêmes observations pourraient être formulées à propos de la Cour de justice de Luxembourg. La CEDH admet la recevabilité extraterritoriale de la Convention (arrêt *Soering*, 7 juil. 1989). Ou encore la Cour applique des dispositions conventionnelles à ces contentieux que les auteurs de la CEDH n'avaient certainement pas envisagés (Ruiz-Matteos, 23 juin 1993 : application de l'article 6 au contentieux constitutionnel). Picard évoque également la construction par la Cour de Luxembourg de la notion et du régime d'intérêt général, et cela sur la base du seul § 2 du traité CEE, qui pendant longtemps avait été un peu oublié ou méconnu.

Les juges européens, ne se bornant pas à interpréter les normes qu'ils sont chargés d'appliquer, déterminent également les normes à appliquer. Ainsi, assez tôt la Cour européenne a formulé le principe de la prééminence du droit. La Cour de justice de Luxembourg n'a pas procédé autrement lorsqu'elle a inventé la notion de principes généraux du droit communautaire ou qu'elle a créé de toutes pièces celle des droits fondamentaux, avant que les États membres ne ratifient cette jurisprudence en modifiant les Traités. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a, pour la sauvegarde et la promotion de ces droits, poussé très loin la création normative, spécialement en recourant à des croisements de normes à effet fécondant. Ainsi elle a pu combiner la CEDH qu'elle est normalement chargée d'appliquer avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Groppera, du 28 mars 1990) ; cela est d'ailleurs assez normal puisque ce pacte n'est que la traduction normative interétatique et multilatérale de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il est plus étonnant que la Cour combine cette convention européenne avec d'autres conventions qu'elle n'a pas pour mission de sanctionner comme la Convention des droits de l'enfant (Costello-Roberts du 25 mars 1993) ou la Charte sociale européenne, ou la Convention internationale des télécommunications, ou encore la Convention européenne relative à la télévision transfrontière qu'elle n'a pas davantage mission de faire appliquer.

Toutes ces combinaisons tendent à faire reconnaître de nouveaux droits là où la mobilisation de la seule Convention ne suffirait pas. On peut dire que, au total, la lettre du texte de la Convention n'est que l'une de ses sources d'inspiration. Ainsi elle a construit la théorie de la société démocratique et du pluralisme pour en faire découler une pluralité de droits dont certains des plus notables comme le droit à l'information et le droit à la tolérance. Elle a construit également la notion de droit à la vie privée pour en étendre et en changer le sens. Elle a même élaboré une théorie du droit au procès équitable qui englobe aujourd'hui un très grand nombre de droits dérivés (droit à l'égalité des

armes procédurales, droit non pas seulement à l'impartialité, mais à l'apparence de l'impartialité, droit au contrôle juridictionnel d'une certaine profondeur, droit à l'exécution des décisions juridictionnelles dans un certain délai...) Les juridictions européennes ne se sont pas contentées de déterminer le sens des normes ou les normes mêmes, mais elles ont encore, souvent au-delà des textes, déterminé la portée de leur propre contrôle juridictionnel à l'égard des États membres ou des États parties.

En second lieu, la détermination par les juges européens de la portée de leur contrôle passe par deux techniques différentes. Par exemple, la Cour de Luxembourg a construit la théorie de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire sur le droit interne des États membres, tandis que les organes de Strasbourg ont affirmé le caractère objectif de l'ordre conventionnel, de façon à exclure toute condition de réciprocité et à permettre l'applicabilité directe de la Convention dans les ordres juridiques internes et encore son effet universel.

L'une et l'autre juridictions ont affirmé la portée non seulement supralégislative, mais encore supraconstitutionnelle, l'une de l'ordre juridique communautaire, l'autre de la CEDH. Ainsi, comme on l'a dit, les deux cours peuvent exercer un « contrôle supranational de la supraconstitutionnalité ». Ce contrôle est d'autant plus considérable qu'il s'accompagne du refus, y compris de la part de la Cour de Strasbourg, de tenir compte des éventuelles spécificités constitutionnelles de tel ou tel État (*Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 oct. 1992 : à propos de l'interdiction de l'interruption volontaire de grossesse et des mesures d'intervention sur les droits étrangers). La Cour n'hésite pas également à se livrer au contrôle direct de la conventionnalité de dispositions constitutionnelles ou à condamner une jurisprudence constitutionnelle interne (*Vogt c. Allemagne*, du 26 sept. 1995 : à propos des fonctionnaires communistes). Cette jurisprudence doit naturellement être rapprochée de celle qui affirme que la CEDH est « l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (*Loizidou*, du 23 mars 1995).

