

Séance publique du 3 mai 2021

Vers la gouvernance des juges ...

Paul-Louis AUMÉRAS

Procureur Général Honoraire près la Cour d'Appel de Montpellier
Académie des Sciences et Lettres de Montpellier

MOTS-CLÉS

Conseil d'État, Cour de Cassation, Conseil Constitutionnel, Parlements ancien Régime, Révolution Française 1789, Montesquieu, Constitution 1958, Loi du 25 juillet 2008, La QPC.

RÉSUMÉ

L'actualité la plus récente rend compte de l'intervention de plus en plus fréquente du juge dans des domaines où l'on ne l'attendait pas. Engagement de poursuites pénales à l'encontre d'un candidat durant une campagne présidentielle, mise en examen du Ministre de la Santé en pleine gestion de la pandémie du Covid 19, opposition frontale sur les politiques d'immigration, condamnation de l'État dans les domaines de l'environnement, de la pollution de l'air et du sol, intervention redoutée du Conseil Constitutionnel sur les textes législatifs les plus importants ... Pourquoi donc le juge d'aujourd'hui est-il si assuré de son pouvoir ? La réponse est à chercher d'abord dans l'histoire des grandes juridictions françaises. Ensuite, il faut analyser les évolutions récentes ayant permis au juge de gagner d'abord son indépendance, puis la recherche d'une liberté de choix du support juridique de sa décision. Au terme de cette évolution majeure mais qui s'est imposée sans appréhension et discussion par le politique, il reste à s'interroger sur la légitimité de ce nouveau juge et le positionnement de son pouvoir par rapport aux deux autres grands pouvoirs, celui de l'exécutif et celui du législateur.

Nota : À cause du confinement sanitaire dû à la Covid 19, cette présentation a été faite en visio-conférence.

Je voudrais tout d'abord vous rassurer. Je ne vais pas vous imposer un cours magistral de droit public. Je n'en ai pas la compétence et je me couvrirais de ridicule devant plusieurs de mes confrères de la Section Lettres de l'Académie. Je ne veux pas vous entraîner davantage dans une réflexion juridique, entres juristes initiés, dans l'entre soi de spécialistes fervents des notes en bas de page. Certes, je ne renie pas mon passé professionnel de magistrat, mais durant celui-ci un quotidien besogneux ne m'a guère laissé le loisir de me pencher sur les grands débats juridiques de l'époque. Je ressentais, voire subissais en maugréant, un certain nombre d'évolutions dans l'Institution Judiciaire, dans l'état d'esprit de nombre de collègues, mais, pour autant, je ne pouvais accéder à une conceptualisation suffisante des problèmes pour intervenir dans le débat public. Mais le temps a passé, me voilà enfin maître de mon temps, me voilà, les années

se succédant, un peu plus honoraire et un peu moins magistrat, de plus en plus citoyen. Et, c'est en cette qualité que j'ai choisi de m'adresser à d'autres citoyens, en l'occurrence vous-mêmes, pour vous entretenir de la « Gouvernance des Juges ».

Le sujet mérite à mon sens votre attention. Il doit même, j'oserai l'affirmer, vous interpeller. Le débat en cause est discret, feutré, aseptisé. Il est traité dans les revues juridiques au public confidentiel, dans les monographies et les thèses universitaires à la diffusion restreinte, dans les discours de rentrées judiciaires aux auditoires, certes de qualité, mais peu nombreux. Et pourtant, ce débat est au cœur du contrat social, au cœur de la démocratie, au cœur du devenir de la répartition des pouvoirs. Depuis vingt ans c'est un mouvement puissant qui bouscule vos droits quotidiens. D'ailleurs, depuis quelques années, un certain nombre de nouvelles ayant fait les gros titres, les unes de l'actualité, ont dû vous mettre la puce à l'oreille. Vous avez bien senti, perçu qu'il y a maintenant davantage que le seul phénomène de la « judiciarisation » de la société, davantage que la seule augmentation du nombre de recours adressés au juge par des plaideurs de plus en plus fâchés avec leur entourage privé et professionnel. Rappelez-vous :

- en 2017, juste avant l'élection présidentielle la mise en examen éclair du candidat Fillon, l'un des favoris,
- les condamnations de l'État prononcées par des tribunaux administratifs pour insuffisance d'efficacité de son action en matière de pollution des sols ou de l'air, avec astreinte conséquente à la clé pour sanctionner tout nouveau retard,
- les mises en examen de l'ex Premier Ministre et du Ministre de la Santé en novembre 2020, après perquisition dès potron-minet de leur domicile et bureau respectif avec saisie de leurs ordinateurs et téléphones portables,
- les condamnations successives de l'État à l'occasion des mesures prises durant le confinement,
- l'attente fébrile et angoissée des décisions des « sages » de la rue Montpensier, le Conseil Constitutionnel, pour essayer d'anticiper s'il va ou non censurer tout projet ou proposition de loi importante, notamment dans le domaine de la lutte contre le terrorisme.

