

AFDC 2026 – ATELIER N°3

La critique en « gouvernement des juges » est-elle scientifiquement disqualifiante ? Réflexions sur un discours et un méta-discours

*PAILLOT Pierre-Louis
A.T.E.R en droit public
C.E.R.C.C.L.E (EA 74 36)*

Après un net mouvement de recul à la fin du XXe siècle, notamment dû au renforcement progressif de la légitimité des deux pensionnaires du Palais-Royal, les années récentes attestent d'un retour prégnant de la critique politico-médiatique en « gouvernement des juges ». Les condamnations récentes de personnalités politiques de premier plan et certaines décisions remarquées du Conseil constitutionnel ont pu raviver la crainte d'un juge omnipotent, conduisant à un « coup d'État de droit » (L. Wauquiez), un « hold-up démocratique » (E. Ciotti) ou une « tyrannie des juges » (J. Bardella). La conclusion est sans appel pour un ancien ministre : l'État de droit n'est « ni intangible, ni sacré » (B. Retailleau). Ces critiques s'inscrivent d'ailleurs dans la continuité de certains écrits politiques, qui dénonçaient au début des années 2010 que « *c'est [...] en ce jour du 16 juillet 1971 que nous avons abandonné sans le savoir les rivages de la République, fondée depuis 1789 sur le suffrage du peuple, et que nous sommes entrés, les yeux fermés, sur le chemin cahoteux du gouvernement des juges* »¹.

Cette mobilisation de la critique des juges sert ainsi un projet idéologique et partisan, qui, par le truchement du discours sur le droit, tente d'imposer un narratif contre le droit. Une telle critique ne s'appuie pas sur un discours scientifique, et n'a donc aucune prétention à la neutralité axiologique. En revanche, il tend à provoquer chez la doctrine universitaire une vive réaction, celle-ci tentant souvent de lever les doutes et anicroches qui entoureraient les juges et la matrice du droit constitutionnel, à savoir l'État de droit².

¹ Zemmour, E. *Le suicide français*, Albin Michel, 2014,

² Burgorgue-Larsen, L. « Ni intangible, ni sacré ? Pour que vive l'État de droit ! » *Raison présente*, 232(4), 19-28.

La doctrine constitutionnaliste tend en effet à entretenir une relation épidermique avec la notion de « gouvernement des juges ». Il est à ce titre tout à fait singulier de constater qu'une même spécialiste ait pu à la fois défendre un « plaidoyer pour le gouvernement des juges »³, avant de rebrousser chemin et de confesser cinq années plus tard : « *le 'gouvernement des juges' s'est mué en slogan chéri des sceptiques et autres 'anti-tout', dont l'auteur de ces quelques lignes [...] regrette d'avoir un jour écrit un 'plaidoyer pour le gouvernement des juges'* »⁴. Cet acte de contrition illustre de manière saillante les turpitudes qui animent la doctrine lorsqu'elle évoque la place du juge, notamment constitutionnel.

Ici, c'est finalement la charge symbolique de la notion attribuée à Edouard Lambert qui tend à l'emporter sur sa teneur analytique, étant « *systématiquement employée de manière péjorative* »⁵. La place de son précurseur a en réalité peu d'importance, le succès de la formule étant inversement proportionnelle à celle de son auteur⁶. Son attribution historique à la Cour suprême, prise pour acquise par certains lexiques⁷, s'éclipse également face au retour en grâce de la formule ces dernières années.

Appréhendée tant par le juriste que par le profane, il semble que le sachant doive par essence s'inscrire dans la critique d'une notion qu'il qualifierait de dévoyée, et dont le discours non scientifique l'aurait vidé de sa substance. Certains auteurs rejettent immédiatement et avec ironie la notion, s'interrogeant : « *Le 'gouvernement des juges' ? Quel 'gouvernement des juges' ?* »⁸. Cette « *monstruosité conceptuelle* »⁹ ou ce « *spectre* »¹⁰ doctrinal semble agir comme épouvantail scientifique, qui tendrait à discréditer son auteur, contraint de s'en excuser

³ Mastor, W. « Plaidoyer pour le gouvernement des juges. Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *LGDJ*, 2016, pp.63-74, 2016.

⁴ Mastor, W. « Énième retour sur la critique du "gouvernement des juges". Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs*, n° 78, 2021/3, p. 37.

⁵ Bonnet, J. « Peut-on parler d'un gouvernement des juges sous la Ve République ? » In : BLACHER, Philippe (dir.), *La Constitution de la Ve République : 60 ans d'application (1958-2018)*, Issy-les-Moulineaux, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2018, p. 589.

