



La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société¹

Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade

Jurisdictional deference, a behavior contrary to the democratic quality of a society

Deferencia jurisdiccional, un comportamiento contrario a la calidad democrática de una sociedad

Dominique Rousseau²

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, França)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5743-9397>

E-mail: dominique.rousseau@univparis1.fr

Résumé

La déférence judiciaire est un comportement qui porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en ce qu'elle signifie soumission du pouvoir judiciaire aux pouvoirs législatif et exécutif; elle porte aussi atteinte à la garantie des droits et libertés des citoyens en ce qu'elle signifie soumission à l'ordre sécuritaire. En cela, la déférence judiciaire est contraire aux principes de l'État de Droit et, par ricochet, à la qualité démocratique du système politique. Car si la loi est la langue de l'État, les droits et libertés sont la langue de la Société et le pouvoir judiciaire est cette institution qui n'empêche pas les pouvoirs exécutif et législatif de voter des lois, mais empêche ces pouvoirs d'État d'abuser de leur position pour restreindre, limiter, voire supprimer les libertés des citoyens. Cette fonction protectrice des droits qui constituent le citoyen fonde la légitimité démocratique de la Justice constitutionnelle comme rempart au populisme.

¹ ROUSSEAU, Dominique. La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 45-66, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a428>.

² Professeur de droit constitutionnel à Paris 1 Panthéon-Sorbonne et ancien membre du Conseil Supérieur de la Magistrature de 2002 à 2006. Il est aussi membre du Tribunal constitutionnel de la Principauté d'Andorre.

Mots-clé

Séparation des pouvoirs; garantie des droits; lois de l'État et Droits de la société; légitimité démocratique de la justice constitutionnelle.

Sommaire

1. Introduction. 2. La déférence judiciaire, un comportement contraire aux principes de l'État de Droit. 2.1 Un comportement contraire au principe de la séparation des pouvoirs. 2.2 Un comportement contraire à la garantie des droits et libertés. 3. La déférence judiciaire, un comportement contraire à la qualité démocratique d'un régime. 3.1 Un comportement contraire à la vie du Droit. 3.2 Un comportement contraire à l'éthique de l'agir juridictionnel. 4. Conclusion.

Resumo

A deferência judicial é um comportamento que compromete o princípio da separação de poderes, pois significa a submissão do judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo; também compromete a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, pois significa a submissão à ordem de segurança. Nesse aspecto, a deferência judicial é contrária aos princípios do Estado de Direito e, por extensão, à qualidade democrática do sistema político. Se a lei é a linguagem do Estado, os direitos e as liberdades são a linguagem da sociedade, e o Poder Judiciário é a instituição que não impede os Poderes Executivo e Legislativo de promulgarem as leis, mas impede esses poderes do Estado de abusarem de sua posição para restringir, limitar ou até mesmo suprimir as liberdades dos cidadãos. Essa função protetora dos direitos que constituem o cidadão fundamenta a legitimidade democrática da justiça constitucional como um anteparo contra o populismo.

Palavras-chave

Separação de poderes; garantia de direitos; leis do Estado e Direitos da sociedade; legitimidade democrática da justiça constitucional.

Sumário

1. Introdução. 2. A deferência judiciária, um comportamento contrário aos princípios do Estado de Direito. 2.1 Um comportamento contrário ao princípio da separação dos poderes. 2.2 Um comportamento contrário à garantia dos direitos e liberdades. 3. A deferência judiciária, um comportamento contrário à qualidade democrática de um regime. 3.1 Um comportamento contrário à vida do Direito. 3.2 Um comportamento contrário à ética do agir jurisdicional. 4. Conclusão.

Abstract

Judicial deference is a behavior that undermines the principle of separation of powers by implying submission of the judiciary to the legislative and executive powers; it also undermines the guarantee of citizens' rights and freedoms by implying submission to the security order. In this sense, judicial deference runs counter to the principles of the Rule of Law and, consequently, to the democratic quality of the political system. Because if the law is the language of the State, rights and freedoms are the language of Society, and the judicial power is the institution that doesn't prevent the executive and legislative powers from passing laws, but prevents these state powers from abusing their position to restrict, limit, or even eliminate citizens' freedoms. This protective function of the rights that constitute the citizen forms the democratic legitimacy of constitutional justice as a bulwark against populism.

Keywords

Separation of powers; guarantee of rights; State Laws and Society's Rights; democratic legitimacy of constitutional justice.

Contents

1. Introduction. 2. Judicial deference, a behavior contrary to the principles of the Rule of Law. 2.1 A behavior contrary to the principle of separation of powers. 2.2 A behavior that goes against the guarantee of rights and freedoms. 3. Judicial deference, a behavior contrary to the democratic quality of a regime. 3.1 A behavior that is contrary to the life of the law. 3.2 A behavior contrary to the ethics of jurisdictional action. 4. Conclusion.

Resumen

La deferencia judicial es un comportamiento que atenta contra el principio de la separación de poderes al implicar la sumisión del poder judicial a los poderes legislativo y ejecutivo; también afecta la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos al implicar sumisión al orden de seguridad. En este sentido, la deferencia judicial es contraria a los principios del Estado de Derecho y, por extensión, a la calidad democrática del sistema político. Porque si la ley es el lenguaje del Estado, los derechos y libertades son el lenguaje de la Sociedad y el poder judicial es esa institución que no impide a los poderes ejecutivo y legislativo promulgar leyes, sino que impide a estos poderes estatales abusar de su posición para restringir, limitar o incluso suprimir las libertades de los ciudadanos. Esta función protectora de los derechos que constituyen al ciudadano fundamenta la legitimidad democrática de la Justicia constitucional como baluarte contra el populismo.

Palabras clave

Separación de poderes; garantía de derechos; leyes del Estado y Derechos de la sociedad; legitimidad democrática de la justicia constitucional.

Índice

1. Introducción. 2. La deferencia judicial, un comportamiento contrario a los principios del Estado de Derecho. 2.1 Un comportamiento contrario al principio de separación de poderes. 2.2 Un comportamiento contrario a la garantía de los derechos y libertades. 3. La deferencia jurídica, un comportamiento contrario a la calidad democrática de un régimen. 3.1 Un comportamiento contrario a la vida del Derecho. 3.2 Un comportamiento contrario a la ética de la acción jurisdiccional. 4. Conclusiones.

