



HAL
open science

Le nouveau gouvernement des juges

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le nouveau gouvernement des juges. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 02, pp.504. halshs-03737112

HAL Id: halshs-03737112

<https://shs.hal.science/halshs-03737112>

Submitted on 16 Oct 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le nouveau gouvernement des juges

P.-Y. Gautier, *Du nouveau gouvernement des juges, Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur, LGDJ, 2021, p. 55*

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Le nouveau gouvernement des juges dont parle Pierre-Yves Gautier est celui des juges supranationaux et des autorités administratives indépendantes qui exercent chacun un pouvoir normatif.

Les premiers (CEDH et CJUE) exercent même un pouvoir sans contrôle : celui de rendre des arrêts de règlement (P.-Y. Gautier, n° 15). En effet, qui contrôle leurs possibles excès normatifs ? Personne en vérité (P.-Y. Gautier, n° 18). Aussi, le juge national peut à son tour écarter la loi. Son arme méthodologique sera le contrôle de proportionnalité : les exemples récents du refus d'appliquer le régime de la prescription, du refus de la contrefaçon en droit de la propriété intellectuelle ou de la relativisation du secret professionnel sont là pour en témoigner (P.-Y. Gautier, n° 8-10). Sans le syllogisme, il n'y a plus de critères identifiables : tout devient casuistique (P.-Y. Gautier, n° 11).

Sur le même thème, les autorités administratives indépendantes naviguent dans un flou de qualification ; elles ne sont pas des juridictions mais en ont les attributions : elles peuvent annuler des contrats, infliger des amendes, etc. (P.-Y. Gautier, n° 25). N'étant pas soumises à l'interdiction des arrêts de règlement, elles devraient être contrôlées de façon d'autant plus étroite par les juges judiciaires (P.-Y. Gautier, n° 30).

Cette contribution a le mérite de mettre l'accent sur un phénomène réel et significatif : une politisation toujours plus étroite de la fonction de juger mais sans la légitimité démocratique découlant du vote (P.-Y. Gautier, n° 22). En vérité, tout avait déjà été dit explicitement par Kelsen : annuler une loi, c'est légiférer. Une cour constitutionnelle « n'est pas un juge qui gouverne mais un second législateur » (H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RD publ. 1928. 224-225). Il s'agit d'une « législation négative » selon Kelsen, c'est-à-dire qui procède par voie d'annulation. Ainsi, le diagnostic pourrait être encore plus grave.

Ce point est très sensible puisqu'il invite à se questionner sur les rapports entre droit et politique : nos sociétés démocratiques sont-elles d'abord fondées sur la souveraineté politique ou bien sur le droit ? Les deux fondements sont en partie incompatibles. L'accroissement de l'emprise du droit dans la sphère des pouvoirs publics signe évidemment une perte de souveraineté. L'arrêt *Costa c/ Enel* de la CJCE en 1964 le dit explicitement : « le transfert opéré par les États [...] entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains » (p. 1160). À l'époque, c'était déjà une juridiction (et non un traité) qui réalisait l'avancée la plus importante du droit européen en l'interprétant comme un système juridique autonome.

La CEDH n'a pas eu besoin de faire les mêmes déclarations car la Cour de cassation s'est elle-même acclimatée au contrôle de proportionnalité avec des résultats plus ou moins heureux (v., le fameux arrêt qui écarte une interdiction de mariage entre belle-fille et beau-père et donc sa nullité, Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.* 307, obs. J.-P. Marguénaud). La qualification d'arrêt de règlement est pleinement méritée car les arrêts de la CEDH ne sont plus compris comme s'imposant aux parties par l'autorité de la chose jugée mais comme s'imposant à tous par l'autorité de la chose interprétée. C'est tout de même très curieux que nous en soyons arrivés là car la Convention EDH prévoit que les arrêts s'imposent *seulement* aux États qui y sont parties (Conv. EDH, art. 46, al. 1^{er}). Certes, il s'agit d'anticiper (et éviter) une future condamnation mais de fait les arrêts acquièrent alors une « force référentielle obligatoire » (J.-P. Costa, *La normativité des arrêts rendus par la Cour EDH*,

in C. Thibierge *et al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant/LGDJ, 2009, p. 31). C'est une nouvelle limitation de la souveraineté des États qui va contre la lettre de la Convention.

