

„GOUVERNEMENT DES JUGES”. PETITE HISTOIRE DU TERME

Cesare PINELLI

La question du gouvernement des juges, en regard aux cours constitutionnelles, fut pour la première fois soulevée en 1921 par l'éminent comparatiste français Edouard Lambert dans un livre intitulé *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Le titre complet et surtout la date de publication nous fournissent une première contextualisation de l'oeuvre, qu'on cherchera d'intégrer avec quelques remarques sur les buts de son auteur.

L'intérêt pour un livre remontant à presque quatre-vingt dix ans, lorsque la seule expérience de justice constitutionnelle était celle américaine, vis-à-vis des multiples et diversifiées expériences d'aujourd'hui, paraîtrait à première vue mystérieux. Et pourtant, le terme « gouvernement des juges », avec l'intention polémique qui lui est sous-entendue, n'a cessé de réapparaître de temps en temps, et dans divers pays. Loin de faire oeuvre d'archéologie juridique, on pourrait alors se demander si l'oeuvre de Lambert soit pourvue d'un noyau problématique référent à la justice constitutionnelle en tant que telle.

Lambert apparaît avant tout stimulé à montrer le fonctionnement de la justice constitutionnelle américaine par le fait que « Des jurisconsultes et des publicistes, appartenant à des branches de l'opinion politique aussi variées que Paul Beauregard ou Charles Benoist, d'une part, et Gaston Jèze, de l'autre, passant par Hauriou, Jalabert, Saleilles et Thaller, sont soudainement tombés d'accord sur la nécessité d'introduire dans notre pratique constitutionnelle le jugement de constitutionnalité des lois par les cours de justice, tel qu'il fonctionne aux États-Unis. Rares sont les maîtres du droit constitutionnel français qui, comme les doyens Larnaude et Duguit, ou les derniers éditeurs du *Manuel* d'Esmein, aient échappé à la contagion, et encore motivent-ils leur refus de s'associer à la pétition commune sur des considérations d'ordre pratique beaucoup plus que sur une opposition au principe de la réforme réclamée »¹.

La préoccupation pour « la contagion » n'est pas la seule raison pour exposer l'expérience d'un « gouvernement des juges ». Lambert reconnaît, par exemple, l'insuffisance d'une documentation exclusivement législative pour atteindre les buts poursuivis par la comparaison. « Si la société juridique des nations est encore à l'état d'embryon », écrit-il, « il y a beau temps que la société économique des nations est entrée en pleine adolescence »², et la croissante influence des États-Unis impose aux juristes de tenir compte que l'incapacité des textes législatifs à exprimer les réalités du droit est dans ce pays accentuée par le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois³.

Mais la crainte d'une suprématie judiciaire reste le fil rouge de l'oeuvre. Il est temps d'en éclaircir les raisons. « Tôt ou tard », écrit Lambert, l'équilibre égalitaire que le « dogme constitutionnel de Montesquieu » prétend établir entre les pouvoirs constitués « fléchit sous la poussée d'un besoin d'unité de vues et d'unité d'action dans le développement de la politique nationale. En Angleterre et en France, la rupture d'équilibre s'est opérée au profit du pouvoir législatif, qui a plié sous sa norme les pouvoirs coordonnés et instauré ainsi le gouvernement

¹ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921, 4.

² E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 239.

³ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 255.

parlementaire. Aux États-Unis le renversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, par là, un régime de gouvernement par les juges »⁴.

Tout en laissant de côté l'analogie ainsi établie entre les gouvernements parlementaires français et anglais de ce temps⁵, ces considérations paraîtraient exprimer une préoccupation pour les effets d'une suprématie du judiciaire en tant que telle. Et l'on pourrait par-là reporter l'adversion de Lambert à la justice constitutionnelle à un attachement pour le légicentrisme, typique de la tradition républicaine française.

Mais une pareille interprétation serait tout à fait trompeuse. En l'acceptant, non seulement l'on devrait douter de la démarche comparatiste de l'auteur, mais il faudrait surtout méconnaître le but spécifique poursuivi par Lambert, consistant en dégager de l'expérience américaine une tendance naturelle des juges, et des juges constitutionnels en particulier, au conservatisme social. Pour comprendre cette attitude, qui pourrait aujourd'hui paraître bizarre, un nouvel effort de contextualisation s'avère nécessaire.

En 1921, la Cour Suprême était en effet la citadelle de la conservation sociale et politique, ou, pour employer les mots de Lambert, le sommet d'une « aristocratie judiciaire »⁶. On était dans la plénitude de la *Lochner era* (1905-1937), ainsi nommée par une décision qui déclara inconstitutionnelle une loi de l'État de New York limitant à 10 heures la durée journalière de travail dans les boulangeries⁷. On a calculé que, pendant cette période, la Cour Suprême démolit 170 statuts de la Fédération et des États-membres régulant la concurrence et le travail en vue de la tutelle de la propriété privée⁸. La Cour lisait le texte constitutionnel à la lumière de la tradition de *common law*, concevant la propriété comme un droit naturel des individus à la manière de Locke. Ce droit était posé par la Cour au centre du système juridique, ce que contraignait la législation à spécifier les seuls droits colloqués à la périphérie du droit de propriété⁹.