1. Introduction

Le XIXème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes qui s'est tenu en Moldavie en mai 2024 a pour thème: « Formes et limites de la déférence judiciaire, le cas des Cours constitutionnelles ». Et le questionnaire envoyé à chaque Cours est précédé d'un bref exposé de la problématique retenue: « La déférence judiciaire représente un outil juridique inventé par les juges pour maintenir la séparation des pouvoirs et s'abstenir d'intervenir dans des affaires qu'ils considèrent aller au-delà de leur expertise ou de leur légitimité à trancher. L'instrument a surtout été utilisé dans des affaires qui impliquent des droits fondamentaux. La manière dont les juges exercent leur déférence est donc une question fondamentale de principe constitutionnel, qui concerne le rôle approprié de chaque branche du gouvernement par rapport à des questions importantes de politique publique ». « Inventé par les juges », tout est dit. La déférence n'est pas une notion qui appartient au champ du droit mais à celui de la morale comportementale, des règles de comportement où elle désigne l'attitude d'une personne se soumettant à la décision, à la volonté, à la demande d'une autre personne; ce sont là, selon l'expression consacrée, les marques de déférence auxquelles s'opposent les marques d'audace lorsque, par exemple, les députés du tiers état refusent de déférer aux ordres de Louis XVI de se réunir à la noblesse et au clergé.

Que la déférence ne soit pas une notion juridique ne signifie pas qu'elle n'a pas d'effets dans le champ du droit ou, plus exactement, sur les acteurs du champ juridique – parlementaires, ministres, fonctionnaires, magistrats, ... – dont le comportement plus ou moins déférent aura des conséquences sur la production des décisions – lois, jugements, nominations, ... – sur les relations entre les institutions

qu'ils représentent et plus généralement sur le fonctionnement du système juridique. Si les députés du Tiers État avait été déférents... Dans sa thèse³, Julien Bonnet démontre que le refus par la Cour de cassation de contrôler la constitutionnalité des lois ne repose sur aucun fondement juridique – ni l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790, les articles 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme, l'article 61 de la constitution de 1958 – mais sur un esprit, une culture, une ambiance, une déférence des magistrats socialisés à l'idée de leur soumission au politique et à la loi. Si les magistrats n'avaient pas été déférents...

La représentation qu'ont les acteurs de l'institution qu'ils incarnent constitue la trame, consciente ou non, de leurs comportements et de leurs relations de pouvoir effectives au moins autant que la répartition constitutionnelle de leurs compétences. Dans le langage de la psycho-sociologie, il serait sans doute dit que les acteurs juridiques extériorisent par leurs comportements la représentation de leur institution qu'ils ont intériorisée. Ainsi, la déférence judiciaire, « invention des juges », exprime la représentation qu'ils se font de l'institution Justice et de son positionnement par rapport aux autres institutions, notamment l'Exécutif et le Législatif. Pour le dire un peu brutalement, le sentiment commun, la représentation commune est qu'une Justice à sa place est une Justice déférente c'est-à-dire, soumise au pouvoir politique ou pour le dire de manière plus civilisée, respectueuse du pouvoir politique.

À l'inverse, une Justice qui ne serait pas déférente ne serait pas « à sa place » et, plus exactement, elle serait à la place du politique et ouvrirait la voie à une « République des juges ». Il faut convenir, au-delà de sa connotation polémique, que la formule dit une part de la vérité politique contemporaine. Les juges sont, en effet, partout, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international. Ils décident de la pertinence des plans sociaux ou des délocalisations d'entreprise, de l'attribution de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel, du point de départ de la prescription des délits financiers; ils s'opposent à la rétention de sûreté et à la taxe carbone; ils imposent aux parlementaires de redéfinir le régime de la garde à vue ou les règles de l'hospitalisation d'office; ... Et le phénomène n'est pas français. En Europe, les ordres juridiques nationaux et l'ordre européen lui-même ont été principalement construits par la Cour de Luxembourg qui a posé les principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire ainsi que par la Cour de Strasbourg qui a défini le droit et le pluralisme comme les exigences de toute société démocratique. Et, dans l'ordre international, après la Cour internationale

³ Julien Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009.

de Justice et la création en 2002 de la Cour pénale internationale, l'idée d'un tribunal économique international fait son chemin au sein de l'OMC et même celle d'un tribunal environnemental international.

Cette omniprésence des juges est vécue comme une volonté de puissance sinon de revanche des juges alors qu'elle est une montée en puissance par défaut et souvent même par habilitation express des politiques. Par défaut quand les instances classiques de contrôle – parlement, assemblée générale d'actionnaires, ... – ne remplissent plus leur mission et conduisent les citoyens à se transformer en justiciables pour que soit établie la responsabilité d'un ministre dans la conduite d'une politique publique ou d'un chef d'entreprise dans l'utilisation de l'objet social. Par défaut encore quand le Parlement légifère a minima ou en des termes si imprécis qu'il laisse aux juges un large pouvoir de décision. Mais aussi, par habilitation quand les politiques donnent aux juridictions de nouvelles compétences en matière de contrôle des finances locales, des plans sociaux, des délibérations des collectivités territoriales ou quand, en 2008, ils ouvrent à tout justiciable le droit de contester la constitutionnalité de la disposition législative qui lui est appliquée.

Même ainsi comprise, la montée en puissance des juges reste un fait objectif qui fait problème. Et, pour parler sans détour, un fait présenté comme le passage d'un gouvernement du peuple par ses élus à un gouvernement de la société par les juges et donc comme la manifestation d'un déclin ou d'un recul de la démocratie. Ainsi, Alain Minc dénonce la « nouvelle trinité » médias-juges-opinion qui met en péril la démocratie⁴, ou, dans un registre plus savant, Marcel Gauchet fait des droits subjectifs l'une des causes principales de la « crise de la démocratie » car leur affirmation croissante rend impossible le gouvernement des hommes: « ce ne sont plus les délires du pouvoir qui sont à craindre, écrit-il, mais les ravages de l'impouvoir »⁵. Et, quand les juges veulent imposer le respect du Droit, les hommes politiques, de droite comme de gauche, n'hésitent jamais à mettre en avant et défendre leurs prérogatives d'élus du peuple comme l'ancien ministre britannique de la Justice, Ken Clarke, menaçant la Cour européenne des droits de l'homme d'une réforme parce qu'elle avait jugé contraire à la Convention la loi anglaise interdisant le droit de vote des prisonniers.

