

Cadernos de Pós-Graduação em Direito

Estudos e documentos de trabalho

n. 15, 2012

QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'EMERGENCE DU CONTRE-POUVOIR
JURIDICTIONNEL EN FRANCE

*Fabrice Hourquebie**

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo



n. 15, 2012

**QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'EMERGENCE DU CONTRE-POUVOIR
JURIDICTIONNEL EN FRANCE**

*Fabrice Hourquebie**

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es), que cederam a Comissão de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, os respectivos direitos de reprodução e/ou publicação. Não é permitida a utilização desse conteúdo para fins comerciais.

*Professeur de Droit Public. Directeur de l'IDESUF (*Institut pour le Développement de l'Enseignement Supérieur Francophone*). Directeur adjoint du CERCLE (*Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État*). Expert justice auprès de l'Organisation Internationale de la Francophonie.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: João Grandino Rodas
Vice-Reitor: Hélio Nogueira da Cruz
Pró-Reitor de Pós-Graduação: Vahan Agopyan

Faculdade de Direito

Diretor: Antonio Magalhães Gomes Filho
Vice-Diretor: Paulo Borba Casella

Comissão de Pós-Graduação

Presidente: Monica Herman Salem Caggiano
Vice-Presidente: Estêvão Mallet
Ari Possidonio Beltran
Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux
Francisco Satiro de Souza Júnior
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Luis Eduardo Schoueri
Renato de Mello Jorge Silveira
Silmara Juny de Abreu Chinellato

Serviço Especializado de Pós-Graduação

Chefe Administrativo: Maria de Fátima Silva Cortinal

Serviço Técnico de Imprensa

Jornalista: Antonio Augusto Machado de Campos Neto

Normalização Técnica

CPG – Setor CAPES: Marli de Moraes
Bibliotecária – CRB-SP4414

Correspondência / Correspondence

A correspondência deve ser enviada ao Serviço Especializado de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP / All correspondence should be sent to Serviço Especializado de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP:

Largo de São Francisco, 95
CEP 01005-010
Centro – São Paulo – Brasil
Fone/fax: 3107-6234
e-mail: posfd@usp.br

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pelo Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da USP

Cadernos de Pós-Graduação em Direito : estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011-.
Mensal

ISSN: 2236-4544

Publicação da Comissão de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Direito 2. Interdisciplinaridade. I. Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP

CDU 34

Os *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, constitui uma publicação destinada a divulgar os trabalhos apresentados em eventos promovidos por este Programa de Pós-Graduação. Tem o objetivo de suscitar debates, promover e facilitar a cooperação e disseminação da informação jurídica entre docentes, discentes, profissionais do Direito e áreas afins.

Monica Herman Salem Caggiano
Presidente da Comissão de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'EMERGENCE DU CONTRE-POUVOIR
JURIDICTIONNEL EN FRANCE**

*Fabrice Hourquebie**

*Professeur de Droit Public. Directeur de l'IDESUF (*Institut pour le Développement de l'Enseignement Supérieur Francophone*). Directeur adjoint du CERCLE (*Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'Etat*). Expert justice auprès de l'Organisation Internationale de la Francophonie.

SUMÁRIO

QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'EMERGENCE DU CONTRE-POUVOIR JURIDICTIONNEL EN FRANCE	5
<i>Fabrice Hourquebie</i>	
CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO: ESTUDOS E DOCUMENTOS DE TRABALHO.....	15
Normas para Apresentação	

QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'EMERGENCE DU CONTRE-POUVOIR JURIDICTIONNEL EN FRANCE

Fabrice Hourquebie*

Rien n'est plus proche et plus lié à la théorie de la séparation des pouvoirs que la notion de contre-pouvoir. Je voudrais en présenter les caractéristiques pour éviter que derrière la banalisation sémantique (on parle souvent et partout des contre-pouvoirs) ne se perde la rigueur de l'analyse: car si tout est contre-pouvoir alors rien n'est contre-pouvoir!