Les juges soutenant une pareille conception formaient dans la Cour une majorité très solide. Oliver Wendell Holmes, un des géants de la justice constitutionnelle américaine avec le fondateur John Marshall, se trouvait souvent seul à exprimer ses *dissenting opinions*, qui auraient plus tard connu une grande fortune dans la jurisprudence de la Cour. Holmes taxait de formalisme la tradition de *common law*¹⁰, et à l'occasion du *Lochner case* exposa une démarche interprétative alternative à celle de la majorité: « Une Constitution n'est pas destinée à incorporer une théorie économique particulière, soit la théorie du paternalisme ou de la relation organique des citoyens à l'État, soit celle du *laissez-faire*. Elle est faite pour un peuple d'opinions fondamentalement différentes »¹¹. Toutefois, comme justement remarque Lambert, « la pensée du juge Holmes est trop originale, et surtout trop dégagée des influences de l'environnement, pour entraîner à sa suite l'opinion moyenne de la judicature américaine »¹².

À ce temps, il n'était possible d'entrevoir que les développements de la justice constitutionnelle, non seulement aux États-Unis, auraient confirmé l'idée de Holmes qu'« une

⁴ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 15-16.

⁵ Laquelle me paraît redoutable à la lumière des acquisitions du célèbre essai de Walter Bagehot sur « La Constitution anglaise » sur la « stricte fusion » entre législatif et exécutif, vis-à-vis de la suprématie de l'assemblée dans le régime de la IIIe République.

⁶ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 124.

⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁸ W.E. Forbath, *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, 1991, 177 ss.

⁹ M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960. The crisis of legal orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, 279.

¹⁰ O.W. Holmes, *The Path of Law*, en *Harvard Law Review*, 1897, 457.

¹¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹² E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 125.

Constitution n'est pas destinée à incorporer une théorie économique particulière », plutôt que le dogmatisme de la majorité de la *Lochner era*. On peut comprendre par là pourquoi Lambert fait noter que la Cour « s'est implantée en Amérique au moment même où s'y manifestaient les premiers développements sérieux de la réglementation législative du travail et de l'industrie et que, l'entrave apportée par elle à la marche de la législation sociale s'étant fait sentir dès le début, les organisations ouvrières elles-mêmes ont dû s'habituer à la considérer comme l'un des résultats normaux du fonctionnement traditionnel de la constitution nationale, tandis que la brusque introduction du veto judiciaire, au moment où la législation ouvrière arrive à sa pleine floraison, dans une constitution telle que la notre, qui jusqu'ici a laissé toute liberté de mouvements à cette branche de la législation comme aux autres, apparaîtrait aux parties organisées du monde ouvrier comme un geste de défi et risquerait d'entraîner de leur part des réactions qui ne resteraient peut-être pas aussi pacifiques que l'a été l'agitation américaine pour le *recall* »¹³.

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, ajoute Lambert, « est encore plus tenace qu'insinuant. On peut avec quelque vigilance – nos législateurs français l'ont montré depuis la Révolution jusqu'à ces derniers temps – l'empêcher de se glisser dans les constitutions. Mais, quand il y a pénétré, on ne saurait, ni l'y maintenir dans un rôle limité, ni l'en extirper par des voies pacifiques et constitutionnelles. L'exemple américain nous prouve que, dès que ce contrôle cesse d'être un simple rouage de l'organisation fédérale pour devenir un organe de surveillance du judiciaire sur le législatif et l'exécutif, il transforme radicalement la nature même de la constitution qui l'accueille. Aux constitutions rigides bâties par les conventions ou les assemblées constituantes, il substitue des constitutions judiciaires, d'une extrême souplesse, qui s'enrichissent constamment d'éléments nouveaux par le jeu de la litigation constitutionnelle. Ou, pour serrer les faits de plus près, il greffe sur l'antique constitution populaire une constitution judiciaire, plus neuve et plus vivante, qui peu à peu recouvre et étouffe sous ses frondaisons luxuriantes l'oeuvre primitive des constituants »¹⁴.

Il n'est désormais difficile d'entendre la crainte de l'auteur pour une telle perspective. Entre les remèdes, ou « palliatifs », visant à en éviter ses plus lourdes conséquences, Lambert mentionne la voie du jugement préventif: « On épargnerait d'énormes dépenses de temps et d'argent, et surtout de cruelles déceptions économiques, à tous ceux qui doivent conclure des transactions dans un champ commercial couvert par un statut nouveau si, au lieu d'être obligés d'attendre, pour être fixés sur l'autorité du statut, que le jeu de litigation ait mis les juges en demeure de le ratifier, l'annuler ou le construire, on pouvait obtenir que les cours procèdent à leur contrôle de constitutionnalité avant que le statut soit voté ou promulgué, alors qu'il serait temps encore pour le législateur de faire état des objections des juges, en abandonnant son oeuvre ou en la retouchant ». Il serait « aussi moins humiliant », pour le législateur, « de s'éclairer des conseils des juges pour la rédaction de ses travaux législatifs que de s'exposer, quand la rédaction de ces travaux est terminée, à ce qu'ils soient jetés au panier par les censeurs judiciaires comme incorrects et sans valeur »¹⁵.