Pour réduire la portée de cette montée en puissance des juges, certains auteurs construisent des théories destinées à rendre compatible et à montrer que la fonction

⁴ Alain Minc, *L'ivresse démocratique*, Gallimard, 1994.

⁵ Marcel Gauchet, *L'avènement de la démocratie*, t.1, Gallimard, 2010, p. 67.

de juger même importante est compatible avec la démocratie représentative. Les uns, avec Charles Eisenmann par exemple, soutiennent que le juge constitutionnel n'est jamais le censeur de la volonté générale exprimée par les représentants élus de la Nation mais seulement « l'aiguilleur » qui indique la forme constitutionnelle, législative ou réglementaire que doit prendre l'édiction d'une norme sans se prononcer sur son contenu ou son opportunité qui relève de l'appréciation politique du souverain⁶. D'autres, comme Michel Troper⁷ par exemple, considèrent que la qualité de représentant n'est pas donnée par le suffrage universel mais par la participation d'une institution à l'expression de la volonté générale et qu'en conséquence le juge constitutionnel, par sa contribution à cette expression, est un représentant.

Ces théories sont séduisantes ou, plus exactement, tranquillissantes dans la mesure où elles racontent une histoire qui intègre voire dissout la fonction de juger dans la démocratie représentative qui devient ainsi la forme indépassable du Politique. Une autre histoire est cependant possible qui prend au sérieux la contribution des juges à la fabrication des règles et qui réfléchit sur la forme de démocratie impliquée par cette contribution. Et dans ce contexte épistémologique, la déférence judiciaire, en tant qu'elle signifie soumission, est un comportement qui porte atteinte aux principes de l'État de Droit (1) et, par ricochet, à la qualité démocratique du système politique (2).

2. La déférence judiciaire, un comportement contraire aux principes de l'État de Droit

2.1 Un comportement contraire au principe de la séparation des pouvoirs

Affirmer qu'un comportement judiciaire déférent porte atteinte à la séparation des pouvoirs peut surprendre dans la mesure où il est généralement présenté, notamment par la doctrine anglo-saxonne, comme un comportement respectueux de ce principe. Il est convenu par les juges eux-mêmes que leur institution et les décisions qu'ils prennent ne doivent pas heurter l'institution parlementaire et la volonté des élus du peuple exprimée par le vote des lois. Une formule résume cette représentation de la séparation des pouvoirs: le gouvernement des élus pas des juges.

⁶ Charles Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, *Economica*, 1986, p.17.

⁷ Troper, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie, in *La démocratie continue*. LGDL, 1995, p. 156.

Intériorisée par les juges, elle constitue un frein, un obstacle au plein exercice de leur pouvoir juridictionnel; instrumentalisée par les politiques, elle fonctionne comme un rappel de leur position dominante annihilant et déconsidérant toute action juridictionnelle « irrespectueuse » de cette position.

Pourtant, cette formule n'a pas d'autre sens que politique et met à mal le principe de la séparation des pouvoirs. De quelque manière de penser la théorie de Montesquieu, elle dit que la liberté politique serait perdue si les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, étaient entre les mêmes mains; chaque institution doit être indépendante dans l'exercice de sa compétence, aucune ne doit être subordonnée aux autres et toutes participent de concert à la fabrication des lois. Or, la déférence est un état d'esprit, un comportement de subordination qui bouscule cette relation égalitaire des pouvoirs. Les mots de Jules Grévy lors son premier discours de président de la République le 6 février 1879 sont très éclairants: « *soumis* avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerais jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels »⁸. C'est un discours de déférence constitutionnelle, Jules Grévy acceptant de soumettre l'institution présidentielle à l'institution parlementaire en s'engageant à ne pas utiliser son droit de dissolution que pourtant la constitution lui reconnaissait explicitement. Et cette subordination donna naissance à la fameuse « constitution Grévy » où, déséquilibré par ce comportement déférent, un pouvoir, celui de l'Assemblée, se retrouva progressivement en position de domination absolue sur les autres institutions, configuration que les constitutionnalistes ont dénommé « régime d'Assemblée » c'est-à-dire, un régime non plus de séparation des pouvoirs mais de confusion des pouvoirs au profit du Parlement.

De la même manière, la déférence juridictionnelle est un comportement de subordination de l'institution judiciaire aux institutions exécutive et législative qui perturbe la séparation des pouvoirs. Dans son rapport au Congrès de l'Association internationale de science politique de 1957, le doyen Vedel démontrait que, dans la pratique, « les pouvoirs législatifs et exécutifs étaient étroitement soudés ». Quelle que soit, en effet, la qualité du texte constitutionnel, quelle que soit l'organisation constitutionnelle des pouvoirs choisie, l'unité des pouvoirs se reconstitue sur l'Exécutif par la grâce de la logique majoritaire attribuant au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. Et ce phénomène n'est pas spécifiquement français ou lié à la Vème République. Si l'institution parlementaire est devenue subordonnée – soudée dit le doyen – à l'institution exécutive, si, comme l'écrivait Maurice

⁸ Grévy, Jules. Discours politiques et judiciaires, Hachette livre, BNF, 2014, p. 80.

Duverger, Exécutif et Législatif forment ensemble le pouvoir d'État, et si l'institution juridictionnelle adopte un comportement déferent à l'égard de ce pouvoir d'État, la séparation des pouvoirs n'est plus et la liberté politique est en danger.

Alors que la faculté de statuer appartient aujourd'hui au bloc exécutif-législatif, l'équilibre des pouvoirs dépend de l'exercice de la faculté d'empêcher par l'institution judiciaire. Et d'un exercice libre et indépendant et non pas déferent car s'il l'était la faculté d'empêcher serait diminuée sinon ... empêchée. Au demeurant, cette faculté n'a ni pour objet ni pour effet d'empêcher le pouvoir d'État de gouverner; seulement ceux d'empêcher ce pouvoir d'être absolue, de profiter de sa position dominante pour abuser de son pouvoir en portant atteinte aux droits et libertés qui sont le cadre d'un exercice démocratique du pouvoir. Les juges n'empêchent pas le gouvernement de gouverner; ils l'empêchent de gouverner en maître absolu en leur rappelant les limites constitutionnelles de leurs compétences.

