

## Juges partout, démocratie nulle part !

### Des juges chargés de dire le droit finissent par inventer celui qui leur plaît

Mots-clés : **Conseil constitutionnel** · **Conseil d'Etat** · **juges** · **mariage gay**

Posté par **Anne-Marie Le Pourhiet** le 11 Juin 2013 à 18:00 Dans **Politique**



[1]

La France a toujours manifesté une réticence certaine à l'égard du pouvoir des juges, comme en témoigne encore notre Constitution, qui préfère le terme d'« *autorité judiciaire* » à celui de « *pouvoir judiciaire* ». Toutefois, les choses ont beaucoup évolué

depuis la présidence gaullienne.

Déjà, à la fin de l'Ancien Régime, les rois de France s'efforcèrent d'éviter la sanction judiciaire de leurs actes. En 1641, dans son énergique édit de Saint-Germain-en-Laye, Louis XIII « *défend aux parlements et autres cours de justice de prendre à l'avenir connaissance des affaires d'État et d'administration* ». Les révolutionnaires, méfiants à l'égard de cours composées d'aristocrates suspectés de constituer une force réactionnaire d'opposition aux réformes, ont ensuite confirmé, dans la loi des 16 et 24 août 1790, l'interdiction faite aux tribunaux de connaître du contentieux administratif. Ce principe devait donner naissance, en l'an VIII, à notre juridiction administrative, coiffée par le Conseil d'État initialement placé « *sous la direction des consuls* » et dont les membres étaient nommés et révoqués « *à volonté* » par le premier d'entre eux.

Dans le même esprit, l'idée d'un contrôle de la loi par les tribunaux a toujours été considérée comme iconoclaste dans un pays pétri de l'idée rousseauiste selon laquelle « *la loi est l'expression de la volonté générale* ». La loi des 16 et 24 août, confirmée par la Constitution de 1791, ajoute donc : « *Les tribunaux ne pourront, ni directement ni indirectement prendre part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif sanctionnés*

*par le Roi, à peine de forfaiture.* » Le Code pénal de 1810 punira de dégradation civique les magistrats coupables d'une telle lèse-majesté démocratique. Cette même loi de 1790 avait aussi prévu l'élection de tous les juges pour « *véritablement purifier le passé* ».

Dans une conception révolutionnaire qui révoque la tradition et la coutume pour consacrer des individus doués de conscience et de raison, libres de toute appartenance, seule la loi, expression de la volonté du peuple ou de ses représentants, peut-être source de droit. Les juges doivent donc se borner, dans les litiges qui leur sont soumis, à être les « bouches de la loi », c'est-à-dire à appliquer servilement la volonté de la nation. En conséquence, chaque fois qu'un contrôle de constitutionnalité de la loi a cependant été envisagé, il a été confié à un organe politique et non pas aux tribunaux.

C'est sous l'influence anglo-saxonne et celle d'un droit européen d'inspiration germanique que la méfiance à l'égard des juges s'est progressivement estompée après la Seconde Guerre mondiale.

Toutefois, la personnalité du général de Gaulle et les circonstances de la naissance de la V<sup>e</sup> République ont encore perpétué, au début du régime, une forte prégnance de la raison d'État et une hiérarchie des valeurs que le Général exprimait en ces termes : « *Souvenez-vous de ceci : il y a d'abord la France, ensuite l'État, enfin, autant que les intérêts majeurs des deux sont*

*sauvegardés, le droit* »<sup>1</sup><sup>[2]</sup>. C'est donc après la disparition du Général que les juridictions de tous niveaux ont progressivement réinvesti l'espace.

Dès 1964, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), ancêtre de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), émet une série d'oukases affirmant la primauté inconditionnelle du droit européen (traités, règlements, directives, décisions ...) sur le droit interne, y compris constitutionnel, des États-membres. L'audace et l'obsession uniformisatrice des juges de Luxembourg, qui ne se sont guère démenties depuis, seront complétées par celles des juges de Strasbourg – qui commencent d'ailleurs à agacer beaucoup de monde.