Je procéderai donc à l'identification des critères du contre-pouvoir, avant de proposer une rapide typologie qui nous conduira tout naturellement à aborder le cas du juge.

Pour moi, la théorie des contre-pouvoirs est la traduction moderne de la théorie de la séparation des pouvoirs: si le mot n'est pas écrit chez Montesquieu, il se déduit de sa théorie: « le pouvoir arrête le pouvoir; autrement dit, pas de pouvoir sans contre-pouvoirs!

Le contre-pouvoir est ainsi la garantie structurelle du pouvoir modéré (du pouvoir équilibré aurait dit Montesquieu)

1. Identification

A travers deux critères: l'un, fonctionnel, qui tient à la modération (**a**); l'autre finaliste, qui tient à l'efficacité du contre-pouvoir (**b**).

a. La modération

Le contre-pouvoir se définit plus par sa fonction que son statut, il convient de s'interroger sur son rôle dans la démocratie pluraliste, considérée comme un système global de contre-pouvoirs.

Quelle fonction?

Cette fonction est la fonction oppositionnelle par excellence; celle incarnée par le législatif face au monarque pour Montesquieu. Ainsi, l'idée motrice du contre-pouvoir est celle du « *containment* ». Et la problématique de la fonction du contre-pouvoir devient, avant tout, celle de l'endiguement des pouvoirs rivaux dans leurs limites légales et légitimes. Contrebalancer le pouvoir concurrent doit passer par une action

*Professeur de Droit Public. Directeur de l'IDESUF (*Institut pour le Développement de l'Enseignement Supérieur Francophone*). Directeur adjoint du CERCCLE (*Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'Etat*). Expert justice auprès de l'Organisation Internationale de la Francophonie.

compensatrice, en vue de le neutraliser =>le contre-pouvoir, en réaction à l'excroissance du pouvoir opposé, remplit donc la fonction de pouvoir compensateur; il contient, freine, c'est-à-dire régule les pouvoirs concurrents.

Comment cette fonction est-elle mise en œuvre?

La mission du contre-pouvoir est double. Le contre-pouvoir a d'abord une fonction immédiate et conjoncturelle, celle de contrôler et sanctionner les excès du « pouvoir d'en face » car tout pouvoir est potentiellement dominant¹. Montesquieu affirmait déjà que « *tout homme qui a du pouvoir est tenté d'en abuser* ». Pour assurer la régulation, ou bien, le contre-pouvoir mobilise sa « *faculté d'empêcher* »²: le contrôle devient un freinage, au besoin par la sanction; ou bien, le contre-pouvoir use de sa « *faculté de statuer* »: le contrôle confine alors à une faculté de proposition, de participation ou de délibération³.

Mais il a aussi une fonction plus globale et structurelle, celle de garantir un équilibre général du système par des réajustements spontanés ou provoqués entre les pouvoirs⁴. Le contre-pouvoir remplit donc une fonction d'adaptation constante, de modération permanente par le contrôle structurel de la frontière des compétences des autres pouvoirs. Ce qui sous entend que le contre-pouvoir ait un réel impact.

b. L'efficacité

La légitimité du contre-pouvoir est le minimum de légitimité exigible de tout pouvoir. Dans le cadre de cette logique des légitimités comparables⁵, chaque pouvoir partage son champ avec le contre-pouvoir qui, à son tour, nécessite un endiguement par un autre contre-pouvoir etc⁶.....

Reste que si tout pouvoir est nécessairement un contre-pouvoir, tout est contre-pouvoir de tout et donc de rien! « *Tout gêneur n'est pas contre-pouvoir* »⁷ aurait pu écrire Montesquieu! Il existe effectivement une limite à la réversibilité théorique des identités pouvoir/contre-pouvoirs. Et cette limite tient au rôle structural du contre-pouvoir et donc, à son impact dans le système, à son efficacité.