Le juge donc, dont on parlait si peu, s'impose comme un acteur incontournable de la vie sociale et politique. Il tient la dragée haute au pouvoir législatif, au pouvoir exécutif. Il est en train de devenir un vrai pouvoir pouvant faire baisser la tête aux autres. Il remet en cause les principes les plus fermes. Vous voulez un exemple : la Cour de Cassation a mis en place une commission pour se pencher sur sa prochaine « Révolution ». Elle, qui ne connaissait que du droit et abandonnait le fait aux juridictions du fond, envisage à l'instar de la Cour Européenne de statuer « *in concreto* ». Notez qu'elle a déjà changé le 1^{er} octobre 2019 son mode d'expression écrite en abandonnant les traditionnels « attendus ».

Pourquoi donc ce juge si tranquille, cloîtré dans ses palais vétustes, devient-il maintenant si assuré de son pouvoir ? Nous allons rechercher la réponse à cette question dans l'Histoire, puis faire l'analyse de l'effectivité de la puissance de ce juge, avant d'envisager, pour conclure, le problème de sa légitimité.

1. L'histoire

Le Roi

Vous voudrez bien m'autoriser à limiter mon propos à l'Histoire de France. Au début de celle-ci étaient les rois qui réunissaient entre leurs mains tous les pouvoirs : ils

rédigeaient les lois, les ordonnances (pouvoir législatif), les mettaient en œuvre (pouvoir exécutif), les faisaient appliquer pour trancher les conflits (pouvoir judiciaire). Rappelez-vous Saint Louis rendant la justice sous son chêne. Mais comme il est très occupé à guerroyer ou à partir aux Croisades, il garde seulement une partie du judiciaire, la justice « retenue », et délègue à des juges et des Parlements le droit de juger. Comme il a besoin d'argent, il crée, il vend des charges de juges qui sont héréditaires et aboutissent à des anoblissements (la noblesse de robe). Très vite, les choses vont se compliquer. Les juges et les Parlements décident que les lois du Roi, pour s'appliquer dans leur circonscription doivent être enregistrées. Elles le seront si elles sont compatibles avec les lois précédentes et les coutumes locales. En cas de refus on adresse une remontrance au Roi. Celui-ci peut la vaincre mais pour se faire doit sauter sur son cheval ou prendre son carrosse pour se transporter sur place et tenir un « lit de justice ». Comprenez donc que les Parlements de leur propre autorité s'emparent d'un contrôle de légalité des lois et ordonnances du souverain. Mais ce n'était pas suffisant. Ils décident aussi qu'ils ont le droit d'écarter les textes du Roi en statuant « en équité ». C'est désastreux pour le Roi mais aussi pour les plaideurs qui doivent rémunérer le juge par des « épices » et se trouvent donc à la merci de l'arbitraire de ce juge qui peut avoir la tentation de statuer en fonction de l'importance respective de ces dernières.

Louis XIV, évidemment, s'agace considérablement de ce pouvoir de remontrance. Il décide donc que cette dernière ne pourra plus faire obstacle à l'enregistrement, ce qui la prive d'intérêt. Mais le Régent, quelques années plus tard, abroge ce texte. Louis XV, avec son Garde des Sceaux, le Chancelier de Maupeou, né à Montpellier en 1714, va s'en prendre directement aux Parlements et notamment au plus puissant d'entre eux, celui de Paris. Par un édit de décembre 1770, il coupe ce dernier en six. Le Parlement de Paris refuse naturellement d'enregistrer cet édit. Louis XV use de son lit de justice pour imposer le texte. Tous les magistrats démissionnent collectivement paralysant ainsi le cours de la justice. Par un arrêt du Conseil du 20 janvier 1771 le Garde des Sceaux les fait arrêter et exiler sur leurs terres, leurs charges étant confisquées et rachetées par l'État. Un nouvel édit du 23 Février 1771 va poser les bases d'une réforme d'ensemble. Sur les six démembrements du Parlement de Paris, la vénalité des offices est abolie, les magistrats sont nommés par le roi, la justice devenant gratuite, ils sont rétribués par l'État. Ils conservent leur inamovibilité. La réforme, très complète, fonctionne jusqu'à la mort de Louis XV, en mai 1774. Mais, dès son avènement, Louis XVI, le 24 août 1774, renvoie de Maupeou et abroge la réforme de celui-ci. Il va jusqu'à rappeler les anciens magistrats et rétablit les Parlements dans leur état antérieur. Ces derniers retrouvent donc toute leur puissance puisqu'ils cumulent la maîtrise du contentieux administratif et du contentieux judiciaire. Ils sont tout à la fois Cour de Cassation, Conseil d'État et Conseil Constitutionnel. Indirectement, ils provoqueront la chute de la royauté en s'opposant à toute réforme sociale et fiscale que cette dernière entendait mener.