Aussi, la question de la légitimité de telles institutions est centrale. Le savoir d'un expert (comme celui du juriste) est-il suffisant pour lui confier le soin de trancher des questions économiques et sociales fondamentales qui auront une répercussion bien au-delà du cas traité ? Même dans le Royaume-Uni, pays de *common law* par excellence où la jurisprudence est source du droit, le Parlement demeure souverain et peut renverser les solutions des juges. La légitimité ultime est donc démocratique (politique) avant d'être juridique. En effet, le fait de se conformer à la loi ou au *case law* produit une légitimité strictement formelle : elle tient par la seule force du raisonnement et de l'interprétation. C'est déjà beaucoup mais c'est totalement différent de la légitimité politique. Que le droit soit un élément fondamental du fonctionnement de la démocratie ne signifie pas qu'il est lui-même démocratique au sens où il procéderait d'une légitimité électorale. C'est plutôt le contraire qui est vrai : le droit repose sur un savoir.

Certes, la Cour suprême des États-Unis détient « un immense pouvoir politique », comme le dit Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*, 1838, t. I, chap. VI), mais c'est aussi une marque de tout le système juridique : les juges fédéraux sont nommés selon leur bord politique, le droit au jury (composé de citoyens tirés au sort sur les listes électorales) est constitutionnel en matière pénale comme en matière civile. Et c'est bien en observant les États-Unis qu'Édouard Lambert eut l'idée de forger le concept de gouvernement des juges dans les années 1920. Les États-Unis sont donc un contre-exemple plutôt qu'un contre-argument.

Sur un autre plan, on pourra rétorquer qu'il n'existe pas de critère net entre l'interprétation juridique et politique et que l'une et l'autre sont intimement liées. Conceptuellement, c'est inexact. Il existe des marqueurs relevant de chaque domaine. Le propre de l'interprétation juridique est de faire prévaloir ce qui est dit ou écrit sur les objectifs et l'esprit des textes (F. Schauer, *Penser en juriste*, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2018, p. 18 et p. 156 ; R. Dworkin, *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, vol. 88, n° 6, 1975. 1060 ; F. Rouvière, *La distinction des normes juridiques et morales : un point de vue constructiviste*, *Cah. dr.* 2018. 261).

Inversement, le propre d'une interprétation politique ou morale est de faire prévaloir des objectifs et des finalités. Lorsque le juge veut réaliser une interprétation active et créatrice, il développe alors les objectifs du texte, constat qui a été précisément fait à propos de la jurisprudence de la CJUE (J. Bengoetxea, *Text and Telos in the European Court of Justice. Four Recent Takes on the Legal Reasoning of the ECJ*, *European Constitutional Law Review* 2015, 11, p. 184 s.). L'interprétation téléologique poussée à son maximum permet d'introduire des éléments que le texte originaire ignore. Il n'est donc pas étonnant d'observer une corrélation entre le respect des termes d'un texte et le respect de la souveraineté du législateur qui passe par le respect de ce qui est écrit. Entendons-nous bien : il ne s'agit pas de sombrer dans un étroit littéralisme ou de refuser l'analogie mais de redire que le raisonnement juridique est d'abord une méditation de la lettre avant d'être une envolée vers l'esprit.

Si ce nouveau gouvernement des juges a pu se développer, c'est qu'il semble opérer sur la confusion que produit l'idée de pouvoir normatif. Le juge est un organe qui produit des normes à l'instar du Parlement, de l'exécutif ou des autorités administratives indépendantes. Le juge a bien un pouvoir normatif, sauf que celui-ci est censé être limité par les textes votés : le pouvoir est délégué *dans ce cadre*. Le vieux problème de l'arbitraire se présente en définitive sous un jour nouveau. Détenir un pouvoir n'est pas pouvoir tout faire. Le flou qui existe pointe le déficit d'une attention plus systématique aux rapports entre droit et politique dont le nouveau gouvernement des juges constitue le symptôme le plus saillant.