⁶ Davis, M. « Government of judges : an historical review », *American Journal of comparative law*, 1987, Vol. 35, p. 1501-1521

⁷ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2025-2026, p. 294 : « *Contrôle de constitutionnalité – par voie d'exception, lorsque, à l'occasion d'un litige devant un tribunal quelconque, une partie se défend contre l'application d'une loi en invoquant son inconstitutionnalité. Dans certains cas le tribunal, sans pouvoir l'annuler, refusera de l'appliquer dans ce litige s'il la juge inconstitutionnelle, sous le contrôle éventuel de la juridiction suprême (système en vigueur notamment aux États-Unis où il a revêtu à une certaine époque (1880-1936) le caractère d'un « gouvernement des juges* ») ».

⁸ Andriantsimbazovina, J. « Le 'gouvernement des juges' ? Quel 'gouvernement des juges' ? », in : Cassard-Valembos Anne-Laure & al. *Pouvoir et contre-pouvoir : Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Mathieu*. LGDJ, Un Savoir Faire de Lextenso, 2023, pp. 547-551.

⁹ Troper M. et Pfersmann, O. « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. Brondel, N. Foulquier et L. HeuSchling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2001, §80.

¹⁰ Troper, M. « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Économica, p. 49-65.

quelques années plus tard. Il conviendrait donc d'immédiatement « *dissoudre* »¹¹ cette notion, qui selon un membre du Conseil « *n'existe pas* »¹². Les rares auteurs qui s'y risquent font régulièrement l'objet de quelques lignes afin d'écarter la valeur scientifique de leurs énoncés¹³. La teneur volontairement provocatrice de Lambert dans son ouvrage de 1921 se retrouve parfois chez ces auteurs plus récents, notamment lorsque Jean-Eric Schoettl écrit que « *diverses sont les causes de ce zèle droits-de-l'homme, aux confins du Bisounours et du wokisme* »¹⁴, ce qui ne sert probablement pas tout à fait la légitimité du propos.

Politiquement marquée, scientifiquement datée, matériellement démantelée, cette critique semble devoir rester l'apanage d'un discours dénué de scientificité. Pourtant, la place des universitaires est-elle de nécessairement s'inscrire en faux face à une notion médiatiquement instrumentalisée ? En d'autres termes, la question est de savoir si l'utilisation extra-doctrinale d'un concept l'invalide par essence et tend à en modifier les aspérités.

La charge symbolique d'une notion semble ainsi plus déterminante que son contenu-même, ce qui tend à interroger la dynamique des énoncés scientifiques. Cela impose ici d'étudier à la fois le méta-discours, mais de rappeler par ailleurs les pierres d'achoppements sur le discours lui-même, afin de saisir si celui-ci est par nature discréditant, ou s'il s'agit bien de sa politisation qui a fini par le vicier. Ainsi, il convient de comprendre si les arguments mobilisés dans les discours sur le gouvernement des juges sont intrinsèquement disqualifiants. Ici, il conviendra de revenir sur les démembrements de cette notion, tant son unité conceptuelle semble floue et ne renvoyer qu'à des éléments dépendants de la volonté de leur auteur. Ce « *concept-titre* »¹⁵ de gouvernement des juges est conjoncturel, au regard d'une part de son acception différente entre le début du XXe et son développement plus récent, et d'autre part de son système de référence. Si Denis de Béchillon pense à ce titre que le concept ne passe pas les fourches caudines d'une analyse comparée, il reste discutable que cette apparente difficulté à développer une comparaison soit effectivement un obstacle dirimant pour la vigueur d'un concept.

¹¹ De Béchillon, D. « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 973.

¹² *Le Monde*, « Alain Juppé : 'Le Gouvernement des juges, ça n'existe pas' », propos recueillis par Alexandre Pedro et Nathalie Segaudes, 11 septembre 2025.

¹³ Voir notamment Schoettl, J.-E.. *La démocratie au péril des prétors, de l'État de droit au gouvernement des juges*, Gallimard, 2022 & Le Pourhiet, A.-M. « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, vol. 61, n° 1, mars 2022.

¹⁴ Schoettl, J.-E. *La démocratie au péril des prétors, de l'État de droit au gouvernement des juges, le débat*, Gallimard, 2022, p. 28.

¹⁵ Acar, T. « L'État de justice de Jacques Krynen et le gouvernement des juges d'Édouard Lambert ». *Les Cahiers Portalis*, 2024/1 n° 13, 2024. pp. 31-43.