Le principe de la séparation des pouvoirs ne se comprend pas seul. Plus exactement la relation qui s'établit entre les trois pouvoirs n'est pas neutre ou mécanique; elle dépend du principe de légitimité qui vaut à un moment donné et qui induit le rang de chacun et la place de chacun par rapport aux autres. Dans la société d'Ancien Régime divisée en trois ordres, il était admis que la noblesse et le clergé étaient d'un rang supérieur justifiant leur position de « privilégiés » que le peuple devait reconnaître en ayant à leur égard un comportement déferent, c'est-à-dire, respectueux de la distinction sociale. A partir du moment où cette distinction n'a plus été considérée légitime, la déférence du Tiers État a cédé et les privilégiés ont perdu leur position la nuit du 4 août. Le discours déferent de Jules Grévy est la reconnaissance, après les débuts incertains de la III^{ème} République, de la position dominante qu'il est légitime de concéder, malgré les textes, à l'Assemblée issue du suffrage universel. En d'autres termes, la légitimité est l'esprit qui anime, qui donne sa configuration effective à la séparation des pouvoirs.

Ainsi, les juges adoptent ou croient devoir adopter un comportement déferent à l'égard des institutions politiques par défaut de la légitimité qui commande le rang de chacun: l'élection. Le président de la République bénéficie de la légitimité maximum parce qu'il est l'élu de la Nation tout entière, selon la formule du général de Gaulle; les députés viennent avant les sénateurs car ces derniers ne sont élus qu'au suffrage indirect et ne peuvent donc avoir le dernier mot; la justice, évidemment, dépourvue de légitimité électorale doit reconnaître son infériorité institutionnelle. Ce défaut de légitimité est régulièrement rappelé quand des tribunaux ou des cours ou le Conseil constitutionnel rendent des décisions qui écartent ou censurent une

loi: « avec l'arrêt Mme Gonzalez du 31 mai 2016, le Conseil d'État a refait la loi sur la GPA », affirment certains commentateurs⁹; « avec la décision du 6 juillet 2018 annulant le délit d'aide à un étranger en situation irrégulière¹⁰, le Conseil constitutionnel s'est opposé aux élus du peuple qui avaient voulu faire de cet aide un délit », condamnent d'autres observateurs. La légitimité électorale joue ainsi comme un rappel à l'ordre des rangs de chaque institution.

Que ce rappel à l'ordre soit plus fréquent aujourd'hui ne signifie pas que les juges soient moins déférents à l'égard du pouvoir politique, seulement que la légitimité électorale qui le fondait est fragilisée comme autrefois la légitimité nobiliaire. Depuis plusieurs années, le suffrage universel ne suffit plus à produire l'acceptabilité sociale des lois; un autre type de légitimité émerge qui accorde au moins autant d'importance au mode de fabrication de la loi qu'à son origine électorale, davantage d'importance à la délibération, aux échanges d'arguments, au contradictoire qui ont présidé à l'élaboration et l'adoption de la loi. Dans ce registre-là de légitimité, le juge change de rang; la valeur de la loi ne dépend plus seulement de son vote, donc de la position dominante du Parlement, elle dépend à égalité de la manière dont elle a été produite, donc de l'institution juridictionnelle chargée de garantir le respect des droits et libertés. Cette nouvelle légitimité s'exprime dans la maxime vedélienne issue de la décision du Conseil d'août 1985: « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution ». Institution parlementaire et institution juridictionnelle sont en position d'égalité dans le travail de production de la volonté générale et la déférence ne serait que la survie dans la tête des juges et des politiques de l'ancienne légitimité. Ce qui fait retrouver Portalis expliquant « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue »¹¹. Là se trouve la légitimité démocratique du juge, dans le souci du vivant concret, souci formé non dans la répétition mécanique des mots de la loi ni davantage dans la libre création herméneutique mais dans l'échange contradictoire des arguments des parties. La déférence juridictionnelle est devenue un comportement contraire à la qualité de la loi.

⁹ CE Ass., 31 mai 2016, Mme Gomez, RFDA, 2016, p. 755.

¹⁰ CC 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, JO 7 juillet 2018.

¹¹ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801, p. 46.

2.2 Un comportement contraire à la garantie des droits et libertés

Deux indices concrets permettent de mesurer les relations entre déférence juridictionnelle et garantie des droits et libertés. D'abord, les commentaires des décisions de justice. Par exemple, quand le Conseil constitutionnel protège le principe de fraternité en censurant l'article qui fait de l'aide à un étranger en situation irrégulière un délit, il est critiqué pour son manque de déférence à l'égard du Parlement par les uns et salué pour son audace par les autres; et ceux qui le critiquaient louent sa « sagesse » quand ce même Conseil juge que le principe de sincérité et de clarté du débat parlementaire n'a pas été malmené lors du vote sur la loi réformant les retraites¹² quand les seconds lui reprochent sa trop grande déférence à l'égard du politique. Ensuite, la tendance contemporaine à s'attaquer aux juges et en particulier aux juges constitutionnels au motif qu'ils protégeraient « trop » les droits et libertés. Ainsi, en Hongrie, en Pologne mais aussi en Israël des réformes sont votées pour (re)soumettre les juridictions au pouvoir politique et réduire leur compétence de sanction des lois.

Ce courant populiste constitutionnel n'épargne pas la France. Certaines voix s'élèvent pour demander une révision de la constitution qui interdirait aux juridictions françaises de prendre les droits énoncés dans la Convention européenne des droits de l'Homme comme normes de référence pour le contrôle des lois; d'autres souhaitent enlever au Conseil constitutionnel son pouvoir de censurer les lois et le transformer en simple organe rendant des avis consultatifs sur les lois. Déjà en 1993, en réplique à la décision du Conseil censurant la loi restreignant le droit d'asile, le sénateur Dailly avait proposé une révision de l'article 61 de la constitution qui avait pour objet d'interdire au Conseil constitutionnel de se servir de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 pour juger les lois¹³...

Les droits et libertés sont les victimes de la déférence juridictionnelle; plus elle est grande, moins ils sont protégés.