¹Ainsi dans un duopole de pouvoirs, chaque d'eux, dans son activité, doit se confronter à un contre-pouvoir qui va le modérer et le freiner. La règle est immuable: la majorité face à l'opposition; la chambre basse face à la chambre haute; le législateur face au Conseil constitutionnel... Selon la nature du pouvoir à modérer, l'idée du contrôle est principale et formelle (le Conseil constitutionnel); parfois elle est seconde implicite (le Sénat). Mais dans tous les cas, l'idée de régulation est induite par la notion

²«J'appelle faculté de statuer, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre», MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois*. Paris: Gallimard, 1995. t. 1, Livre XI, Chapitre VI, *De la Constitution d'Angleterre*, Folio Essais, p. 334.

³HOURQUEBIE, F. *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

⁴Pour se stabiliser dans la durée le système génère ses propres adaptations et corrections au gré des rapports de force.

⁵MILACIC, S. Le contre-pouvoir, cet inconnu. In: *Mélanges Lapoyade-Deschamps*. Presses Universitaires de Bordeaux, 2005. p. 681; v. HOURQUEBIE, F. Le contre-pouvoir, enfin connu: Pour une analyse de la démocratie constitutionnelle en terme de contre-pouvoirs. In: *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation*, Mélanges offerts à Slobodan Milacic. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 99-115.

⁶L'ensemble joue au bénéfice du système de gouvernement modéré, comme l'aurait dit Montesquieu. Les contre-pouvoirs y sont donc par essence ambivalents.

⁷MILACIC, S. Le contre-pouvoir, cet inconnu, cit., p. 682.

Ainsi, un contre-pouvoir ne peut apparaître comme tel que s'il est doté d'une « force de frappe » adéquate; il ne peut servir de modèle oppositionnel crédible que s'il est efficace. L'efficacité est partie prenante de la définition fonctionnelle. Car rien ne sert de « contrer » si ce n'est pas pour obtenir d'effet mesurable!

La force d'empêchement ou d'action du contre-pouvoir doit donc se traduire par une conséquence juridique ou politique sur le pouvoir qui est modéré et, plus généralement, sur l'équilibre global du système de pouvoirs. Au risque d'être relégué au rang de « contre-pouvoir platonique » ou virtuel plus que réel!

2. Classification

Je voudrais ici proposer un essai de différenciation des contre-pouvoirs pour ensuite tenter de transposer ces catégories au dispositif de la constitution béninoise.

Le politique et le juridique sont les deux déterminants de la démocratie pluraliste et de l'Etat de droit. Ces deux paramètres s'articulent plus qu'ils ne s'excluent en réalité. L'idée d'une combinatoire faisant tantôt primer le politique **(a)**, c'est-à-dire l'élection et le vote, ou tantôt le juridique **(b)**, c'est-à-dire la norme et le juge, peut ici être reprise pour esquisser une typologie des contre-pouvoirs en démocratie. En toutes hypothèses, le contre-pouvoir doit être au minimum institutionnel et au mieux institutionnalisé⁸, sans quoi il ne peut bénéficier du statut et de la légitimité d'un véritable pouvoir.

a. Les contre-pouvoirs plutôt politiques

Leur objet est principalement politique. Appartiennent à cette catégorie le Parlement (et plus particulièrement la Chambre basse), dans son sens politique; l'opposition, au sens électoral et institutionnel du terme; ou, plus largement, des partis politiques.

Ensuite, en considération cette fois de la fonction de ces contre-pouvoirs, le critère de la vocation (de la finalité) peut permettre d'affiner la distinction. Et on touche ici aux limites de la réversibilité pouvoir / contre-pouvoir.

Ainsi certains sont des contre-pouvoirs juridiques par essence; ils sont naturellement et structurellement des contre-pouvoirs sur lesquels les autres acteurs constitutionnels s'appuient pour modérer les pouvoirs du système: [contre-pouvoirs structurels]. Il en est ainsi de l'opposition politique et parlementaire.