Pour ce qui est de son étude en droit constitutionnel français, le discours s'est essentiellement formalisé autour de certains axes principaux : pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel, jugement « en opportunité », appréhension moderne du concept de « législateur négatif »¹⁶, capacité à différer les effets dans le temps, créations prétoriennes, propension à tenir potentiellement à la fois la gomme et le crayon et qualité de ses membres par exemple. Pris individuellement, ces démembrements analytiques ne semblent pas dénoter d'une scientificité approximative. Mais une fois agglomérés en « gouvernement des juges », la doctrine laisse penser que le discours perd la totalité de sa vigueur.

Pourquoi la doctrine maintient-elle ce soupçon immédiat sur ce type de discours ? Ce soupçon ne tient-il pas en réalité plus à l'utilisation de la notion que la notion elle-même ? La question est donc de savoir si l'utilisation para-juridique d'une notion peut l'invalider de fait, et décrédibiliser les auteurs qui tenteraient de la mobiliser, dans un contexte d'accélération de son utilisation idéologique. Enfin, reste-t-il encore une place doctrinale pour une utilisation « neutre » d'une notion qui a largement dépassé le champ scientifique, et qui, même dans ce champ, apparaît désormais disqualifiée ? Très simplement, les éléments qui suivront tenteront de s'interroger sur l'utilisation doctrinale d'une notion (I), et de sa réinterprétation à la lumière de ces éléments (II).

¹⁶ Voir à ce sujet Carpentier, M. « Le juge constitutionnel et la pertinence de la 'théorie du législateur négatif' », in : Mouton, S. & Magnon, X. *Le juge dans le constitutionnalisme moderne*. Institut Francophone Pour La Justice et La Démocratie, 2024, pp. 227-242.

I- Le « gouvernement des juges », une notion viciée ? Réflexions sur un méta-discours

La charge contre le « gouvernement des juges » est probablement proportionnelle à celle érigée contre cette même critique. Résumé simplement par Elisabeth Zoller, le gouvernement des juges consiste en une « *contre-vérité sur le plan scientifique* »¹⁷. Écarté par une majorité de la doctrine, cette notion ne détiendrait qu'une teneur analytique particulièrement négligeable, emblème de la critique sur le juge plutôt que comme outil pédagogique sur la fonction de juger. Dès lors, la communauté scientifique du droit constitutionnel contemporain se met implicitement en ordre de marche pour considérer *a priori* la notion comme erronée, afin de l'exclure de la « science normale » du droit constitutionnel.

Pour reprendre la grille de lecture de Thomas Khun dans *La structure des révolutions scientifiques*, cette « science normale »¹⁸ du droit constitutionnel serait donc fondée sur un cadre paradigmatique dans lequel le paradigme central consiste en la reconnaissance et l'avènement de l'État de droit et son corolaire, la hiérarchie des normes. Cette hiérarchie des normes qui promeut la suprématie de la Constitution est reconnue contre l'ancien paradigme du droit constitutionnel, à savoir du légicentrisme. Cette même hiérarchie est assurée par un autre élément du paradigme, à savoir le contrôle juridictionnel des normes adoptées. Enfin, et dernier élément du paradigme, ce contrôle de conformité d'une norme au regard d'une autre est assuré par un juge, dont la légitimité tient non pas de son mode d'élection, mais de la protection de l'État de droit elle-même, résumée par la formule du Conseil constitutionnel : « *la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »¹⁹. Ce dernier élément du paradigme, à savoir la légitimité du juge, exclue de fait la notion de gouvernement des juges qui ne pourrait que la saper.

Si la démultiplication des travaux sur le gouvernement des juges pourrait permettre à la doctrine d'imaginer qu'elle remet en question cette notion en permanence, dans une logique plus popperienne que khunienne, leur unicité de ton semble plutôt attester d'un présupposé analytique.

¹⁷ Zoller, E. « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, 2011, p. 235.

¹⁸ Khun, T. *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, traduction par MEYER Laure, 1983, p. 29 : « Dans cet essai, le terme science normale désigne la recherche solidement fondée sur un ou plusieurs accomplissements scientifiques passés, accomplissements que tel groupe scientifique considère comme suffisants pour fournir le point de départ d'autres travaux. ».

¹⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

Khun explique ainsi que « *les hommes dont les recherches sont fondées sur le même paradigme adhèrent aux mêmes règles et aux mêmes normes dans la pratique scientifique. Cet engagement et l'accord apparent qu'il produit sont des préalables nécessaires de la science normale, c'est-à-dire de la genèse et de la continuation d'une tradition particulière de recherche* »²⁰ avant d'ajouter que « *quand le chercheur individuel peut considérer un paradigme comme acquis, il n'a plus besoin dans ses travaux majeurs, de tout édifier en partant des premiers principes et en justifiant l'usage de chaque nouveau concept introduit* »²¹. Or, dans cette science normale du droit constitutionnel, le concept de gouvernement des juges est relégué non pas à un concept de second rang du paradigme, mais à un concept strictement erroné, en dehors-même de son champ, notamment au regard du fait qu'il puisse servir un agenda politique.