La Révolution

Celle-ci a été précédée d'une intense période de réflexion, alimentée par l'exemple de l'Angleterre. Celle-ci a fait sa Révolution, il y a déjà un siècle en deux temps : « La Grande Rébellion » d'abord, entre 1641 et 1649, avec une confrontation entre l'absolutisme royal et un Parlement qui veut maintenir ses privilèges. Le Roi Charles Ier y laisse sa tête le 30 janvier 1649, Cromwell imposant alors une dictature militaire. C'est ensuite « la glorieuse Révolution », en 1688, qui renverse le Roi Jacques II et conduit à l'instauration d'une monarchie constitutionnelle.

Au siècle des Lumières, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, Conseiller du Parlement de Bordeaux, puis Président à mortier du Parlement de Paris, esprit curieux et éclairé, effectue un grand voyage à travers l'Europe de 1728 à 1731. À son retour, il écrit « L'esprit des lois » en 1748 qui rencontre un immense succès et va inspirer les auteurs de la Constitution Française de 1791. Dans cette œuvre magistrale, s'appuyant sur le système anglais, il développe la théorie de la « séparation des pouvoirs », au nombre de trois : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. L'idée est que la confrontation des trois limitera chacun et qu'il ne faut surtout pas que deux de ceux-ci soient entre les mêmes mains pour éviter un système despotique. Mais, et cela va provoquer un grave problème récurrent, il déclare en même temps que le juge n'est que la « bouche de la loi », qu'il est donc soumis au pouvoir législatif.

La Révolution Française, en 1789, va reprendre à son compte cette analyse, mais en insistant sur la soumission du juge. On ne veut plus entendre parler des Parlements qui sont supprimés. Le contentieux administratif est soustrait au juge judiciaire pour être confié à une juridiction administrative, « le Conseil d'État », particulièrement proche du pouvoir exécutif puisque c'est lui qui rédige les projets de loi et qui est parfois obligatoirement consulté par ce pouvoir. Mieux, la loi des 16 et 24 août 1790 prohibe d'abord aux juges de s'immiscer dans l'exercice de l'activité législative avec notamment l'interdiction des arrêts de règlement, c'est-à-dire posant des règles de portée générale. Ensuite, elle dispose que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Et, au cas où quelques juges distraits n'auraient pas encore compris la leçon, un décret du 16 Fructidor an III enfonce le clou : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque manière que ce soit, aux peines de droit ». Bien entendu le recours à l'équité est expressément banni. En cas de doute sur l'application d'une loi il y a lieu de rechercher l'intention du législateur dans les travaux préparatoires de celle-ci.

L'Exécutif, au gré de l'Histoire pourra évoluer de l'Empire à la Restauration, à la République. Mais l'immense apport de la Révolution, le peuple fait les lois par ses représentants qu'il a élus, va subsister. Le juge judiciaire applique ces lois et statue au nom de ce même peuple. Quant au juge administratif, le Conseil d'État, il bâtit une œuvre jurisprudentielle toute entière dédiée à la défense et à la protection de l'Administration. Il faut permettre à celle-ci d'accomplir avec efficacité et rapidité les missions d'intérêt général, de service public qui lui sont confiées. De grands arrêts identifiés par le nom des parties au procès vont édifier une œuvre magistrale, enseignée avec révérence aux étudiants de l'École Nationale d'Administration créée en 1945 au sortir de la guerre. L'École Nationale de la Magistrature sera créée, elle, en 1958.