D'autres, en revanche, répondent parfaitement à l'idée de dualité des identités et n'accèdent à la fonction de contre-pouvoir que par l'esprit et le jeu du système. Ils ne sont que des contre-pouvoirs occasionnels ou conjoncturels [contre-pouvoirs conjoncturels]. C'est le cas des partis politiques.

⁸Ce qui distingue le contre-pouvoir du groupe de pression, du contrepoids et de toute cette sémantique « moins aboutie ».

b. Les contre-pouvoirs plutôt juridiques

D'abord, leur objet est primordialement juridique. Appartiennent ainsi à cette catégorie le pouvoir juridictionnel, les chambres hautes ou le Gouvernement en régime parlementaire.

Le critère tiré de la vocation du contre-pouvoir, permet alors de classer le gouvernement (en France en période de cohabitation) comme contre-pouvoir conjoncturel (c'est l'alternance partisane qui conduit ç faire du gouvernement le contre-pouvoir du chef de l'Etat au sein d'un exécutif pourtant dyarchique); alors que le pouvoir juridictionnel est l'archétype du contre-pouvoir structurel.

Le pouvoir juridictionnel, en effet, tend à vouloir s'affirmer dans les Etats de droits stabilisés ou en sortie de crise comme un pouvoir comparable aux deux autres, pour ensuite construire sa légitimité de contre-pouvoir. Alors que Montesquieu en faisait la « *simple bouche de la loi* » et le considérait comme « *pouvoir nul* », le juge se comporte aujourd'hui, structurellement, comme un véritable contre-pouvoir: il modère, freine, empêche les pouvoirs, tout en participant, réécrivant ou modifiant le sens de la norme⁹.

D'où notre idée de parler d'émergence du contre-pouvoir juridictionnel car le processus d'ascension puis d'émancipation du pouvoir juridictionnel a été très long et lent en France; et il est loin d'être achevé.

On l'aura compris, l'histoire de la justice en France a toujours été celle d'un pouvoir refusé, relégué. La qualification conceptuelle qui en découle va dans le même sens. Puisque les constituants se sont accordé pendant plus de deux cent ans à marginaliser la justice, son statut constitutionnel ne pouvait être qu'infériorisé. C'est cette histoire de l'ambiguïté du pouvoir juridictionnel français que je voudrais rapidement retracer ici. L'émergence du juge comme contre-pouvoir s'est faite en trois temps :

- Le pouvoir juridictionnel a d'abord été impensable: c'est le temps de la défiance **(I)**;
- Le pouvoir juridictionnel a ensuite été improbable: c'est le temps de la méfiance **(II)**;
- Le pouvoir juridictionnel a enfin été implicite: c'est le temps de la confiance **(III)**.

I. L'impensable pouvoir juridictionnel

a. Raison historique

L'histoire de la justice en France a toujours été celle d'un pouvoir mal aimé. Cette méfiance qui a pu confiner bien souvent à la défiance envers les juges trouve son origine dans les affrontements récurrents entre les Parlements d'Ancien régime et le Roi. La position des Parlements était très ambiguë: tout en s'affirmant grâce à l'exercice du droit de remontrance, les Parlements se devaient aussi de conseiller le Roi. Or leurs refus de plus en plus fréquents d'enregistrer les ordonnances royales, transforma le droit de remontrance en véritable

⁹C'est un juste réajustement de l'histoire: la séparation des pouvoirs est ternaire par principe et doit, à ce titre, impliquer le pouvoir juridictionnel; v. HOURQUEBIE, F. *Le pouvoir juridictionnel en France*. Paris: LGDJ; Systèmes, 2010.

droit de véto, paradoxalement à l'origine de leur toute puissance.