Cela revient dès lors à abandonner un concept dont la scientificité serait déconstruite, alors même qu'il peut porter en lui les germes d'une réflexion analytique, voire un objet pédagogique utile. Sur l'autel d'une défense presque militante de la place du juge, et par ricochet du juriste, le concept est présenté comme inopérant. Il est tout de même quelque peu discutable que la doctrine abandonne un concept, alors qu'elle pourrait tout à fait le tenir comme utile pour dégager un modèle qu'elle tient à critiquer ou empêcher. Mais cette même doctrine craint que l'idée qu'elle se fait de l'usage du concept puisse nuire à la science toute entière. En somme, cette même doctrine appuie son appréhension de la notion sur une valeur extrascientifique, sans le reconnaître tout à fait.

A ce titre, Mario Bunge indique que « *l'échafaudage heuristique servant à la recherche, constitué d'idées de toutes sortes, pourrait contenir des composantes métaphysiques. [...] la recherche scientifique présuppose une quantité d'hypothèses ontologiques* »²² et qu'il y a donc « *une métaphysique de la science, constituée par un ensemble de principes heuristiques jouant un rôle dans la recherche scientifique, ainsi que par une poignée d'idées métaphysiques faisant partie des fondements axiomatiques des théories scientifiques* »²³. Ici, force est de constater que le droit constitutionnel emprunte, consciemment ou inconsciemment, une hypothèse ontologique profondément défavorable permettant d'abandonner le concept de gouvernement des juges, du fait en réalité de sa charge « émotionnelle », composante métaphysique de son

²⁰ Khun, T. *op. cit.*, p. 30.

²¹ Khun, T. *op. cit.*, p. 41.

²² Bunge, M. « Les Présupposés et Les Produits Métaphysiques de La Science et de La Technique Contemporaines. », *Dialogue : Canadian Philosophical Review* [New York, USA], vol. 13, no. 3, September 1974, p. 443.

²³ *Ibid.*, p. 444.

appréhension doctrinale. L'échafaudage heuristique de la fonction de juger se fonde donc sur l'exclusion immédiate de la notion de gouvernement des juges.

S'il n'est pas illogique de voir une communauté scientifique lutter contre des énoncés partiels, incomplets ou fragiles, il est plus étonnant de la voir battre en brèche une notion dont la dimension pédagogique n'est probablement pas tout à fait inutile. Certaines notions pourtant fragiles ne reçoivent pas la même attention : l'on attend encore que toute la doctrine s'érige aussi régulièrement contre le régime « semi-présidentiel », présenté comme celui de la France pour le profane, en atteste le site Vie publique, pourtant profondément discutable. La notion de « monarchie républicain », dont la construction oxymorique est semblable à celle de gouvernement des juges, n'émeut pas non plus la doctrine de la même manière. Par ailleurs, certaines analyses, considérées comme tout à fait pertinentes, n'ont pas résisté à l'épreuve du temps, comme celle d'un fait majoritaire permanent suite aux réformes de 2000 et 2001. Cela implique donc que toute la doctrine ne s'émeut pas de fragilités conceptuelles en permanence, comme elle peut le faire pour le gouvernement des juges.

En réalité, la réaction épidermique de la doctrine à ce sujet tient à deux éléments : sa propre remise en question par le truchement du juge, et l'utilisation profane et théoriquement mal fondée de sa propre grille de lecture. Pour le second point, ce n'est que la traduction d'un habitus disciplinaire qui rejette et considère impropre l'usage d'une notion par le non-sachant, renforcé par un battage médiatique délégitimant. Pour le premier élément, il ne peut se comprendre qu'à l'aune du gain de légitimité de la science juridique proportionnellement à celle de son institution de référence. La doctrine administrativiste universitaire s'est consolidée dans le « tournant arrêliste »²⁴ de ce même droit administratif, tandis que les constitutionnalistes ont retrouvé leurs lettres de noblesse dans l'apparition du contrôle de constitutionnalité des lois, son approfondissement et sa promotion (notamment par l'école d'Aix). Dès lors, amputer une part de la légitimité du juge reviendrait par ricochet à amputer celle de celui qui l'observe et parfois, le promeut.