La constitution de 1958

Celle qui nous gouverne. Elle apporte un abaissement du pouvoir législatif après les excès du parlementarisme de la IV^e République et, bien sûr, une prééminence de l'Exécutif surtout lorsque, le 28 octobre 1962, un référendum décide de l'élection au suffrage universel direct du Président de la République. Mais, en ce qui concerne l'Institution Judiciaire, les équilibres anciens sont conservés. Il y a toujours une césure entre juridiction administrative et juridiction judiciaire. Et, il est même cette fois-ci clairement affirmé que le juge judiciaire n'est pas investi d'un pouvoir mais a seulement le statut d'une Autorité. Il reste donc soumis à la loi. Il ne dispose pas d'un pouvoir lui

permettant de s'affirmer contre-pouvoir du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. On en reste donc à la situation de la Révolution.

Mais deux phénomènes de fond vont, *mezzo voce*, entamer ce système. Le premier est un mouvement d'idée qui s'en prend à la loi. Elle perd de son aura, de sa superbe. On lui reproche de ne pas avoir empêché les systèmes totalitaires de s'imposer par la voie légale. On lui reproche d'avoir fait des choix intolérables, au plan moral, éthique. On lui reproche, à un niveau plus fondamental, de permettre à une majorité d'écraser les minorités et de ne pas leur laisser d'espace suffisant pour s'exprimer, pour tenter de convaincre et donc de devenir une nouvelle majorité. Ce danger avait déjà été identifié par Tocqueville dès 1835. On pense aussi qu'il y a plus que la loi. Qu'il y a des droits imprescriptibles de l'Homme qui s'impose à tous, c'est-à-dire à tous les citoyens mais aussi au pouvoir exécutif, mais aussi au pouvoir législatif. Ces grands principes, on les retrouve déjà énoncés dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée le 10 décembre 1948 par l'ONU, la Convention Européenne des Droits de l'Homme élaborée par le Conseil de l'Europe et adoptée le 4 Novembre 1950 à Rome, le Préambule de la Constitution de 1958.

Le deuxième événement qui va bousculer le système de la Constitution de 1958 c'est précisément la création de l'Europe politique et de ses deux juridictions : La Cour Européenne des Droits de l'Homme, instituée en 1959 par le Conseil de l'Europe, qui a pour compétence l'application de la Convention et de ses protocoles additionnels. Elle peut être saisie par la requête d'un État, ou par une personne physique ou un groupe de particuliers. Elle siège depuis le 1^{er} Novembre 1998 à Strasbourg. La deuxième juridiction est la Cour de Justice de l'Union Européenne, instituée en 1952, ayant son siège au Luxembourg. Elle veille au respect du droit communautaire. Depuis le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, elle statue sur la libre circulation des marchandises, des personnes (concernant donc les recours sur les visas, le droit d'asile, l'immigration) et enfin des services. Ces deux juridictions vont appliquer textes, traités, conventions de l'Europe, supérieurs aux droits nationaux. Une Charte des Droits Fondamentaux adoptée le 7 Décembre 2000 regroupe tous ces textes. Sont ainsi garantis le droit à la vie, le droit à un procès équitable, le droit à la vie privée et familiale, le droit à la liberté de conscience, d'expression, d'association. Elle interdit et condamne la torture, l'esclavage, les discriminations, la détention arbitraire et illégale.

Toutes les lois ou même pratiques nationales vont donc passer au tamis de ces grands principes. Les juridictions nationales vont devoir appliquer la jurisprudence de ces grandes sœurs. Les législations nationales devront évoluer à la suite d'une condamnation des juridictions européennes. Un seul exemple : la loi sur les écoutes téléphoniques du 10 juillet 1991. Et le mouvement n'est pas anecdotique. De 1995 à 2011 la France est condamnée plus de 600 fois.

2. L'effectivité de la puissance du juge français

La Cour de Cassation

Loin de faire de la résistance, elle cherche au contraire à donner leur plein effet aux décisions des juridictions européennes. Par un arrêt du 15 avril 2011, par exemple, elle décide qu'en matière de garde à vue « les États adhérents à la Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sans attendre que les dispositions en cause soient attaquées devant elle ni que les États concernés aient modifié leur législation ». La jurisprudence européenne constitue ainsi une source directe

de droit qui peut conduire le juge français à modifier sa jurisprudence en dépit du fait que les textes internes applicables sont demeurés inchangés. Donc, le juge français se reconnaît devoir appliquer une source de droit autre que nationale. Il s'émancipe ainsi de sa soumission au droit national.