La France est alors accusée d'être en retard et désignée comme le pays à la traîne, le mauvais élève qui lambine sur la voie du progrès inéluctable. On répète que « c'est seulement en 1974 » qu'elle a ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée en 1950, comme si ces vingt-cinq années avaient été « perdues » pour cause de honteuse indifférence aux droits de l'homme. Ce ne sont évidemment pas les libertés mentionnées dans ce texte qui gênaient nos dirigeants, mais le fait que le contrôle de son application soit confié à une Cour européenne siégeant à Strasbourg, dont la jurisprudence allait s'imposer aux États signataires. Jean Foyer avait mis le général de Gaulle en garde contre le risque qu'il y avait à placer ainsi la France sous tutelle de juges européens. Au conseil des ministres suivant, après que Couve de Murville eut exposé l'intérêt de ratifier la Convention, le Général conclut, en s'adressant à son garde des Sceaux: « *J'ai lu votre note. Vous m'avez convaincu. La Convention ne sera pas ratifiée. La séance est levée.* » La France a fini par rejoindre ensuite docilement le troupeau. Mais nous vérifions depuis lors combien de Gaulle et Foyer avaient vu juste, puisque 99 % du droit dit « de la Convention » est purement jurisprudentiel et intégralement composé des interprétations fort subjectives de la Cour, souvent fondées sur des méthodes aussi fantaisistes qu'imprévisibles. Les protestations étatiques se multiplient et la Cour fait l'objet de critiques récurrentes et vives. À la suite du tollé provoqué par la condamnation de l'Italie pour la présence de crucifix dans les salles de classe et celle de la Grande-Bretagne pour la privation du droit de vote des détenus, les Anglais ont même voulu profiter de leur présidence du Conseil de

l'Europe pour organiser à Brighton, en avril 2012, une conférence dont le but explicite était de réduire les pouvoirs de la Cour en exigeant qu'elle respecte davantage la subsidiarité et la marge nationale d'appréciation des États dans l'interprétation de la Convention.

Encerclés par les juges européens, nous le sommes aussi par les juges nationaux qui se sont considérablement enhardis depuis les débuts de la V<sup>e</sup> République, d'autant que la construction européenne, très inspirée du modèle allemand, a inoculé en France le culte germanique de l'État de droit (*Rechtsstaat*). La « prééminence du droit », sans cesse rappelée dans les traités et la jurisprudence européens, a fini par triompher de la gaullienne et souverainiste raison d'État – et peut-être de la démocratie qui allait avec.

Le 16 juillet 1971, quelques mois après la mort du général de Gaulle, le Conseil constitutionnel, initialement conçu pour défendre les prérogatives de l'exécutif, commet un « coup d'État de droit ». En censurant une disposition législative qu'il juge contraire à la liberté d'association Il se reconnaît en effet soudain compétent pour contrôler, non plus seulement les règles de compétence et procédure parlementaires, mais aussi la conformité du contenu des lois au préambule de la Constitution où sont mentionnés les principaux droits et libertés des citoyens. Il s'arroge ainsi le droit de contrôler les choix politiques du législateur. Puis Valéry Giscard d'Estaing étend la saisine du Conseil à 60 députés ou 60 sénateurs, c'est-à-dire à l'opposition parlementaire qui ne va pas se priver de cette nouvelle arme. Enfin, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, initiée par Nicolas Sarkozy, boucle la boucle en créant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) – le rêve de Robert Badinter est réalisé. Celle-ci permet à tout justiciable qui soutient que la loi applicable à son procès contient une disposition contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution de demander le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel après un filtrage par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Si le Conseil estime qu'il y a bien une violation, il abroge purement et simplement la disposition de loi en cause. Autrement dit, il « corrige » *a posteriori* le travail du Parlement.

Pour compléter le tableau, peu de temps après la fameuse décision de 1971 et sur invitation du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation (1975), puis le Conseil d'État (1989) se sont lancés dans le contrôle de conformité des lois au droit international et européen. En clair : n'importe quel juge judiciaire ou administratif de base peut désormais écarter, dans un litige qui lui est soumis, l'application d'une loi française qu'il juge contraire au droit international ou au droit européen, c'est-à-dire, en réalité, à la jurisprudence de juges européens parfaitement inconnus des Français, qui n'ont de compte à rendre à personne et dont on ne s'inquiète peut-être pas assez de la « traçabilité ».