Pourtant, cet état de fait n'est pas indépassable, dans la mesure où il n'y a aucune mécanicité dans la conception du gouvernement des juges et son appréciation politico-médiatique. Il est tout à fait possible de réconcilier la doctrine avec le concept, sans pour autant indiquer que le juge français gouverne. Pour tenter de dépasser cette conception négative, il

²⁴ Voir par exemple à ce sujet : Melleray, F. « Le pacte faustien du droit administratif », dans *Des racines du droit & des contentieux : mélanges en l'honneur du professeur Jean- Louis Mestre*, Le Mans, Éditions l'Épitoge, 2020, p. 177-198 ou Viala, A. « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêliste. Questions de méthode », *Revue du droit public*, n° 4, 2016, pp. 1137-1162.

convient de se départir de l'appréhension du gouvernement des juges comme un « spectre », au sens de l'apparition d'un être immatériel et sinistre, et plutôt de réintégrer le gouvernement des juges dans un spectre, au sens d'une variation entre deux extrêmes, contenant un ensemble organisé de valeurs, d'états ou de manifestations d'un même phénomène. Un **spectre conceptuel**, ensemble structuré d'éléments ou de valeurs, ordonnés selon un critère commun, forme une continuité ou une progression identifiable. En matière de gouvernement des juges, celui-ci n'illustre qu'une part du spectre conceptuel de la fonction de juger, dont la valeur pédagogique tient en ce qu'il permet de déterminer ce qui n'est juridiquement pas désirable, en caractérisant les comportements procéduraux que le juge ne devrait pas emprunter. De l'autre côté du spectre pourrait se trouver la conception du juge « bouche de la loi » du baron de la Brède, théoriquement cantonné à une appréciation stricte des textes, sans marge de manœuvre aucune.

Dès lors, tout comme n'importe quel modèle de systématisation, le spectre conceptuel n'a pas la prétention de pouvoir plaquer une réalité à un système juridique donné, mais simplement de pouvoir apprécier la réalité d'une notion donnée à un instant précis. Car à nouveau, la faiblesse de la critique en gouvernement des juges comme « contre-vérité » ou « monstruosité conceptuelle » fige l'analyse en partant du principe que la notion est trop pauvre pour analyser le système, alors même qu'elle contient des outils analytiques qui le permettront potentiellement plus tard. L'idée de spectre conceptuel permet d'éviter toute conception téléologique de la fonction de juger, et de laisser l'analyse ouverte sur les propensions du juge dans l'exercice de son office. Nul n'indique en effet que le juge se concentrera sur ses attributions délimitées et sur son interprétation actuelle des institutions. Sans imaginer qu'il se défasse volontairement des chaînes de la séparation des pouvoirs, il convient d'appréhender son office comme un élément évolutif et plastique. La décision de 1971 ou la révision de 2008 suffiront à s'en convaincre, tout comme des exemples étrangers largement commentés.

Ainsi, le gouvernement des juges ne serait pas la matrice d'une idéologie politisée, mais un simple pan d'un ouvrage conceptuel permettant d'appréhender les dynamiques juridictionnelles à l'œuvre, avec des jalons critiques. Pour reprendre l'exemple du régime semi-présidentiel, bien que la notion soit problématique et probablement très discutable pour être appliquée au cas français, toujours est-il qu'elle permet à la recherche de discuter des modèles, et à l'enseignement de les transmettre et les faire discuter. Comme le présente à nouveau Khun, *« c'est l'étude des paradigmes [...] qui prépare principalement l'étudiant à devenir membre d'une communauté scientifique particulière avec lequel il travaillera plus tard. Comme il se joint ici à des hommes qui ont puisé les bases de leurs connaissances dans les*

mêmes modèles concrets, son travail l'amènera rarement à s'opposer à eux sur des points fondamentaux »²⁵.

Encore faut-il comprendre ce que serait cet élément du spectre que constituerait le gouvernement des juges, et comment celui-ci pourrait servir d'outil pédagogique, afin de ne pas rendre toute mobilisation du concept comme scientifiquement infamante. Cela permettrait de dépasser l'idée que *« l'appellation 'gouvernement des juges' est déposée depuis trop longtemps dans l'imaginaire général pour que l'on ait une bonne chance de déboucher sur quoi que ce soit d'utile avec elle »²⁶.*

II- Le « gouvernement des juges », une notion erronée ? Réflexions sur un discours

L'objectif de ces courts développements n'est pas de proposer une définition absolument renouvelée de « gouvernement des juges », tant la doctrine a pu opérer des efforts définitoires qui permettent de saisir la notion²⁷. Il n'est pas non plus de résoudre la question de savoir s'il y a effectivement un gouvernement des juges, simplement d'en identifier les contours pour le rendre pédagogiquement utile. Le principe du gouvernement des juges en droit constitutionnel est simple, à savoir un juge qui outrepasserait son strict rôle juridictionnel de sanction de la conformité d'une norme vis-à-vis d'une autre, au profit d'un rôle politisé de son office, dicté par des choix idéologiques d'un juge dépourvu de la légitimité du suffrage universel.