Cette relation tient au concept d'État de droit. Les juristes ont tourné la question de l'État et plus précisément des rapports entre le Droit et l'État dans tous les sens. Certains avec Carré de Malberg nient tout fondement juridique à l'État et en font un « simple fait »¹⁴ quand d'autres, avec Duguit, font de l'État une création du

¹² CC 2023-819 DC, 14 avril 2023, JO 15 avril 2023.

¹³ Ce qui n'empêcha pas le sénateur Dailly d'être plus tard nommé au Conseil constitutionnel...

¹⁴ Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, Sirey, 1920, p.62.

Droit¹⁵ ou d'autres encore cherchent avec Kelsen une troisième voie en substituant aux deux visions opposées de l'antériorité ou de la postériorité de l'État par rapport au Droit la conception de la simultanéité, de l'identité de l'État et du Droit résumée par la formule « tout Etat est un Etat de Droit; le terme État de Droit est un pléonasmisme »¹⁶. Quoiqu'il en soit, l'État de droit se distingue des autres formes d'État en attribuant aux institutions juridictionnelles que la constitution établit compétence pour garantir les droits et libertés. « L'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle et assure le respect de ce principe », affirme l'article 66 de la constitution de 1958; le Conseil constitutionnel a reçu compétence pour dire - article 61-1 - si « une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit ». Autrement dit, l'État de droit est celui dont le pouvoir politique est limité par les juges qui doivent vérifier que les droits et libertés sont respectés. Ces droits et libertés ne sont ni donnés par l'État ni les guides de son action. Plutôt que d'être saisi par le Droit comme le pensait Louis Favoreu, il est saisi par les intérêts économiques, par ce que Michel Foucault appelait « l'art de gouverner » ou la raison gouvernementale ou encore « l'économie politique »¹⁷.

Si ces droits et libertés ne sont pas la langue de l'État, ils sont celle de la société. Point de jusnaturalisme ici. Ces droits ne tombent pas du ciel; ils sont le produit des contradictions sociales et des luttes souvent longues, souvent violentes pour les obtenir. « Dans l'épreuve quotidienne qui est la nôtre, écrit Camus, la révolte joue le même rôle que le cogito dans l'ordre de la pensée: elle est la première évidence. Mais cette évidence tire l'individu de sa solitude. Elle est un lien commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes »¹⁸. Les droits de l'Homme sont tous issus de la révolte et, en ce sens, ils portent le souci de tous les hommes, ils sont le lieu commun de tous les hommes, ils signent la solidarité de tous les hommes. De cela, ils sont une politique, comme l'écrit Claude Lefort. Et très précisément, une politique de la société contre l'Etat. Ainsi faut-il penser les droits énoncés en 1789, comme des armes entre les mains des « membres du corps social » dirigées contre la politique de puissance de l'Etat; comme des pieds d'appui pour s'opposer, pour critiquer, pour contraindre la raison d'Etat qui prend sa source dans le calcul des intérêts. Le principe d'indépendance des universitaires est « le pied

¹⁵ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, rééd. CNRS, 1972.

¹⁶ Kelsen. *Théorie pure du Droit*, Dalloz, 1962, p. 370.

¹⁷ Michel Foucault *Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France (1977-1978)*. Ed. Senellart, Michel. Gallimard; Seuil: Paris, 2004.

¹⁸ Albert Camus, *L'Homme révolté*, La Pléiade, 2008, p. 79.

d'appui » pour la critique de la politique de l'État en matière de recherche; le principe de la préservation de l'environnement, « le pied d'appui » de la contestation de la politique de l'État en matière climatique; le principe de fraternité, « le pied d'appui » pour contraindre l'État à revoir sa politique en matière d'accueil des étrangers. Ces « pieds d'appui » se nomment dans le langage du droit « normes de référence » et le juge constitutionnel¹⁹ est celui qui, pour reprendre les termes de la Déclaration de 1789, accueille les réclamations et met en scène la comparaison entre les « normes de référence », c'est-à-dire, les principes et droits constitutionnels, et les actes du pouvoir législatif.

La configuration constitutionnelle qui se dessine est claire: d'un côté, le « pouvoir d'État», qui prend ses décisions sur le fondement d'un calcul des intérêts; de l'autre, le « pouvoir juridictionnel », qui regarde ces décisions et, le cas échéant, fonde leur critique sur les droits des « membres du corps social ». Dans cette configuration, une déférence juridictionnelle serait contraire aux droits et libertés qui font la qualité démocratique d'une société.

3. La déférence judiciaire, un comportement contraire à la qualité démocratique d'un régime

3.1 Un comportement contraire à la vie du Droit

Sans doute, affirmer que la déférence judiciaire est contraire à la qualité démocratique d'une configuration est contre-intuitif. En effet, dans l'ordre légitime des choses politiques, le principe démocratique est respecté si le juge constitutionnel est seulement, pour paraphraser la formule célèbre et souvent mal comprise de Montesquieu, la bouche de la constitution. Dans cet ordre-là, juger la loi se ramène à une opération simple d'application d'un principe en lui-même constitutionnel, normatif et signifiant. Le travail du juge s'analyse comme le simple rappel au législateur qui l'aurait méconnue de la signification de la norme constitutionnelle; il n'ajoute rien, ne crée rien, ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation ou d'interprétation puisque le sens de la norme est supposé d'être inscrit dans la norme. Le Tribunal ne fait qu'appliquer au Parlement une norme dont la signification lui est extérieure,

¹⁹ Par « juge constitutionnel », il faut comprendre le principe du contrôle de constitutionnalité et non le Conseil constitutionnel français dans son organisation actuelle.

que soumettre le législateur à une norme à laquelle il est lui-même soumis et dont il n'est que le porte-parole. Dans ces conditions, le juge n'exerce aucun pouvoir, il ne fait qu'appliquer une norme préexistante, son activité est neutre et la question de sa légitimité ne se pose pas.