Dans le même temps, la Cour de Cassation renforce son potentiel d'intervention en s'appuyant sur le principe de proportionnalité, très utilisé par la jurisprudence administrative. Le droit romain le connaissait déjà avec son adage « *summa jus, summa injuria* ». Selon ce principe, il est possible d'écarter l'application de la loi si cette application au cas d'espèce devait entraîner des conséquences excessives, comme notamment une atteinte à un droit fondamental. Ce principe a notamment été utilisé pour priver la résidence secondaire de la protection accordée au domicile légal, ce qui aurait entraîné une atteinte jugée trop importante au droit au logement, mais constitue en même temps une atteinte majeure au droit de propriété.

Et puis, l'institution judiciaire, dans son organisation et son fonctionnement a pris et gagné son indépendance vis-à-vis du politique au travers de réformes successives, notamment celles du **Conseil Supérieur de la Magistrature**. Ce dernier est l'organe chargé par la Constitution d'assister le chef de l'État dans sa fonction de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. À ce titre, il lui incombe principalement de gérer la carrière des magistrats. Il était présidé par le Président de la République qui en nommait les membres. Il le présidait, le co-Président étant le Garde des Sceaux. La loi du 25 juillet 2008 a apporté une réforme décisive en écartant de la Présidence de ce Conseil le Président de la République. C'est maintenant le Premier Président de la Cour de Cassation qui le préside. De même, le chef de l'État doit partager son pouvoir de nomination des membres extérieurs à la Magistrature (au nombre de huit pour sept magistrats élus par leurs pairs) avec le Président de l'Assemblée Nationale et le Président du Sénat. La gestion du corps judiciaire était donc remise entre les mains de ce CSM. Pour éviter le grief de corporatisme, la même loi du 25 juillet 2008 va offrir au justiciable un droit de saisine directe du Conseil de la Magistrature pour dénoncer les fautes disciplinaires commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions. Pour être complet, il faut ajouter qu'une loi du 22 juillet 2010 a prévu l'autonomie budgétaire du CSM. Concernant donc, le siège, c'est-à-dire les magistrats qui jugent, c'est maintenant acquis. Toute la hiérarchie, Premiers Présidents et Présidents des Cours et Tribunaux sont nommés par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Reste en suspens le cas discuté du Parquet, les magistrats qui mettent en œuvre les poursuites devant les juridictions. Pour l'instant le Ministre de la Justice garde son pouvoir de nomination de ces magistrats mais doit obtenir un avis conforme du CSM. Sur le plan fonctionnel, le Ministre a perdu son pouvoir de leur adresser des instructions dans les affaires particulières ; lui reste le droit d'élaborer une politique pénale. Les plus hautes autorités du Parquet réclament haut et fort une définitive indépendance de ce dernier, le texte de la réforme étant déjà prêt. Ajoutons enfin, que le juge bénéficie d'un statut d'irresponsabilité juridique et que la critique de ses décisions est très sérieusement encadrée puisqu'il est interdit de « jeter le discrédit » sur ces dernières.

Le Conseil d'État

Il n'est pas resté à la traîne. Lui aussi va s'émanciper de son rôle de protecteur naturel de l'Administration, des politiques publiques mises en œuvre par l'exécutif. Il va, par exemple, s'opposer frontalement à lui sur le problème de l'immigration et plus précisément de la politique du regroupement familial. Par un arrêt du 8 décembre 1978, l'arrêt Gisti, le CE annule un décret de 1977 qui durcissait les conditions du regroupement familial décidé par Valéry Giscard d'Estaing, cela en s'appuyant sur

l'article 8 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales qui pose le principe du droit à mener une vie familiale normale. Par un arrêt du 11 juillet 1980, l'arrêt Montcho, le CE va encore plus loin en estimant, il est vrai implicitement, que la polygamie ne fait pas obstacle au regroupement familial avec une deuxième épouse. Il faudra une loi du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration et sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers pour recadrer tout cela.

Par ailleurs, le CE a lui aussi fourbi ses armes. Il a développé au maximum ses outils de contrôle de l'Administration, notamment au travers du principe de proportionnalité dont je vous ai déjà entretenu. L'acte administratif est soumis maintenant à un triple examen : il doit être adapté, nécessaire et proportionnel (arrêt du 16 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image). Cependant, en principe, ce contrôle doit rester de légalité et non d'opportunité. Le pouvoir exécutif doit garder son libre choix de ses politiques publiques. Sur celles-ci s'exercera un autre contrôle, celui du pouvoir législatif, de l'Assemblée nationale qui accordera ou refusera d'accorder sa confiance au gouvernement, et ce pouvoir législatif est, quant à lui, soumis à l'ultime contrôle, celui du peuple, qui par l'élection confirmera, ou non, le mandat qu'il lui avait confié.