Pour tenter de rendre opérante la notion de gouvernement des juges au sein d'un spectre conceptuel de la fonction de juger, appliquée au cas français, l'objectif n'est pas tant de définir la notion que de la subdiviser en différents critères d'identification qui eux-mêmes se doivent d'être opérants afin de donner corps à la « méta-notion » de gouvernement des juges. C'est d'ailleurs la mobilisation d'un ensemble de notions connexes, moins pourvues de charge symbolique, qui permet à la fois de comprendre les mécanismes d'un gouvernement des juges potentiel, que de saisir le faux procès fait à ce concept.

Tout l'enjeu est donc de savoir si le juge constitutionnel détient un pouvoir législatif comparable, voire supérieur à celui du Parlement, en partant du principe qu'il détient nécessairement un pouvoir dans la production normative du fait du contrôle de

²⁵ Khun, T. *Op. cit.*, p. 30.

²⁶ De Béchillon, D. « Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 973.

²⁷ Troper, M. « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges, in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Paris, Economica, pp. 49-65 : notion de gouvernement des juges « *stricto sensu* », « *latissimo sensu* » et « *strictissimo sensu* ».

constitutionnalité qui en fait un acteur du processus législatif. Reste donc à déterminer s'il est « *législateur négatif* »²⁸, « *législateur positif* »²⁹, « *législateur-cadre positif* »³⁰, « *législateur momentané* »³¹ ou s'il est même gouvernant, au-delà d'être, assurément, un « *contre-pouvoir* »³². C'est à la manière d'une méthode de faisceau d'indices que cela peut s'opérer.

En premier lieu, la question se porte sur son pouvoir d'initiative, afin de saisir si le juge a le pouvoir central d'impulser le changement normatif. Si l'article 39 dispose que l'initiative de la loi appartient au Premier ministre et aux membres du Parlement, le Conseil en est matériellement exclu, à l'inverse de la Cour constitutionnelle de la fédération russe par exemple³³. Il reste toujours possible de discuter de cette incapacité à peser sur le travail législatif en amont, du fait de son rôle de conseiller des pouvoirs publics³⁴, mais il ne détient pas concrètement un pouvoir d'initiative.

En revanche -et en second lieu-, s'il ne dispose pas d'un pouvoir d'initiative primaire, à savoir proposer une loi, il convient de se demander s'il ne dispose pas d'un pouvoir d'initiative dérivé, à savoir un équivalent du droit d'amendement pour les parlementaires. Du fait de l'impossibilité d'opposer un recours aux décisions du Conseil tirée de l'article 62, celui-ci détiendrait alors un « *pouvoir d'amendement irréfragable* »³⁵. C'est donc à ce titre que doivent être discutées les techniques contentieuses du Conseil et de leur potentielle politisation, ou instrumentalisation. Si le Conseil se couvre en indiquant qu'il ne « *ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »³⁶, cette formule ne

²⁸ Kelsen, H. « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue de droit public*, vol. 45, 1928.

²⁹ Mathieu, B. « Le conseil constitutionnel 'législateur positif' ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62 n°2, 2010.

³⁰ Behrendt, C. *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruylant, LGDJ, 2006.

³¹ Rousseau D. « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *N3C*, 2017, n° 54, p. 5.

³² Hourquebie, F. *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*. 2004. Bruylant : « *Au terme de ce processus, le juridictionnel accède donc, désormais par touches successives, à la dignité du statut de pouvoir comparable aux deux autres. Il s'affiche et se légitime comme un contre-pouvoir, à part entière, dans le jeu de rôles des pouvoirs concurrents, même si la dernière phase du processus, celle de la légitimation consensuelle de la sémantique, par la banalisation, n'est pas encore achevée.* » p. 601.

³³ Article 104 de la Constitution russe.

³⁴ Voir à ce titre Arsac, R. « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n° 68, pp. 781-820 & Benzina, S. « Le Conseil constitutionnel, conseiller de l'exécutif », *Revue de droit public*, 2023, p. 453.

³⁵ Sommacco, V. *Le droit d'amendement et le juge constitutionnel en France et en Italie*, Préface de Renoux, T., Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 399-403.

³⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

masque pas une certaine souplesse dans cette appréciation³⁷. Il dispose ainsi de la capacité à émettre des « réserves d'interprétation », dont certains exemples démontrent que celles-ci peuvent « *opérer clairement une modification du champ d'application de la loi* », voire « *une correction de la loi* »³⁸ ou un « *infléchissement de la volonté du législateur* »³⁹. Par ailleurs, l'interprétation de « l'erreur manifeste » du législateur lui permet des latitudes parfois discutables⁴⁰.

En troisième lieu, il s'agit de discerner le poids du juge constitutionnel face au législateur, afin de déterminer si la séparation des pouvoirs est menacée par le juge constitutionnel. Ici, il semble évident que le juge constitutionnel impose, par l'effet de ses décisions, une réécriture de la loi pour les censures *a priori*, ou l'adoption d'une loi nouvelle pour les censures *a posteriori*. Ce rôle n'est pas à proprement parler politique (à moins de considérer comme politique toute action normative, au point de décrédibiliser toute action du juge), n'étant que la conséquence du contrôle de constitutionnalité. En revanche, la question se porte surtout sur les formes d'injonctions qu'il serait capable de prodiguer au législateur, ou les « interférences »⁴¹ qu'il serait à même d'exercer dans le processus législatif. C'est notamment le cas des effets des décisions QPC et la modulation des effets dans le temps⁴², dont « *les indications formulées à l'attention du législateur empruntent différentes formes. Elles peuvent d'une part être positives, c'est-à-dire présenter les éléments que doit contenir la loi pour être conforme à la Constitution, ou négatives, à savoir révéler ceux qui ne doivent pas figurer dans l'ordre juridique.* »⁴³. Ces prescriptions tiennent essentiellement à l'application rétroactive des dispositions à corriger, mais permettent de voir et d'examiner les nouveaux réflexes contentieux d'un juge qui se plaît parfois à se substituer au législateur, notamment lorsqu'il indique que

³⁷ Voir à ce sujet : Talon, M. « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *Revue de droit public*, 2020, p. 137.

³⁸ Mathieu, B. *Op. cit.*, p. 527-528.

³⁹ *Ibid.*, p. 529.

⁴⁰ Voir notamment à propos de la décision « Loi de nationalisation », Emeri, C. « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *Revue de droit public*, 1990, p. 315 : « *En fait, elle permet au « juge » de déterminer unilatéralement et souverainement les limites que le législateur ne peut pas dépasser dans l'interprétation des normes de référence [...]. Pourquoi ? A partir de quelle règle constitutionnelle ? On ne voit pas comment il peut y avoir erreur manifeste dans un cas et pas dans l'autre.* »

⁴¹ Concept central de la thèse de C. Behrendt : « Nous désignerons par le terme 'interférence' cette incidence juridique de décisions juridictionnelles sur le contenu de normes qui n'ont pas encore été produites. », *op. cit.*, p. 7.

⁴² Voir à ce sujet : Eynard, M. « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, 114(2), 317-342.

⁴³ Bonnefoy, O. *Op. cit.*, p. 138.

l'abrogation d'une disposition serait « *applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision* »⁴⁴.

En quatrième lieu, la question est également de savoir si le juge constitutionnel est lui-même créateur des normes de référence par lesquelles il opère son contrôle. C'était d'ailleurs la prophétie de Lambert, lorsqu'il écrit que « *le jour où la judicature française aurait conquis à son tour le contrôle de la constitutionnalité des lois, elle retrouverait donc dans notre Déclaration des droits toutes les pièces constitutives de l'instrument à quatre cordes que j'ai décrit sous le nom de due process of law et qui a servi aux juridictions américaines à plier les législatures sous leur suprématie.* »⁴⁵. Un premier ministre avait d'ailleurs largement relayé cette critique⁴⁶. Étant acquis que le bloc de constitutionnalité se compose désormais du préambule de la Constitution et d'un certains nombres de principes à valeur constitutionnelle, toute la question se pose sur la « découverte »⁴⁷ de ces principes, qui mériteraient à l'évidence de plus amples développements.

Enfin, et en dernier lieu, la question est de mesurer si, à défaut de principes, le juge constitutionnel façonne des règles procédurales à sa mesure. C'est ainsi qu'a pu être critiquée la notion de « limites inhérentes au droit d'amendement »⁴⁸, pour laquelle Jean Gicquel indique que « *la Haute Instance tendait au gouvernement des juges, le doyen Vedel songeait à l'opinion dissidente* »⁴⁹. Toujours en matière de droit d'amendement, la question des cavaliers entraîne aujourd'hui des interrogations soutenues⁵⁰, bien que le Conseil se félicite dans son commentaire autorisé de la « loi immigration » que « *la jurisprudence relative aux cavaliers est bien établie et stable dans son économie générale depuis plus d'une décennie* »⁵¹. Imbriquée dans le contrôle *a priori*, cette jurisprudence des cavaliers est tout à fait discutable à l'heure de

⁴⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-10 QPC, *Consorts C. et autres*, Cons. 4.