Les deux juridictions considérées ont également altéré la portée propre des divers types de normes considérées. Ainsi la Cour de Luxembourg tend très fortement à assimiler les directives aux règlements européens que, cependant, l'article 189 du Traité CEE distingue nettement. La Cour de Strasbourg a forgé toute une jurisprudence justifiant les obligations positives à la charge des États. Ainsi elle a créé la notion d'« ingérence passive », selon laquelle il y a ingérence de la part de l'État dans certains droits non pas seulement lorsqu'il les méconnaît positivement, mais lorsqu'il ne prend pas les mesures nécessaires à empêcher leur méconnaissance par les tiers. De cette façon l'effet horizontal de la CEDH peut se développer.

Les deux Cours déterminent également la portée de leurs propres décisions. Les arrêts de la CEDH n'ont en principe qu'un effet déclaratoire *inter partes*. Mais diverses décisions ont considéré que des arrêts antérieurs de la Cour pouvaient revêtir un effet direct à l'égard des juges nationaux, lorsque se présente devant eux une nouvelle affaire dont les données juridiques sont les mêmes, et cela sans attendre que l'État en cause ait effectivement modifié sa législation suite à l'arrêt considéré. Enfin la Cour se met à contrôler elle-même ses propres arrêts, par les juridictions nationales, alors que, normalement, cette fonction relève de la compétence du Comité des ministres (*Barbera* 1994).

Tout cela est suffisant pour savoir si les juridictions européennes constituent un système de gouvernement des juges. À tous égards, les juridictions européennes se comportent comme des juges qui gouvernent et on est obligé d'admettre pleinement, à leur propos, cette idée de gouvernement des juges. On observe que s'appliquent à la réalité juridictionnelle européenne les conceptions du gouvernement des juges les plus exigeantes, et même celle que Michel Troper a qualifiée de la plus étroite, selon laquelle il y a gouvernement des juges lorsque ceux-ci ont le pouvoir de contrôler la validité des révisions de la norme suprême de référence.

Il y a trois façons de saisir l'activité des juges européens.

- Ou bien l'on appréhende l'activité des juridictions européennes du seul point de vue du droit interne ; alors, en France au moins, si la Constitution doit prévaloir sur le droit supranational, depuis les arrêts *Koné* en 1996 et *Saran* de 1998, les juges supranationaux n'ont pas le dernier mot contre la volonté du souverain constitutionnel. Cependant il semble assez largement théorique que les juges français se décident à faire effectivement prévaloir la Constitution sur tel droit fondamental reconnu dans l'ordre européen : tout en le faisant prévaloir formellement, ils interpréteront plutôt la Constitution d'une façon telle qu'elle garantisse et reconnaisse le droit considéré. Dans cette mesure, le droit supranational posé par les juges européens prévaut en fait sur la Constitution. À moins que la France ne choisisse de dénoncer telle ou telle convention européenne, mais en fait on la voit mal se retirer de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe ou résilier ses engagements internationaux en matière de droits de l'homme.

- Ou bien l'on appréhende l'activité des juges européens du point de vue des ordres juridiques supranationaux mais au regard des ordres juridiques internes : en ce cas il est clair que l'ordre juridique supranational, de son point de vue, s'impose aux ordres juridiques nationaux, de sorte qu'une révision constitutionnelle voulue par le souverain lui-même serait nécessairement sujette à un contrôle juridictionnel par le juge supranational considéré. On a encore le gouvernement des juges au sens le plus étroit puisque la volonté du souverain interne est assujettie à la norme supranationale telle que le juge l'interprète en définitive.

- On peut enfin appréhender l'œuvre des juges européens au regard du seul droit international. Et là encore, l'on ne peut s'empêcher de conclure au gouvernement des juges. Certes, formellement ni la Cour de justice des communautés européennes ne contrôlent la validité des révisions des Traités ou de la Convention par rapport à leur texte original. Mais en fait elles font mieux, dans la mesure où ces juridictions statuent en pratique sans contrôle réellement démocratique, puisque le corps démocratique européen est à l'état embryonnaire et demeure dépourvu de pouvoir à l'égard de la norme servant de référence au contrôle juridictionnel.