Le bras de fer avec le pouvoir royal se poursuivait alors avec le recours aux itératives remontrances, sorte de second veto, pour finalement se conclure par le fameux lit de justice, rappelant ainsi aux Parlements qu'ils ne disposent pas du dernier mot et qu'ils ne sont dépositaires que d'un pouvoir délégué, c'est-à-dire consenti par le Roi. Les jugements en équité des Parlements sous tendus par les relations conflictuelles entretenues avec le Roi vont ainsi nourrir la méfiance des révolutionnaires à l'encontre du pouvoir judiciaire et plus largement, celle des constituants successifs.

b. Raison doctrinale

Il faut dire que l'argument historique a su rencontrer un argument théorique de manière fort à propos. Montesquieu, dans l'Esprit des Loix, n'écrivait-il pas que « *des trois puissances, celle de juger est nulle* »¹⁰. Car « *si terrible parmi les hommes* »¹¹, la confusion de la puissance de juger avec les deux autres pouvoirs serait liberticide: si elle était « *jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur* »¹². Il n'en faut pas plus aux révolutionnaires pour considérer que la séparation des pouvoirs est la barrière insurmontable qui empêche d'ériger la justice en véritable pouvoir. Pourtant Montesquieu lui-même donne la clef de l'interprétation en affirmant que « *les juges de la Nation en sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi* »¹³. Si la puissance de juger est nulle c'est parce que les juges, au terme d'un travail syllogistique, n'ajoutent pas à la loi contrairement aux deux autres pouvoirs; ils ne font que l'appliquer strictement.

C'est donc le mythe de l'absolutisme législatif, le credo révolutionnaire de la loi expression de la volonté générale qui sont à l'origine d'une fonction de juger « nulle ». Mais on a trop souvent oublié au cours de l'histoire constitutionnelle française que Montesquieu accolait à cet adjectif le terme de « puissance ».

II. L'improbable pouvoir juridictionnel

On est passés de la défiance à l'endroit des juges sous la révolution française à une méfiance à leur encontre. C'est ce principe de méfiance qui guide tous les débats constitutionnels sur la qualification juridique du statut de la justice sous la Vème République.

¹⁰MONTESQUIEU. op. cit., Livre XI chapitre VI, Folio, Essais, t. 1, p. 333.

¹¹Id. Ibid., p. 330.

¹²Id. Ibid., p. 328.

¹³Id. Ibid., p. 337.

a. Enjeu du débat sous la Vème République

L'ambiguïté introduite au moment de la Révolution et qui touche la puissance de juger perdure aujourd'hui.

D'où ces incessants décalages gênants, dans l'histoire constitutionnelle française et jusqu'à la Vème République entre une justice consacrée en tant que pouvoir dans les textes et une absolue minimisation de ses attributions en pratique (de la période révolutionnaire aux Chartes de 1814 et 1830 notamment); ou une justice reléguée au rang d'autorité dans les constitutions mais qui tend à s'émanciper très largement en réalité et à s'ériger en authentique pouvoir constitutionnel.

Ainsi, contre toute attente, plus de deux siècles après Montesquieu, le thème de la justice n'est pas un combat d'arrière-garde; les questionnements sur la justice sont toujours, explicitement ou implicitement, au premier plan du débat public. On discute de son fondement (de sa légitimité) et de sa portée (légale ou juridique); de son autorité (et donc de sa minoration) ou de son pouvoir (et donc de son affirmation). Le choix des mots n'est alors jamais dû au hasard. Et le recours à certains concepts s'avère très éclairant sur la volonté de consacrer ou non, une adéquation véritable entre le statut théorique du juge, c'est-à-dire le statut construit par la doctrine et attendu par la science juridique et les acteurs impliqués, et la réalité de ses attributions¹⁴.

b. Les débats constitutants de 1958 (sur le titre VIII relatif à «L'autorité judiciaire»)

La rédaction du Titre VIII est le résultat d'un compromis. Compromis sur l'héritage constitutionnel d'abord. Les parlementaires de la IV^{ème} République craignant de voir émerger, en France, un contrôle diffus de constitutionnalité des lois si la justice se dote du statut de pouvoir judiciaire, l'emploi du terme plus neutre d'autorité judiciaire permet d'apaiser les craintes¹⁵. Compromis sur l'écriture du texte constitutionnel ensuite avec un argument empreint de pragmatisme consistant à dire que même si les rédacteurs de la constitution n'ont pas choisi le terme de « pouvoir judiciaire », ils n'ont pas plus inscrit dans la Constitution les expressions « pouvoir législatif » et « pouvoir exécutif » (même si elles sont reprises dans la loi du 3 juin 1958).