Mais surtout, une loi du 30 juin 2000 a offert au Conseil d'État ce qui lui manquait en termes de rapidité d'intervention : l'arme du référé, décliné en référé suspension, référé liberté, référé conservatoire. Un plaideur peut donc obtenir à très bref délai toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle l'Administration aurait pu porter atteinte de manière grave et manifestement illégale. Cette dernière a ainsi perdu l'arme du temps et de la durée de la procédure qui lui permettait une action immédiate, s'épuisant dans un très bref délai. En 2020, le Conseil d'État a rendu 1 208 référés dont 840 décisions en lien avec la situation sanitaire.

Le Conseil Constitutionnel

La dernière des trois grandes juridictions de notre pays, la plus récente puisque créée par la Constitution de 1958. Outre le contentieux des élections nationales, le Conseil Constitutionnel est le juge de la constitutionnalité de la loi. Ce contrôle est obligatoire pour les lois organiques et les règlements des Assemblées parlementaires. Il est facultatif pour les lois ordinaires ou les engagements internationaux. Il intervient entre le vote du Parlement et la promulgation de la loi. Les décisions de ses neuf membres (auxquels s'ajoutent les anciens Présidents de la République) ne peuvent faire l'objet d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics ainsi qu'à toutes les autorités juridictionnelles. Initialement, dans l'esprit de la Constitution de 1958, il était prévu pour tenir la bride au pouvoir législatif et éviter que celui-ci ne donne trop libre cours à son imagination. C'est pour cela que seuls le Président de la République et les Présidents des deux assemblées peuvent le saisir. Mais cette optique change rapidement. La saisine va d'abord s'ouvrir aux politiques : 60 députés ou 60 sénateurs peuvent réclamer l'inconstitutionnalité d'une loi venant d'être votée. Une grande réforme intervient le 23 juillet 2008. Le Conseil Constitutionnel peut être saisi sur la constitutionnalité des lois déjà promulguées par une question prioritaire de constitutionnalité, la fameuse QPC, par l'une des parties à un procès soit judiciaire soit administratif, après filtrage des requêtes par la Cour de Cassation pour le premier, par le Conseil d'État pour le second. Tout citoyen peut ainsi soutenir que les dispositions législatives que l'on entend lui opposer sont contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit. Selon les thuriféraires de cette réforme, on atteint là le stade de la « démocratie achevée ». C'est en tous cas un grand succès, 80% de l'activité du Conseil Constitutionnel est consacré à ce nouveau contentieux. Entre 60 à 100 requêtes lui sont transmises par an. Il doit trancher en trois

mois. Les débats de société entrent ainsi dans ses débats, avec la possibilité de faire abroger des lois ou de les faire remettre sur le métier par le législateur. Sur les dix dernières années, le Conseil Constitutionnel a rendu 740 décisions au titre de la QPC. Un tiers d'entre elles ont prononcé la censure des lois contestées ou apporté des réserves qui ont redressé leur interprétation dans le sens de la protection des droits fondamentaux. Notons que cette QPC a transformé la pratique du Conseil Constitutionnel. Il devient une juridiction ouverte, avec audience publique. Cette judiciarisation complète débouche sur la volonté affichée de cette juridiction d'obtenir le statut de Cour Suprême à l'image de celle des États Unis. Alors que, jusqu'à présent, les grands problèmes de société étaient débattus devant le Parlement, elle entend s'emparer à son tour de ces derniers. Le premier souhait exprimé en ce sens est de se défaire des anciens Présidents de la République, issus du suffrage universel, faut-il le rappeler, qui n'auraient plus leur place dans ce cénacle de juristes.

J'ai parlé de trois grandes juridictions nationales. À la vérité, il y en a une quatrième, administrative, la Cour des Comptes, laquelle a pour fonction de contrôler le bon emploi et la bonne gestion des fonds publics, notamment par l'État. Elle établit chaque année un rapport annuel, très attendu et commenté, sur les gaspillages et autres dysfonctionnements des administrations. Ces dernières doivent en principe apporter les corrections nécessaires pour satisfaire aux observations qui leurs sont adressées. L'activité de l'État est donc strictement encadrée à priori mais aussi à postériori.