Ces analyses, assez formelles, doivent cependant être relativisées par d'autres données qui conduisent à proposer une autre approche du gouvernement des juges, inspirée d'une autre conception du droit lui-même.

Ces considérations conduisent Picard à affirmer que ces juges qui gouvernent en Europe ne sont pas nécessairement condamnables. Pour juger de la légitimité du gouvernement des juges en Europe, il faut prendre en considération d'autres données car dans ce

cadre supranational, communautaire et conventionnel, la problématique classique de gouvernement des juges ne s'explique pas dans les mêmes termes. Dans l'ordre supranational deux références sont absentes, très liées l'une à l'autre : il s'agit de la démocratie législative et de la séparation des pouvoirs. Ni l'une ni l'autre n'ont cours dans le cadre supra-national alors qu'elles structurent et déterminent la pensée du gouvernement des juges ; d'une façon générale ni l'une ni l'autre ne caractérisent tous les ordres juridiques. Toutefois elles se fondent sur des valeurs que l'on retrouve également dans d'autres ordres juridiques. Les fondements classiques du droit sont la démocratie législative et la séparation des pouvoirs.

Or, à considérer l'évolution de la réalité des pouvoirs normatifs des juges, dans notre système comme dans les autres, on peut dire que pratiquement toutes les convictions qui se trouvaient au fondement de ces conceptions du droit ont peu à peu été démenties par la réalité de cette évolution, ce qui a d'ailleurs obligé, pour ne pas condamner l'action des juridictions, à restreindre continûment le sens de l'expression gouvernement des juges qui est passé de son sens très large à son sens très étroit. Et cependant la charge de condamnation demeure tapie dans l'expression « gouvernement des juges ». Or si l'on prend en compte la situation née du développement des contrôles juridictionnels s'exerçant sur les États, au niveau supranational, européen singulièrement, cette situation apparaît encore plus grave qu'au sein des seuls systèmes nationaux.

En effet ce ne sont pas seulement les lois qui sont contrôlées par ces juridictions supranationales : ce sont les constitutions qui se trouvent confrontées au droit que disent ces juges. Et le droit que disent ces juges ne résulte pas de l'interprétation d'une norme posée par la représentation démocratique, mais d'une norme posée par un traité négocié, signé et ratifié par les exécutifs (avec néanmoins l'autorisation pour la France de la représentation démocratique). Mais, d'un certain point de vue (qui est loin d'être unanime), cette interprétation juridictionnelle des traités s'avère fort constructive en ce qu'elle aboutit à des solutions auxquelles n'auraient pensé ni les exécutifs signataires ni les parlements qui ont donné l'autorisation de les ratifier. Il semble donc bien que nous soyons en ce qui concerne cette justice supranationale, communautaire et conventionnelle en face même du gouvernement des juges.

Il y a quelque chose de plus. Le juge européen, spécialement la Cour européenne des droits de l'homme, est en train, non pas seulement d'interpréter la norme qu'il est chargé de sanctionner, mais encore de déterminer lui même la norme qu'il doit appliquer et de donner à cette norme la portée la plus appliquée qui se puisse concevoir, tout en lui reconnaissant des potentialités inépuisables. En effet c'est le principe de la prééminence du droit qu'il applique plus encore que la Convention. Les termes de celle-ci ne sont que l'expression imparfaite et transitoire de cette prééminence et ses virtualités sont d'autant plus riches qu'elles visent des valeurs aussi indéterminées que suréminentes : les droits fondamentaux.