⁴⁵ Lambert, E. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 2005, p. 227.

⁴⁶ Balladur, E. Discours devant le Congrès, 19 novembre 1993 : « *Depuis que le Conseil a décidé d'étendre son contrôle au Préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît conçus à des époques différentes de la nôtre* ».

⁴⁷ Piwnica, E. « À propos du gouvernement des juges », in : Cassard-Valembois, A.-L. & al. *Pouvoir et contre-pouvoir : Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Mathieu*. LGDJ, Un Savoir Faire de Lextenso, 2023, p. 593 : « *Des principes émergent, révélés par le juge. Mais celui qui découvre un trésor n'est-il pas son inventeur ?* ».

⁴⁸ Décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances pour 1987*, Rec., p. 179, Cons. 5.

⁴⁹ Gicquel, J. « Sur l'autonomie du droit parlementaire. Aspects récents », *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p. 192.

⁵⁰ Voir par exemple à ce sujet : Fargeaud, B. « On achève bien les chevaux : le Conseil constitutionnel, les cavaliers législatifs et la loi « immigration », *Jus Politicum* (blog), 12 février 2024 & Benzina, S. « Loi 'immigration' : une décision constitutionnelle habile aux frais des droits des parlementaires », *Jus Politicum* (blog), 12 février 2024.

⁵¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*. Commentaire, p. 3.

l'avènement du contrôle *a posteriori*, qui ignore la question du lien avec le texte. Se cachent derrière des questions de procédure des questions de fond, ou un contournement de celles-ci.

En somme, la « méta-notion » de gouvernement des juges s'appuie sur un ensemble de subdivisions qui lui donnent corps. Prises individuellement, ces subdivisions ne souffrent pas d'un désaveu similaire à celui de gouvernement des juges, bien au contraire. Largement commentées et critiquées par la doctrine, les tendances diverses du juge constitutionnel doivent faire l'œuvre d'une critique doctrinale permanente. Cette critique doctrinale du juge est une condition de sa légitimité, bien que le juge s'en émeuve parfois⁵². La doctrine n'hésite pas à le faire, sans aller jusqu'à parler de gouvernement des juges, du moins la plupart du temps. Qu'elle ne se refuse pour autant pas à mobiliser le concept : il est éclairant, et peut servir de guide, de curseur dans les dynamiques juridictionnelles. Sans aller jusqu'à indiquer qu'il y a gouvernement des juges, il est toujours possible de mobiliser la notion et ses démembrements afin d'indiquer qu'un comportement procédural donné peut tenir d'une tendance, d'un relent de gouvernement des juges, et qu'il soit préférable que le juge s'en écarte. Ce n'est pas parce qu'il n'y a pas un gouvernement des juges identifié que le juge puisse se départir de l'intégralité des critiques à son égard. Le Conseil constitutionnel n'est en d'ailleurs pas dispensé. Le juge peut tout à fait tendre progressivement vers un outrepassement de ses fonctions, et la notion de gouvernement des juges permet de fixer un seuil d'illégitimité dans la fonction de juger.

Ces courts développements n'ont aucunement la volonté d'indiquer qu'il y a gouvernement des juges, mais simplement d'inviter à ce que cette notion ne soit pas abandonnée simplement du fait de sa mobilisation instrumentalisée. A laisser une notion utile sur un plan doctrinal au milieu politico-médiatique, le juriste se prive d'éléments utiles pour se faire la vigie de l'État de droit. Le désinvestissement d'un énoncé scientifique laisse ouverte la brèche de l'instrumentalisation. Ce n'est pas faire offense au juge, ni saper sa propre légitimité scientifique que de savoir placer un curseur et établir une vigilance quant aux propensions du Conseil constitutionnel. C'est utile aujourd'hui, d'autant plus lorsque la secrétaire générale du Conseil est limogée par un Président dont la légitimité est somme toute modeste. Cela le sera peut-être encore plus demain.

⁵² Lettre du 28 février 2024 de Laurent Fabius, président du Conseil constitutionnel, au bâtonnier de Paris à propos d'un colloque intitulé « Le Conseil constitutionnel – la nécessité d'une réforme complète ? ».