Or, ce cadre conceptuel ne permet pas de saisir la réalité du travail juridictionnel. Contrairement à une idée trop souvent répétée, la loi n'arrive pas finie devant les juges; elle n'est pas une norme que le juge n'aurait qu'à appliquer aux espèces particulières pendantes devant lui; elle est un texte inachevé, une norme en puissance qui attend pour le devenir en acte que le juge attribue aux mots de la loi la signification qui leur donnera leur force normative. La théorie d'un juge automate simple répétiteur de la loi a été définitivement invalidée par la controverse française entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel sur la compréhension de l'expression « disposition législative pouvant faire l'objet d'une QPC ». Pour la Cour, si le requérant contestait non pas la disposition législative mais son interprétation par les juges, la question n'était pas recevable et ne devait pas être transmise au Conseil²⁰; en revanche, pour le Conseil, un justiciable a le droit de contester la constitutionnalité d'une interprétation jurisprudentielle de la loi dans l'exacte mesure où c'est cette interprétation qui lui donne sa « portée effective »²¹. Étaient ainsi pleinement reconnus la différence entre le texte et la norme et la part que les juges prennent dans le passage de l'un à l'autre.

Il faut donc admettre que le rôle d'un Tribunal ne se réduit pas à celui, passif, du souffleur rappelant sa partition à l'acteur parlementaire mais qu'il est pleinement une activité politique en ce qu'il est créateur de droit. Non seulement parce qu'il « découvre » des droits à partir des principes écrits mais parce qu'un principe n'apparaît en tant que principe de valeur constitutionnelle, en tant que norme, en tant qu'instance d'appréciation de la loi qu'à partir du moment où le juge lui donne sens; avant, les dispositions constitutionnelles ne sont que de simples mots en attente de leur normativité et pour faire produire à ces mots un effet de droit, le juge doit choisir une signification parmi l'ensemble des possibles. Bref, la détermination du sens d'un droit constitutionnel ne peut jamais être un acte de connaissance; elle est toujours un acte de volonté des juges. Selon une autre formule célèbre, en apparence inverse à celle de Montesquieu, la constitution est ce que le juge dit qu'elle est. D²²ans cet ordre des choses-là, celui de la libre création du droit par un juge non issu du suffrage universel, la question de sa légitimité peut se poser.

²⁰ Ccass., QPC, 19 mai 2010, Yvan Colona.

²¹ CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, J.O. 7 octobre 2010, p.18154.

²² Selon Oliver Wendell Holmes, juge à la Cour suprême des États-Unis.

Or, cette représentation d'une fonction de juger totalement libre, discrétionnaire et subjective peut ne pas emporter la conviction. Sans doute, un énoncé juridique a besoin de la médiation juridictionnelle pour accéder à la normativité mais il ne s'ensuit pas nécessairement que cette médiation s'accomplisse dans le geste unilatéral, volontaire et discrétionnaire du juge. Elle se comprend surtout comme une relation complexe entre tous ceux qui font usage de l'énoncé juridique et, dans cette relation, le juge n'est qu'un acteur. Le juge est inséré dans une chaîne herméneutique dans laquelle interviennent les assemblées parlementaires, les juridictions européennes, les comités et sociétés savantes, les académies, la doctrine, les associations, les syndicats, ... *La production du sens d'un énoncé juridique est le produit de cette chaîne de sorte que le juge n'est pas un pouvoir libre de création de sens; il est l'instance où s'équilibre, se discute, se réfléchit la relation règle de la majorité qui a produit les mots de la loi et droits fondamentaux*¹. Quand le juge donne un sens au mot de la loi, il le fait toujours à partir d'une affaire concrète avec des personnes réelles; le législateur, au contraire, n'a personne devant lui ou seulement un être abstrait et il pose des mots de manière générale et abstraite qui font de la loi, selon la formule consacrée, un texte général et impersonnel. À l'inverse, le devoir du juge est de régler le cas particulier qui est posé devant lui et par conséquent il doit avoir une approche de proximité pour exercer ce travail d'attribution d'un sens aux mots du droit.

Là se trouve la légitimité démocratique du juge, dans le souci du vivant concret, souci formé non dans la répétition mécanique des mots de la loi ni davantage dans la libre création herméneutique mais dans l'échange contradictoire des arguments des parties. Ce qui est dire avec les mots d'aujourd'hui ce que disait déjà Portalis: « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue »²³.

Cette réalité du travail juridictionnel est, aujourd'hui, admise... mais elle est précisément à l'origine de la critique du « gouvernement des juges ». Si le principe démocratique se définit par la souveraineté du peuple et si, pour des raisons de temps, d'instruction, de philosophie ou de géographie, le peuple ne peut échapper à sa représentation, la seule véritable nécessité démocratique est qu'il désigne, par son vote, ceux qui agiront en son nom. Et donc, l'idéal démocratique est atteint en son

¹ Note de l'éditeur: extraits en relief par l'auteur.

²³ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801.

cœur quand les lois votées par des élus du peuple peuvent être défaites ou écartées par une institution dépourvue de ce qui donne à un pouvoir sa légitimité, le suffrage universel. La participation des juges à la fabrication des lois est, dans ce registre d'intelligibilité de la démocratie, une anomalie.

Contre cette pensée dominante et au risque de fâcher certains populistes, il est permis à un constitutionnaliste d'avoir une opinion moins « catastrophique » en présentant ou rappelant à chacun ce que les juges apportent à la démocratie: la civilisation, au sens que Norbert Elias donne à ce mot. L'arrière-plan de tout procès et toute procédure, écrit Paul Ricoeur, est la violence et donc *l'horizon de tout acte de juger est de se présenter comme une alternative à la violence sous toutes ses formes*²⁴ et en particulier celle qui est la plus destructrice de l'idée de société parce qu'elle est simulation de la justice, la vengeance. En termes plus directs, le passage de la barbarie à la civilisation se fait par l'abandon du lynchage au bénéfice de la justice. Ce qui implique de reconnaître le Droit et les juges comme des composantes nécessaires à la qualité démocratique d'un système politique que, pour le distinguer de la forme représentative ou électorale, elle pourrait être dénommée « démocratie continue ».

3.2 Un comportement contraire à l'éthique de l'agir juridictionnel

L'idée de la démocratie continue n'invente pas ni ne crée ce pouvoir normatif du juge; elle le dévoile seulement en soulevant et déchirant le lourd cadre conceptuel enfermant la définition de la démocratie dans un syllogisme simple mais efficace: est démocratique ce qui et seulement ce qui est issu du suffrage universel; or les juges ne sont pas élus au suffrage universel; donc, soit ils sont des intrus dans la démocratie, soit le régime dans lequel ils ont un pouvoir normatif ne peut être qualifié de « démocratique ». Dans ce cadre conceptuel-là, les juges ne peuvent être pensés comme des acteurs de la démocratie.