C'est pour cela que l'on se trouve aujourd'hui en Europe dans une situation complètement différente de ce que postulaient les principes démocratiques et constitutionnels classiques. Mais le phénomène n'est pas propre à l'Europe. On l'observe dans la plupart des ordres juridiques internes. Par exemple, le juge Klein, de la Cour suprême d'Israël, a trouvé dans la législation ordinaire des normes qui restent ou doivent rester ordinaires, et d'autres, jugées plus importantes qui doivent recevoir un statut spécial,

constitutionnel, et au regard duquel les normes ordinaires doivent être jugées. Tout cela doit être rapproché de ce que le juge conventionnel nous dit, à savoir qu'il applique un droit constitutionnel. On doit également faire le parallèle avec la jurisprudence du juge communautaire lorsqu'il décide que les droits qu'il protège sont fondamentaux. De même, les juridictions ordinaires françaises commencent elles aussi à découvrir des droits fondamentaux que la Constitution ne mentionne pas, et auxquels ces juges donnent également un statut prééminent, de type constitutionnel. Quant à l'Europe communautaire, sa construction est de plus en plus intégrée, et de nombreux pouvoirs implicites sont détournés au profit des organes communautaires, sous la réserve, depuis l'arrêt de la Cour de Luxembourg *Stauder* de 1969, de la garantie des droits fondamentaux. Au sein de l'Europe communautaire ces deux impératifs sont entrés en concurrence et depuis le traité d'Amsterdam, il semble que le pas soit donné, dans cette concurrence, à l'impératif des droits fondamentaux.

Certains croient pouvoir dire que globalement en Europe, dans l'ordre juridique commun comme au sein des ordres juridiques nationaux, les droits de l'homme sont devenus l'impératif catégorique majeur, qui fonde et justifie le droit et qui peut s'opposer à toute autre norme contraire, même écrite, même démocratique dans son origine.

Quoi qu'il en soit, le fait nouveau et spécifique aux ordres juridiques européens est donc que ce sont des droits ou des pouvoirs *substantiels* qui dominent les ordres juridiques nationaux. Ils sont substantiels en ce qu'ils se caractérisent par un contenu matériel déterminé par ces deux impératifs catégoriques qui, dans leurs exigences normatives, tendent à transcender la lettre des textes qui les expriment. Ils donnent donc aux juges qui interprètent ces textes un pouvoir nécessairement considérable. Car le principe premier de ces ordres n'est plus le principe de la souveraineté d'un organe législateur libre, mais une norme qui s'impose à tous les organes de ces ordres et qui présente la double caractéristique de n'être pas formellement définie en son contenu et de ne pouvoir l'être qu'en fonction des données de chaque affaire, c'est-à-dire par le juge.

Tout cela conduit à réviser les fondements classiques de la condamnation du gouvernement des juges. Il s'agit moins de récuser ces fondements que de relativiser leur valeur et de montrer qu'ils comportent quelque chose d'excessif et peut-être de faux, bien qu'ils conservent toutefois des vérités ou des nécessités qui sont propres au droit, et non à une doctrine particulière du droit. Successivement se posent la question des rapports entre le droit et la démocratie, puis celle de la signification du principe de séparation des pouvoirs en ce qui concerne la fonction juridictionnelle.

Tout d'abord, la dogmatique juridique classique, d'où découle une certaine conception de ce que doit être la fonction juridictionnelle repose sur la conviction que le droit découle du principe démocratique ou se fonde sur lui, dans la mesure où le droit procéderait exclusivement de la volonté populaire souveraine législative ou constitutionnelle. La démocratie était *a priori*, sur le plan du droit qu'elle produit, sainte, parfaite, valide indépendamment du contenu de ses normes. Tout était parfait en droit dès lors que c'était voulu par le souverain démocrate.

1) Or au cours de ces dernières décennies, trois données se sont progressivement imposées. Premièrement, le droit ne procède pas de la démocratie, c'est en partie le

contraire : il n'y a pas de démocratie sans droit. Le droit s'impose à la démocratie et non la démocratie au droit. Il y a une résistance du droit à la démocratie qui constitue son autonomie, et, au-delà de son autonomie, le droit commande à la démocratie si elle veut exister en tant que telle.

Deuxièmement, le droit ne laisse à la démocratie aucun choix quant à la question de savoir si elle veut exister : il lui impose son existence. Car le droit n'étant plus réduit à la souveraineté de la loi, libre de vouloir ce qu'elle veut, n'est plus vide de contenu : le droit n'est pas plus ouvert à n'importe quel contenu qu'une certaine démocratie déliée du droit pourrait déterminer pour lui. Le droit tend à devenir un impératif catégorique substantiel qui commande à la démocratie. Il s'est opéré comme un renversement dans l'ordre des facteurs : on ne jouit pas des droits fondamentaux sur le fondement premier de la démocratie, mais on jouit de la démocratie comme de l'une des dimensions des droits fondamentaux qui sont premiers et qui engendrent la démocratie.