Lambert reconnaît tout de suite que l'opinion dominante aux États-Unis est contraire à ce « palliatif », en estimant « qu'il n'est pas encore possible, au moment où une loi va être votée, de juger si ses dispositions sont ou non conciliables avec la constitution », car c'est seulement à l'épreuve de l'application « que l'on verra si ce statut se heurte ou non à l'un de ces principes fondamentaux de politique sociale que les Cours considèrent comme ayant été intégrés dans les constitutions par le canal des *due process clauses* ou des *déclarations de droits* »¹⁶. Il n'en reste pas moins que le mécanisme préventif de justice constitutionnelle ainsi suggéré, et clairement inspiré au soupçon pour

¹³ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 231.

¹⁴ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 228.

¹⁵ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 179.

¹⁶ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 182.

toute créativité jurisprudentielle, anticipe le système établi par la Constitution de la Ve République, qui seulement avec la révision de 2008 a été accompagné par une très prudente introduction d'un mécanisme successif d'accès au Conseil Constitutionnel.

Pour le reste, c'est-à-dire pour la plupart des pays européens, l'explication du succès de la justice constitutionnelle ne peut que s'appuyer sur des données historiques, avec le haut degré d'imprévisibilité qui normalement caractérise l'histoire, y compris l'histoire constitutionnelle. Il est vrai que le modèle européen fut conçu par Hans Kelsen dans les mêmes années dans lesquelles Lambert lançait sa croisade contre le modèle américain. Mais il n'aurait connu son énorme fortune sans un événement que ni Kelsen ni Lambert n'auraient pu prévoir. Je me réfère au besoin, averti par tous les États européens au fur et à mesure qu'ils sont sortis du totalitarisme, de tourner la page non seulement au régime précédent, mais aussi à l'omnipotence du législateur, ou à l'étatisme, caractérisant ces États au début de XX siècle. L'idée de Constitution en fut profondément renouvelée. Il s'agissait avant tout de trouver dans les droits fondamentaux constitutionnellement reconnus un lien commun entre les citoyens, plutôt que de fixer les règles d'organisation. Et, à propos d'organisation, il fallait de donner lieu à un système de souveraineté toujours partagée, plutôt que d'établir la supériorité d'un organe sur les autres. Le moment de l'écriture comprenait par-là l'établissement d'une Cour constitutionnelle spécialisée et centralisée à l'instar du modèle kelsénien, mais justifiée par la nécessité de faire prévaloir des principes substantiels sur toute action des pouvoirs publics, plutôt que sur la primauté hiérarchique de la source constitutionnelle¹⁷.

La conception kelsénienne de la Cour comme pure juridiction de droit objectif venait ainsi d'être surmontée, ni moins que la sèche opposition de Lambert entre une « constitution judiciaire » et l'« ancienne constitution populaire ». Néanmoins, une fois acceptée, la justice constitutionnelle posait en permanence un problème d'équilibre avec les institutions légitimées par le suffrage populaire.

Lambert, en tant que civiliste, se bornait à souligner le danger que le réglage des réformes économiques fuisse confié « à ceux des membres de la communauté politique qui, à raison de leur éducation professionnelle et de la nature essentiellement statique de leur fonction, sont les moins portés à tolérer des innovations »¹⁸. L'expérience de la justice constitutionnelle nous montre que l'opposition entre les juges et le législateur peut ne correspondre à celle entre conservation et innovation. L'évolution de la justice constitutionnelle a été plutôt accompagnée par la *counter-majoritarian difficulty*, posée dans un célèbre livre d'Alexander Bickel¹⁹, et correspondant aux polémiques scientifiques ou politiques du temps en temps éclatées en Europe à l'égard de la légitimation démocratique des cours²⁰. Le gouvernement des juges nous paraît donc aujourd'hui comme le point extrême auquel on peut aboutir lorsque une certaine communauté politique n'aborde, ou ne se pose ni même la question de la légitimation démocratique des cours. Mais il y a un autre point extrême, celui de la déférence des cours envers le législateur, qui nierait leur même mission. Il s'agit donc d'aboutir à un équilibre entre ces deux pôles, équivalent, en termes démocratiques, aux sphères du *gubernaculum* et de la *iurisdictio*, selon l'ancienne distinction tracée par Bracton. C'est un équilibre qu'il serait vain de chercher dans la nature des choses ou dans les textes constitutionnels, correspondant plutôt à une tâche permanente des institutions concernées.

¹⁷ Ce n'est pas un hasard si, contrairement aux États sortis des dictatures, en France et en Grande Bretagne les discussions sur l'institution ou sur le modèle de justice constitutionnelle seront, à la fois, plus tardives et tourmentées.

¹⁸ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 230.

¹⁹ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed., Yale University Press, 1962.

²⁰ Voir entre autres M. Verdussen, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Labor, Bruxelles, 2004.