Mais, là aussi, ce cadre conceptuel « craque ». Jusqu'à présent, la légitimité d'une institution ou d'une décision tenait à l'origine de cette institution ou de cette décision: Dieu et la légitimité de droit divin, la Nature et la légitimité de droit naturel, l'Autorité et la légitimité charismatique, le Peuple et la légitimité électorale qui, dans ce dernier cas, était immédiatement transformée en légitimité « démocratique ». Ce critère de l'origine est, aujourd'hui, discuté. L'élection n'est plus, à

²⁴ Paul Ricoeur, *L'acte de juger*, Revue Esprit, 1992, p. 20.

tort ou à raison, considérée comme LE marqueur de la qualité démocratique d'une institution ou d'une décision. *Un glissement des croyances collectives s'opère de l'origine du pouvoir vers le mode d'exercice du pouvoir, de la légitimité électorale vers la légitimité procédurale. Autrement dit c'est la manière dont une décision a été fabriquée qui la fait reconnaître légitime.* Davantage que son origine.

Celle légitimité procédurale se manifeste d'abord dans la reconnaissance d'un écart entre gouvernés et gouvernants. L'existence d'un juge chargé de contrôler la constitutionnalité de la loi met en scène une représentation politique qui institue un écart entre le corps des représentants et le corps des représentés. Dans chaque décision juridictionnelle, en effet, se joue le même acte: les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la constitution. Ce qui implique de concevoir deux espaces distincts, celui des représentants et celui des représentés, porteurs chacun de volontés normatives potentiellement contradictoires: la loi votée par les élus n'est pas automatiquement et nécessairement l'expression de la volonté générale, qu'elle ne l'est que si et seulement si elle respecte la constitution²⁵.

Or, cette figure de l'écart est essentielle et peut-être même constitutive de la relation démocratique. Sans doute, l'idéal démocratique est souvent présenté comme l'implication toujours plus grande du peuple dans le pouvoir – par l'extension du suffrage universel, par exemple – et la fusion du peuple dans le corps politique de la représentation nationale. Si les « démocraties populaires » ont, avec le parti unique, conduit à l'extrême cette logique de la fusion, les « démocraties bourgeoises » y ont également, avec plus de subtilité, adhéré. Raymond Carré de Malberg, notamment, a parfaitement décrit le fonctionnement de ces régimes parlementaires qui reposent sur l'identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants, entre la volonté générale et la volonté parlementaire, faisant du Parlement l'égal du Souverain, ou plutôt, comme l'écrit le maître de Strasbourg, l'érigant en Souverain²⁶. Mais, pour démocratique qu'il se donne, ce type de fonctionnement politique n'est, en réalité, que la reproduction transposée du principe monarchique selon lequel le corps de la Nation et le corps du Roi ne font qu'un: « les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du monarque, déclare Louis XV dans un discours au Parlement de Paris le 3 mars 1766, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains; je ne souffrirai pas,

²⁵ Selon le considérant célèbre de la décision du Conseil constitutionnel du 23 août 1985: « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution », CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p.70.

²⁶ Raymond Carré de Malberg, La loi, expression de la volonté générale, Economica, 1984.

poursuit-il, qu'il s'introduise un corps intermédiaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie ». En 1789, les révolutionnaires ont certainement cru et voulu séparer ces deux corps; ils pensaient même que l'acte révolutionnaire était, précisément, dans cette affirmation audacieuse de l'autonomie du corps de la Nation par rapport au corps du Roi. Et pourtant, pour des raisons politiques, les hommes de 1789 ont reconstitué l'unité des corps en offrant seulement à la Nation un nouveau corps dans lequel fusionner, le corps des représentants.

C'est cette fusion que le juge constitutionnel casse. En donnant à voir la constitution, il montre l'acte du corps du peuple souverain et empêche que l'acte du corps de ses représentants soit directement imputé à la volonté du peuple. Alors que la fusion des corps conduit à cette imputation dans la mesure où, par définition, le peuple n'existe pas de manière séparée et indépendante et ne peut avoir de volonté hors celle exprimée par ses représentants²⁷, la mise à distance des corps ouvre un espace à la délibération normative. Les représentants sont toujours habilités à exprimer la volonté des citoyens mais la fusion des deux volontés n'est plus possible; la construction et la mise en action par le juge constitutionnel de l'autonomie du corps du souverain symbolisée par la constitution laissent toujours planer un doute sur la conformité constitutionnelle de l'acte législatif voté par les représentants. Et de ce risque permanent de désaccord mettant à nu la représentation découle la mesure dans l'exercice des pouvoirs. Et dans celle de l'élaboration des normes.

La légitimité procédurale se manifeste ensuite par l'introduction d'une temporalité longue dans la construction de la loi. En rappelant les principes de fond que la constitution énonce, le juge oblige à une réflexion sur le sens, la valeur, la portée que peut représenter pour le « bien commun » l'adoption de telle ou telle loi; il crée une distance avec l'immédiateté, avec la rapidité, avec l'émotion. Et il n'est pas contraire à l'idée démocratique que le temps de réflexion l'emporte sur le temps de l'émotion. Car la volonté générale ne se produit pas spontanément ni dans l'insouciance de l'instant; elle se « fabrique » avec mesure, avec prudence et le Tribunal constitutionnel est cette instance qui permet au temps court, léger et parfois étourdi d'une initiative législative de se confronter au temps long des principes que la constitution énonce.

Enfin, la légitimité procédurale se manifeste par la construction d'un régime d'énonciation des normes qui fait travailler plusieurs acteurs, le gouvernement, qui est à l'origine de la quasitotalité des lois, le parlement, qui amende et vote, et le juge

²⁷ « Le peuple, écrivait Siéyès, ne peut parler et agir que par ses représentants ».

constitutionnel, qui interroge la constitutionnalité de la loi. Le premier « travaille » la volonté générale sur la base de la confiance de sa majorité, le second sur la base de la confiance des électeurs, le troisième sur la base de l'attachement proclamé solennellement par le peuple aux droits de l'homme énoncés dans les préambules et conventions internationales, chacun apportant sa propre contribution à la formation de la volonté générale. Et, là encore, l'élargissement du cercle délibératif n'est pas, a priori, contraire à l'idée démocratique d'élaboration de la norme.