Troisièmement, le principe démocratique se tient bien au cœur du droit ; mais il n'est plus à son fondement en ce sens que tout ce que la volonté populaire aurait démocratiquement décidé n'est plus nécessairement acceptable en droit. Cependant il continue de se tenir au cœur du droit en ce sens que le droit, pour être considéré comme tel, doit être au moins globalement accepté démocratiquement. Pour être du droit, il ne suffit plus qu'il soit constitué de normes (on serait tenté de demander à l'auteur si cela a jamais suffi) ; il est obligation de respecter certains droits. C'est dans le principe de ce consentement, qui a toujours caractérisé le droit, que s'est logé à l'époque moderne et surtout contemporaine, le principe démocratique.

Les juges, s'ils peuvent donc contrôler la démocratie en tant qu'elle se voudrait source du droit, ne sauraient néanmoins méconnaître ce principe de consentement à l'obligation sans méconnaître en même temps ce qu'est la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire le droit lui-même.

Aujourd'hui on découvre enfin (!) que ce n'est pas le droit qui est tributaire de la démocratie, que c'est presque tout le contraire ; on découvre que c'est la démocratie qui est tributaire du droit à deux égards : il la conditionne comme il l'impose. Il la conditionne en ce qu'il ne peut y avoir de démocratie si, dans l'adoption de la norme démocratique, certaines règles de droits, de procédure et de fond, ne sont pas respectées : c'est même le respect de ces règles qui confère le caractère démocratique à ces normes. Ainsi il n'y a pas démocratie si l'égalité du suffrage n'est pas respectée, si la sincérité du scrutin n'est pas garantie, si l'information, la liberté d'expression, de pensée, de parole, de presse, de réunion ne se sont pas exercées, si le pluralisme n'a pas pu s'exprimer.

Donc, dans un renversement radical l'auteur n'hésite pas à affirmer que la démocratie n'est pas le fondement du droit. Le droit ne repose pas sur la démocratie. Le droit est antérieur à la démocratie et il impose la démocratie autant parce qu'elle est nécessaire à l'accomplissement des droits des personnes, et elle est nécessaire parce que ses mécanismes sont des garanties du droit lui-même. Autrement dit le droit ne peut se dispenser de la démocratie. Et contrairement à ce que la critique du gouvernement des juges pourrait laisser penser, il n'y a pas d'opposition entre droit et démocratie, mais une heureuse dépendance réciproque. La démocratie ne fait pas naître le droit absolument en ce qu'elle ne saurait s'affirmer sans déjà respecter les règles de droit : elle est entièrement tributaire du droit ; elle est déjà un produit du droit et subordonnée au droit, sans lequel

elle ne saurait être démocratie mais mascarade démocratique. La démocratie n'est pas la source des sources du droit, et le droit peut exister avant et au-dessus de la démocratie, puisque le critère comme le fondement de la démocratie sont bien juridiques. Son pouvoir (de la démocratie) à produire du droit n'est pas inconditionnel, mais entièrement conditionné au respect des conditions de forme et de fond sans lesquelles il n'y a pas de démocratie.

Mais aujourd'hui la légitimité du droit est comprise comme d'essence démocratique. En réalité, cela a toujours été le cas d'une certaine façon en ce sens qu'il n'y a pas de droit si l'obligation par laquelle il s'exprime n'est pas fondamentalement et globalement consentie. Le consentement à l'obligation fait vraiment le droit et l'a toujours fait (selon Picard, et de nombreux auteurs contemporains, il semblerait que seule l'époque contemporaine ait su découvrir ce que signifiait véritablement la notion de consentement, laquelle aurait échappé aux générations antérieures)⁵. Il a pu dans l'histoire du droit s'exprimer de multiples façons, notamment par la distinction de l'*auctoritas* et de la *potestas*, l'*auctoritas reconnue* et la *potestas imposée*. Mais de nos jours ce consentement s'exprime par la démocratie. Le droit des juges doit donc être démocratique. Cela signifie que les juges s'ils peuvent contrôler les règles de droit adoptées selon des procédures démocratiques, ne peuvent pas ou ne devraient pas pouvoir sanctionner des règles de droit dont l'adoption a été claire et s'est voulue démocratiquement souveraine.