Autant dire qu'à l'absolutisme démocratique de Rousseau selon lequel la loi est « toujours droite et ne peut errer » s'est substituée une méfiance généralisée à l'égard du législateur qui conduit à l'enserrer dans un filet de normes posées par des juges non élus et politiquement irresponsables. Les normes de référence dont se servent ces juges pour censurer la loi (ou la valider, selon leur bon plaisir du jour) sont extrêmement vagues et floues (liberté, égalité, dignité, nécessité, ordre public, etc.) et leur confèrent un pouvoir d'appréciation absolument discrétionnaire. La Cour européenne des droits de l'homme « invente » le droit qui lui plaît à longueur d'arrêts. Sauf dans les très rares cas où la Constitution est précise, il en va de même du Conseil constitutionnel qui extrait les principes qu'il veut (ou ignore ceux dont il ne veut pas) du préambule de la Constitution. Lors de l'inauguration de la QPC, le 1<sup>er</sup> mars 2010, le président Sarkozy a prononcé devant le Conseil un

discours parfaitement schizophrène vantant les mérites de l'État de droit et du contrôle des lois tout en mettant aussitôt en garde contre le « *gouvernement des juges* »... qu'il venait pourtant officiellement d'aggraver !

Quant aux magistrats qui rendent la justice au quotidien, il convient de replacer leur pouvoir dans le contexte sociologique et juridique existant, indépendamment de la « politisation » et des excès de zèle de certaines individualités légèrement sectaires.

Des lois mal écrites, dont certaines votées sur ordre de *lobbies* vindicatifs mus par le ressentiment et l'« envie du pénal », confondant le juge et le psychothérapeute, abandonnent chaque jour aux tribunaux le soin de procéder à l'application de notions parfaitement subjectives qu'ils manipulent avec plus ou moins de maladresse. Les juges n'ont jamais que les pouvoirs qu'on leur donne, et il est certain que plus les textes qu'ils doivent appliquer sont flous, contradictoires, lacunaires, confus, incohérents voire inintelligibles, plus ils sont livrés à leur subjectivité et parfois contraints de « gouverner ». Ceci est vrai à tous les niveaux et dans toutes les juridictions. Quand le législateur ne règle pas convenablement la question du port des insignes religieux dans le secteur privé et que le Conseil constitutionnel lui-même donne une définition obscure de la laïcité, le juge ordinaire fait ce qu'il peut pour trouver un critère et les politiciens ont ensuite beau jeu de condamner son choix. Quand la loi pénale abandonne discrétionnairement l'application des peines à des magistrats qui peuvent les réduire à volonté de telle sorte que la peine exécutée n'a plus rien à voir avec la peine prononcée et que le sentiment d'incohérence judiciaire grandit, la responsabilité en incombe sans doute autant à ceux qui votent la loi qu'à ceux qui l'appliquent.

Pour autant, la lecture des rapports annuels de la Cour de cassation ne trompe pas sur la revendication des magistrats contemporains d'initier et de créer le droit en concurrence avec le législateur, voire même parfois contre la volonté de celui-ci. L'activisme judiciaire à tous les niveaux rappelle les comportements judiciaires corporatistes de l'Ancien Régime<sup>2</sup> [3].

Il est, à cet égard, parfaitement symptomatique que chaque fois qu'est remise au goût du jour l'idée d'une démocratisation de la désignation des juges par un système électif approprié, les magistrats poussent immédiatement des cris d'orfraie en invoquant la « technicité » de la fonction et donc le nécessaire maintien du mode de recrutement et de formation actuels. Ceux qui ont l'audace de suggérer une forme d'électivité des juges, pourtant empruntée à l'idéologie de gauche, font l'objet des sarcasmes et se trouvent épinglés sur le « mur des cons » du Syndicat de la magistrature !

Touche pas à mon corps !

Tout démocrate devrait conserver à l'esprit la formule de Roederer à la Constituante : « *Le pouvoir judiciaire, le pouvoir d'appliquer les lois est le plus voisin du pouvoir de les faire : il y touche de si près qu'il ne peut jamais être aliéné par le peuple.* » C'est pourtant cette aliénation que consacre la post-démocratie contemporaine.

\*Photo : elikozoe.

1. Jean Foyer, *Sur les chemins du droit avec le Général – Mémoires de ma vie politique – 1944-1988*, Fayard, 2006, p.7). ↩ [4]
2. Jacques Krynen, *L'État de justice, France XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle – Tome 2 – L'Emprise contemporaine des juges*, Gallimard, nrf, 2012). ↩ [5]

Article imprimé depuis Causeur: <http://www.causeur.fr>

URL de l'article: <http://www.causeur.fr/juges-conseil-constitutionnel-democratie,22957>

URL dans cet article:

[1] Image: <http://www.causeur.fr/juges-conseil-constitutionnel-democratie,22957/juges-democratie-constitution>

[2] 1: [#fn-22957-1](#)

[3] 2: [#fn-22957-2](#)

[4] ↩: [#fnref-22957-1](#)

[5] ↩: [#fnref-22957-2](#)

Copyright © 2011 Causeur. All rights reserved.