S'il en est ainsi, si le juge a un rôle décisif dans la fabrication de la norme, s'il se situe à l'articulation des espaces civil, public et politique, son pouvoir doit s'exercer selon un agir juridictionnel qui se décline en quatre règles principales ayant chacune et toutes ensemble pour objet la recherche de la production d'un jugement garanti par sa qualité délibérative.

Le premier principe est, évidemment, l'obligation de motiver les jugements. Dès lors, en effet, que le jugement n'est pas une application syllogistique de la loi mais le résultat d'un choix entre plusieurs significations possibles des énoncés de la loi, le juge doit exposer le processus argumentatif qui l'a conduit à retenir telle interprétation plutôt que telle autre. Tout magistrat construit la qualification juridique des faits à partir d'un certain nombre d'éléments qu'il doit exposer et argumenter. *Dans cette logique, il serait opportun que la France reconnaisse enfin la pratique des opinions séparées* car elles « fonctionnent » comme un moyen procédural qui oblige les juges à motiver davantage et mieux leurs décisions: quand les juges majoritaires savent que leurs collègues minoritaires peuvent exposer, après le jugement et publiquement, leur désaccord soit avec la solution retenue soit avec la motivation, ils sont conduits à être plus attentifs à la qualité juridique de leur argumentation; et, réciproquement, les juges « dissidents » doivent motiver avec sérieux leur opinion pour espérer faire évoluer la jurisprudence lors de prochaines affaires. La rationalité d'une décision de justice repose en effet sur la capacité qu'a cette décision à envisager l'hypothèse qu'elle aurait pu être autre; sinon, elle n'est pas rationnelle, elle « folle ».

Le deuxième principe est, bien sûr, le principe du contradictoire. Une décision de justice se construit par un échange d'arguments entre les parties et chacune d'elles doit avoir le droit de les exposer et de les défendre avec une égalité des armes. En ce sens, l'avocat est plus qu'un « auxiliaire de la justice » selon une formule condescendante; il n'est pas davantage l'ennemi du magistrat, celui qui veut conduire le juge à commettre une « faute » en interprétant l'article du Code de telle manière plutôt que de telle autre; l'avocat est celui qui participe à la construction du jugement judiciaire

par la discussion serrée des arguments. Et ce principe du contradictoire vit de la reconnaissance et du respect des droits de la défense.

Le troisième principe est le principe de la publicité des débats judiciaires. Dès lors que et à condition que l'autonomie de la sphère de production du jugement soit constitutionnellement garantie, la sphère de la justice peut et surtout doit s'ouvrir et communiquer avec les autres sphères.

Enfin, dernier principe, le principe de la collégialité. Toute décision de justice est – ou devrait être – « délibérée », selon la formule classique, c'est-à-dire, que son contenu est discuté, que le jugement est le résultat d'une confrontation entre les magistrats; cette collégialité fonctionne comme un mécanisme de « formation permanente », comme un processus de contrôle réciproque qui garantit la qualité du jugement.

4. Conclusion

A ceux qui sans cesse interpellent les juges « s'il vous plait, de la déférence, de la déférence, de la déférence », il serait tentant de leur dire avec Danton « s'il vous plait, de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace et la démocratie sera sauvée ». La Justice a toujours été un « marqueur » de la démocratie. Les sociétés sont sorties de la barbarie lorsqu'elles ont abandonné le lynchage pour la justice; les sociétés sont entrées dans l'ère démocratique lorsqu'elles ont posé les règles du procès équitable et du tribunal neutre et impartial. *La Justice n'est pas un composant du principe libéral qui viendrait « polluer » le principe démocratique. Elle est une composante même du principe démocratique qui serait incomplet sans elle.* Dans la configuration démocratique moderne où le suffrage universel n'est pas ou n'est plus la seule source de légitimité, la Justice, sous réserve que soit menée sa refondation institutionnelle et éthique, peut être encore l'institution par laquelle se continuera la légitimité démocratique.

Références Bibliographiques

BONNET, Julien. **Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois**: Analyse critique d'un refus. 81. ed. Paris: Dalloz, 2009.

CAMUS, Albert. L'homme Révolté. **Œuvres Complètes**. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2008.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris: Sirey, 1920.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875.** Paris: Economica, 1984.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel.** 5 vol., 1921-1929; 3 vol. Paris: rééd. CNRS, 1972.

EISENMANN, Charles. **La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche.** Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Sécurité, Territoire et Population.** Cours au Collège de France. Paris: EHSS, Gallimard, Seuil, 2004.

GAUCHET, Marcel. **L'avènement de la démocratie**, t 1. La révolution moderne. Paris: Gallimard, 2010.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du Droit.** Paris: Dalloz, 1962.

MINC, Alain. **L'ivresse démocratique.** 1. ed. Paris: Gallimard, 1994.

Montesquieu, Charles de Secondat, baron de. **De l'Esprit Des Lois.** Gallimard, 2024.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801.** Bordeaux: Éditions Confluences, 2004.

Ricoeur, Paul. **L'acte de juger.** Revue Esprit, 1992, p. 20.

Troper, Michel. **Justice constitutionnelle et démocratie**, in La démocratie continue. LGDL, 1995, p. 156.

Juriprudence Citée

FRANCE. Conseil Constitutionnel 2023-819 DC, 14 avril 2023, JO 15 avril 2023. Disponible dans <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2023/2023849DC.htm>>

FRANCE. Conseil Constitutionnel 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, JO 7 juillet 2018. Disponible dans: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018717_718QPC.htm>

FRANCE. Conseil d'État Ass., 31 mai 2016, Mme Gomez, RFDA, 2016, p.755.

FRANCE. Conseil Constitutionnel 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, J.O. 7 octobre 2010. Disponible dans: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201039QPC.htm>>

FRANCE. Cour de cassation. QPC 09-82582 19 mai 2010, M. Yvan Colonna. Disponible dans: <<https://www.courdecassation.fr/decision/61402d5403f751c6733ea0a8>>.

FRANCE. Conseil Constitutionnel 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70. Disponible dans <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197DC.htm>>