C'est pourquoi la supraconstitutionnalité ne paraît pas réellement un bon parti pour le juge constitutionnel. Il faudrait aussi que le juge européen fût plus discret lorsque, au nom de la supranationalité du droit européen, il se met à contrôler la conformité à ce droit européen de dispositions internes constitutionnelles ; il ne devrait pas les sanctionner tant qu'elles ne sont pas directement contraires à la norme européenne considérée. Le juge ne peut pas toujours, au nom du droit, écarter la volonté démocratique, concède l'auteur.

Ensuite, la séparation des pouvoirs paraissait impliquer une limitation des pouvoirs juridictionnels ; c'est au nom de cette séparation qu'est conduite la critique du gouvernement des juges. Mais la séparation des pouvoirs peut être comprise d'une multitude de façons, qui laissent aux juges des pouvoirs d'une étendue extrêmement variable. Plus encore ce principe n'a pas cours dans les ordres juridiques supranationaux, de sorte que dans ces ordres fait défaut le frein à l'extension du pouvoir des juges.

Plus encore : non seulement les juges supranationaux ne sont pas soumis à un principe de séparation des pouvoirs, mais ils se sont donnés d'autres principes, propres aux ordres juridiques dans lesquels ils agissent : le principe de la prééminence du droit et le principe de l'effet utile de l'ordre juridique communautaire.

Le principe de la prééminence du droit est selon Picard « le plus mystérieux et plus fécond des principes de la justice supranationale européenne »⁶. Par l'effet même de l'ordre supranational sur les ordres nationaux, il s'impose en tant que tel non seulement

⁵ C'est moi qui souligne.

⁶ Etienne Picard, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », in Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschlig (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, p. 237.

aux ordres juridiques nationaux mais au sein de ces ordres juridiques nationaux. Picard se montre favorable à la diffusion de ces principes au sein des ordres juridiques nationaux.

Ce principe de la prééminence du droit permet de limiter la portée de tous les autres, le principe démocratique et le principe de séparation des pouvoirs car en réalité, il emporte la prééminence des droits fondamentaux sur toute autre considération d'ordre formel ou organisationnel, comme la séparation des pouvoirs ou la limitation des pouvoirs du juge.

On peut donc bien, au nom de la condamnation du gouvernement des juges, critiquer le recours que le juge européen fait au principe de la prééminence du droit. Mais ce principe figure dans le Préambule de la Convention, de même que le principe de développement des droits de l'homme. Le juge dispose bien d'une justification formelle qui devrait rassurer notre esprit légaliste. Mais au-delà de cette satisfaction formelle, la question est de savoir si le droit lui-même, dans ses exigences substantielles spécifiques, ne postule pas par lui-même ce que la CEDH et la Cour désigneront comme la prééminence du droit. Ce que veut dire Picard, c'est que ce ne sont peut-être pas tant la CEDH ou la Cour qui ont posé le principe de la prééminence du droit, mais que c'est peut-être le droit lui-même, dans ce qu'il est fondamentalement, qui a posé le principe de son autonomie et de sa propre prééminence. La formule et l'idée d'Étienne Picard ne sont pas sans charme, bien que le risque d'anthropomorphisme n'en soit pas tout à fait absent. On comprend toutefois ce qu'il veut dire : il y a une efficace propre au droit, indépendamment de tout autre facteur institutionnel. C'est également ce qu'affirme Blandine Kriegel dans *Empire ou État de droit*. Quant à lui il pousse la magie juridique nettement plus loin : c'est peut-être le droit lui-même qui a posé la CEDH elle-même, sinon formellement, du moins substantiellement. En effet il se trouve que le principe de prééminence du droit ou des droits est ici posé par la CEDH, mais dans de nombreux autres ordres juridiques, le principe de prééminence du droit sans jamais avoir été posé formellement produit des effets similaires ; c'est le cas par exemple des arrêts *Stauder* de 1969 ou *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970, dans laquelle la Cour de justice a de toutes pièces inventé les principes généraux du droit communautaire, destinés à protéger les principes fondamentaux, comme l'avait fait le Conseil d'État quelques décennies auparavant.