3. La légitimité des juges

À ce stade, un premier bilan s'impose concernant l'état actuel de nos trois pouvoirs institutionnels :

- Le pouvoir exécutif qui possédait tout, a beaucoup perdu. Au niveau extérieur, la construction européenne lui a enlevé le droit de battre monnaie en lui imposant des règles économiques strictes, notamment de libre concurrence, intervient sur la défense de ses propres frontières, impose une prééminence des droits individuels de l'homme qui doivent prévaloir en toute circonstance. En fait, il s'agit de la vision anglo-saxonne : l'intérêt général est limité à la somme des bonheurs individuels. Libre concurrence et droits individuels dans une vision universaliste et progressiste doivent l'emporter. Au niveau interne, c'est la décentralisation qui ampute initiative et responsabilité de l'État au profit d'autres intervenants mieux implantés et plus efficaces. Enfin, l'institution judiciaire et notamment la Cour de Cassation, les juridictions administratives, le Conseil d'État, le Conseil Constitutionnel lui ont échappé et se rebellent.
- Le pouvoir législatif, voit son œuvre, la loi, censée représenter l'intérêt et la volonté générale, soumise à un contrôle *a priori* et *a postériori* particulièrement sévère compte tenu du nombre de droits fondamentaux qui ne doivent pas être atteints. Rappelons que de surcroît il a perdu l'initiative de la loi : 10% des lois procèdent de ses propositions alors que 90% émanent de projets de loi du gouvernement.
- Le pouvoir judiciaire. Les trois grandes juridictions nationales, Cour de Cassation, Conseil d'État et Conseil Constitutionnel ont d'abord gagné leur indépendance. Elles s'appuient ensuite toutes trois sur le même corpus d'idées, à savoir celui européen de la primauté des droits individuels sur l'intérêt général. La vision anglo-saxonne dont nous avons déjà indiqué la force au niveau de l'organisation de la société, va peser aussi de tout son poids sur la vision du procès et de la procédure pénale. Les médias y sont favorables car tout se passe en audience publique. Les avocats en rêvent car les juges et les procureurs seront recrutés dans leurs rangs. La puissance du pouvoir

judiciaire actuel procède du fait que cette évolution juridique se conjugue parfaitement avec le phénomène de l'individualisme exacerbé qui a gagné le citoyen occidental. Encouragé par les nouvelles technologies qui lui permettent de s'autonomiser chaque jour davantage, les réseaux sociaux, il n'entend plus s'en remettre à des mandataires auxquels il ne fait plus confiance. On remet en cause la démocratie représentative en souhaitant convention citoyenne et participation directe. On n'a plus besoin de l'intérêt général. Du reste cette recherche du bonheur individuel est adaptée aux temps heureux des « trente glorieuses », avec des taux de croissance du PIB de plus de 5% par an, le plein emploi, ce qui amène un accroissement constant du pouvoir d'achat et du niveau de vie. Les perspectives internationales s'annoncent apaisées et rassurantes dans le cadre sécurisé d'institutions satisfaisant à un multilatéralisme gommant les puissances respectives des états. La chute du mur de Berlin en 1989 ouvre la voie à une mondialisation heureuse. On parle de la « fin de l'Histoire ». En bref, nos nouvelles juridictions sont en parfaite adéquation avec l'air du temps.

Sauf que celui-ci est en train de changer. Le tragique de l'Histoire a rattrapé le monde qui est redevenu dangereux. Les conséquences économiques, sociales, environnementales de la mondialisation, le terrorisme et ses attentats sanglants, les appétits expansionnistes des anciens grands empires, une délinquance agressive mal maîtrisée, une sévère et longue pandémie suscitent de légitimes besoins de protection qui ne peuvent être satisfaits que par un retour à l'intérêt général. Les juridictions qui ont la responsabilité de trouver le nécessaire et juste équilibre entre ce dernier et les droits de l'homme devront sans doute déplacer le curseur de leur arbitrage.

Cela d'autant plus que le problème de la légitimité du pouvoir judiciaire pose encore question et se sera le propos de ma conclusion.