Si c'est le cas, ce n'est pas le gouvernement des juges qu'il faut dénoncer, c'est le gouvernement du droit qu'il faut reconnaître, peut-être même en dépit de tous les autres principes. Et corrélativement il faudrait reconnaître la subordination à ce droit autant des gouvernants que des juges eux-mêmes.

Pour accéder à cette conclusion, il faut changer la conception qu'on se fait habituellement du droit : il faudrait abandonner définitivement une conception du droit qui le ramène à la seule notion de norme. Si l'idée nous paraît tout à fait juste, on remarque et déplore que Picard ait besoin de partir d'une conception nettement restrictive, voire réductionniste, du droit (à laquelle bien peu de juristes seraient prêts à souscrire), ce qui lui permet d'autant plus facilement d'amplifier l'ampleur de la transformation qu'il souligne. Dans la perspective de ce changement de conception, il n'y a plus gouvernement des juges ni en pays de droit écrit ni en pays de *common law*. Nous nous trouverions aujourd'hui dans une transition entre un droit qui est bien connu vers un droit que nous

avons beaucoup plus de mal à définir parce que nous ne savons pas trop ce qui s'y trouve.

Cela dit, le principe de séparation des pouvoirs présente un sens que le principe même de prééminence du droit ne devrait pas méconnaître. Il implique d'une façon générale une sorte de limitation des pouvoirs du juge, quel qu'il soit. L'auteur, notant que ce principe est exigé par l'État de droit, préfère l'appeler principe de limitation. Il signifie que toute monopolisation, même au nom du droit, est dangereuse pour les autres autorités comme pour le droit des personnes. Le droit, en son principe, postule la pluralité des sources, leur complémentarité et leur concurrence. Même l'universalité, y compris celle des droits de l'homme, peut devenir dangereuse lorsqu'elle couvre une pratique uniformisante.

Le principe de séparation n'est qu'une déclinaison du principe de limitation, et le principe d'auto-restriction juridictionnelle (le *self judicial restraint*) en est une autre. De sorte que le principe de limitation continue à s'imposer même lorsque la structure de l'ordre juridique est supranationale. Le juge européen doit montrer là beaucoup de réserves et ménager constamment des équilibres. Le droit, en son principe, postule la pluralité des sources, leur complémentarité, voire leur concurrence, et en tout cas leur combinaison. Même l'universalité, y compris celle des droits de l'homme, peut devenir dangereuse. Toutefois il reste que le principe de séparation doit demeurer compris comme une manifestation particulière du principe de limitation, de sorte que ce dernier continue de s'appliquer, même dans l'ordre supranational où les compétences sont moins délimitées. En effet les juridictions, quelles qu'elles soient, internes ou supranationales, ne doivent pas tout contrôler : tout n'est pas juridifiable (*sic*) et tout ne doit pas être justiciable du droit ou justiciable des juges. Tout n'est pas et ne doit pas être justiciable du droit. Le juge, européen singulièrement, doit ménager constamment des équilibres. Le droit étant selon Picard « une dialogie de dialogie : il faut que le juge combine d'une façon également dialogique les deux logiques de l'activisme et de la restriction »... « Les droits de l'homme sont une valeur considérable, essentielle, majeure, dominante. Mais ils ne se définissent pas tout uniment comme des absolus [...] : peu de choses sont véritablement absolues en droit ».

Le débat qui fait suite aux propos de Picard est riche d'enseignements. L'intervention de Luc Heuschling est particulièrement pertinente. Ce dernier admet, à la suite de Picard, que la définition formelle de la démocratie présuppose en effet l'existence de certains principes juridiques. Mais il refuse de partir de l'idée que le droit commande à la démocratie pour conclure que le juge doit commander à la démocratie. Car, note-il avec pertinence, il y a là assimilation subreptice du droit et du juge. Il y a une grande différence entre le droit et le juge, parce qu'on peut concevoir un droit sans juge. Il reproche également à Picard d'avoir méconnu le contexte jusnaturaliste de 1789 au profit d'une acception positiviste et anachronique. Lorsqu'en 1789 on a réfléchi sur le concept de souveraineté, on ne la concevait pas comme vide de contenu, mais comme garante des droits fondamentaux de l'individu. Les mécanismes institutionnels prônés par la Déclaration de 1789 reconnaissent à la fois la suprématie des droits naturels et la souveraineté du législateur. On voit déjà chez Rousseau le concept d'autonomie politique intégrer la notion d'autonomie individuelle. Les deux sont intimement liés alors

qu'aujourd'hui, on est en train, à travers le concept d'État de droit, d'isoler le concept d'autonomie individuelle du concept d'autonomie collective et d'ériger le juge, que l'on identifie aux droits de l'homme, au-dessus de la démocratie. Il y a là, selon Heuschling, une perte d'autonomie politique et de démocratie. On doit faire passer l'autonomie politique à travers l'autonomie collective, ce qui n'est plus le cas avec les juges. Picard répond qu'en adhérant au principe de la séparation des pouvoirs, il dénie l'attribution de la totalité du pouvoir au juge et récuse le discours pan-juridique qui, au nom de l'État de droit, veut tout soumettre au droit. Cela est également vrai pour le juge supranational, surtout lorsque le droit en vertu duquel il statue est un droit à contenu substantiel (prééminence des droits de l'homme ou construction européenne). Il serait extrêmement inquiétant qu'au nom des droits de l'homme, il y ait un contrôle intégral sur toutes les décisions qui peuvent être prises par les juges nationaux en matière de droits de l'homme. Il faut des marges d'appréciation et d'initiative dans lesquelles le juge supranational n'intervient pas : c'est le fondement du principe de *self-restraint*.

Adoptant le point de vue interne et juridique, Gérard Timsit reproche à Étienne Picard de suggérer une construction néo-jusnaturaliste. Ce nouveau jusnaturalisme conduirait Picard à soutenir des constructions contradictoires : approuver la création par les juges des principes généraux du droit, mais parler de « coup d'État judiciaire ». Timsit propose trois solutions pour prévenir le risque de ce nouveau jusnaturalisme ; la première consisterait, tout en faisant place aux valeurs dans la formation du droit, y compris celles de la démocratie, à s'abstenir de définir le contenu de ces valeurs. La deuxième consisterait à définir l'exacte signification de l'expression « autonomie du droit » qui reste mystérieuse. La troisième consisterait à définir une théorie qui permette de réconcilier l'opposition entre autonomie individuelle et autonomie collective. En guise de réponse, Picard soutient que ce sont les systèmes juridiques qui sont revenus au jusnaturalisme. « Quand on regarde la création normative par les juges, ce sont de pures valeurs qui opèrent »⁷. Il en donne pour exemple la dignité humaine, le droit au recours, la possibilité de se défendre. Selon lui, il y a des valeurs qui s'imposent comme telles dans certains ordres juridiques « qui ne doivent pas s'imposer comme des valeurs, mais plutôt comme des objectivités ». « Pour moi, la liberté, l'égalité ou la dignité humaine sont des valeurs, mais ce sont aussi des réalités qui peuvent très bien s'appréhender comme des données que la raison nous impose de reconnaître. » On notera le relativisme sous-jacent à cette distinction. Les valeurs entrent essentiellement en ligne de compte dans la détermination du droit, mais il ne faut pas s'y livrer entièrement car elles peuvent être dangereuses. Par ailleurs Picard refuse de fonder l'autonomie du droit sur le texte. C'est pourquoi il peut se produire ce qu'il appelle « d'heureux coups d'État judiciaires ». Il pense qu'il est impossible de trouver dans une norme juridique quelconque la totalité des éléments qui doivent gouverner notre conduite. C'est pourquoi Picard est hostile à la supraconstitutionnalité, étant donné que nous n'aurions aucun titre à la déterminer dans son contenu. La limite à ce panjuridisme doit se trouver quelque part et il faut une certaine autorestriction du juge. Il doit y avoir une autorestriction judiciaire. Le passage de l'autonomie individuelle à l'autonomie collective est une des façons

⁷ P. 247.

permettant de justifier la séparation des pouvoirs, parce que le principe existe constitutionnellement et un principe d'autorestriction du juge, même s'il n'a pas d'existence constitutionnelle formelle.

La synthèse de ces vues aussi divergentes apparaît, à la fin du livre, dans un chapitre plus nuancé intitulé « L'émergence du d'un concept ». L'ensemble de l'ouvrage fait utilement un point très documenté sur un des débats les plus vifs de notre société.