Conclusion : la conjugaison des trois pouvoirs

Il va de soi que nous parlons bien sûr du seul cadre envisageable, celui de la démocratie : le pouvoir appartient donc au peuple qui s'organise et s'administre par ses représentants qui sont élus par le vote des citoyens. Le Pouvoir législatif est donc totalement légitime à affirmer des valeurs, à poser des principes que le pouvoir exécutif, procédant lui-même de l'élection, mettra en œuvre. Qu'en est-il pour le juge ? Sa légitimité peut-elle se trouver au niveau de son recrutement ? En France, il faut réussir un concours, celui de l'ENA (École Nationale de l'Administration) pour les juridictions administratives, celui de l'ENM (École Nationale de la Magistrature) pour les magistrats judiciaires, puis suivre la scolarité de ces écoles durant environ trente mois. On peut être aussi recruté directement sur dossier après l'exercice d'une carrière juridique ou administrative. Cette recherche de compétences juridiques et d'aptitude à la fonction ne peut constituer à elle seule un gage de légitimité. Certains pays connaissent un système d'élection, notamment aux États Unis. Le juge dispose dans ce cas d'une incontestable légitimité. Mais ce système comporte le risque de collusion avec d'autres pouvoirs, ce que précisément le système français classique tente d'éviter sur les injonctions de Montesquieu. Du reste, la Cour Suprême des États Unis n'est pas élue, ses juges étant choisis par le Président.

La légitimité du juge français n'est donc pas à rechercher au niveau de son recrutement. Reste donc sa décision et son rapport à la loi. Tant qu'il n'était que « la bouche de la loi », se bornant à appliquer des principes et valeurs dont il n'était pas l'auteur, il n'y avait pas de problème. Mais il est clair que maintenant il entend poser de la norme, soit directement soit indirectement, en obligeant le législateur à aller dans une

direction donnée. L'éditorialiste Jacques Julliard, dans une chronique du Figaro parue le 2 Novembre 2020, résume magistralement la situation. « C'est une très vieille histoire, écrit-il. Sous l'ancien régime, les Parlements et notamment celui de Paris, faisaient contrepoids à l'absolutisme royal. Ils ont perdu ce pouvoir sous la République qui les a plus d'une fois bousculés. Les juges ont tendance aujourd'hui à prendre leur revanche ; plus ou moins consciemment, ils aspirent à redevenir les Parlements d'ancien Régime. Entre temps, un troisième acteur est apparu, le peuple souverain. Si, en démocratie, le peuple ne peut pas tout contre le droit, à plus forte raison, le droit ne peut pas tout contre le peuple ». Pour certains, il faut choisir qui doit avoir le dernier mot. Est-ce le peuple par le vote des lois et les référendums, ou est-ce le juge, gardien vigilant de grands principes sur lesquels il peut s'appuyer pour censurer le pouvoir du peuple ? Le premier a pour lui la légitimité du vote, le second, simplement nommé et non élu, celui d'ultime recours dans « l'état de droit ». Les pays anglo-saxons et les juges européens ont déjà tranché : ils veulent le juge. Notre pays paraît camper sur l'équilibre historique de la Révolution. Mais peut-être que l'opposition peuple-juge peut être posée sans recherche d'une prééminence définitive de l'un sur l'autre.

D'abord, il n'est pas sûr que le juge, quoi qu'il en dise, produise lui-même de la norme. Les fameux droits fondamentaux du bloc constitutionnel, des préambules des constitutions, ont bien été votés par le législateur, et même avec des majorités qualifiées exigeant de ce dernier un consensus renforcé. Le peuple a donc acquiescé à ces droits fondamentaux dont le principe ne fait pas de doute mais dont l'application pratique exige mesure et cantonnement pour que tous puissent subsister alors qu'ils sont en concours. Le problème est que la lisibilité de ces votes au niveau européen n'est pas d'une clarté aveuglante. Mais enfin, le juge tire bien encore sa légitimité de l'ensemble des textes constitutionnels et législatifs qu'il n'a pas rédigé mais qu'il applique. Il se trouve surtout en situation d'arbitrage entre les différents droits du citoyen énoncés de façon très générale par l'Europe et les lois procédant de la nécessaire organisation et défense de la société, n'étant l'auteur, une fois encore, ni des premiers, ni des seconds. À la fin des fins, on retrouve donc la dialectique fondamentale de toutes les juridictions, grandes ou petites : le conflit entre l'intérêt personnel et l'intérêt général. Tous deux sont nécessaires, incontournables, irréductibles. Aucun ne peut être sacrifié. L'homme doit être respecté dans son unicité mais il ne peut vivre hors de la société dans le cadre de laquelle sera défini l'intérêt général qui va s'opposer au sien. « Le vivre ensemble » exige cette permanente confrontation entre droits de l'État et des collectivités publiques et les libertés du citoyen. Pour, enfin, conclure, je rappellerai le serment qu'un jour peut-être, si le sort le décide, vous-mêmes devrez prêter, celui de juré d'une Cour d'Assises : « Vous jurez et promettez de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse ». Tel est, tel doit être, le principe guidant tous les juges.