L'étude des travaux préparatoires apporte sur tous ces points des éléments de réponse. Le problème soulevé dans les discussions doctrinales au cours des grandes phases de la procédure d'élaboration de la constitution est principalement celui de l'inadéquation du titre avec le contenu des articles.

Dans l'avant projet de constitution transmis au Comité consultatif constitutionnel, le titre retenu est « *De la Justice* ». Les articles portent sur l'indépendance des magistrats et les garanties apportées par le Conseil supérieur de la magistrature. Le titre reprend d'ailleurs la formulation de l'avant-projet de la loi constitutionnelle

¹⁴HOURQUEBIE, F. *Le pouvoir juridictionnel en France*, cit.

¹⁵RENOUX, T.-S. La place de l'autorité judiciaire dans le système institutionnel, *RPP*, n. 7-8, p. 43, 1991; et du même auteur voir notamment, RENOUX, T.-S. *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire: l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*. Paris: Economica; Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984. p. 11-12. (Collection Droit public positif); Si le grain ne meurt (à propos des droits et libertés). *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 14, p. 272-273, 1993; Le pouvoir judiciaire en France et en Europe continentale: approche comparative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Paris, n. 4, p. 966-967, jui./aoû.1999.

du 3 juin 1958. Transmis au Conseil de cabinet les 23 et 25 juin 1958, l'avant-projet garde le titre inchangé; tout comme il restera maintenu dans l'avant-projet des 26-29 juillet 1958¹⁶.

C'est avec le Comité consultatif que les ajustements débutent. Se consacrant essentiellement aux attributions et au rôle du Conseil supérieur de la magistrature, le Comité se demande si un intitulé comme « *Des juridictions de l'ordre judiciaire* » ou « *De la magistrature de l'ordre judiciaire* » ne doit pas être substitué au titre présenté. Ainsi Coste-Floret de constater que la modification du titre pouvait s'avérer judicieuse « *afin d'éviter des confusions (...). On aurait un intitulé plus large que celui du Titre IX qui, sous le titre mauvais de « Conseil supérieur » est autre chose, puisque la discipline des magistrats, leur indépendance est autre chose que « La Justice* ». Ceci peut prêter à des confusions que je persiste à considérer comme fâcheuses »¹⁷. Car une telle formulation a le mérite d'écarter explicitement la juridiction administrative et, plus particulièrement le Conseil d'Etat, dont l'indépendance a déjà été maintes fois prouvée et n'entretient pas le doute sur une intention des constituants qui ne semble pas être celle d'appréhender la justice dans son ensemble comme un tout uni. A l'initiative de Michel Debré, le Titre VIII devient alors « *De l'indépendance de la magistrature* ».

Le texte transmis au Conseil d'Etat va conserver la mention « *De la Justice* », mais en n'entendant saisir que les juridictions de l'ordre judiciaire. Ce qui amène l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à considérer, ou bien qu'un tel titre doive également traiter de la juridiction administrative au nom de la dualité juridictionnelle française; ou bien qu'il faille changer l'intitulé, celui-ci apparaissant trop large¹⁸. C'est alors sur une proposition du Président Roger Latournerie que la modification intervient. Ce dernier explique qu'un titre recentré sur « *L'autorité judiciaire* » serait plus adapté, dans la mesure où la magistrature est exclusivement judiciaire et où elle est une autorité publique¹⁹. Cette solution, entérinée par le Conseil des ministres du 3 septembre, figure donc dans le projet de Constitution du 4 septembre; et elle est adoptée comme telle à l'occasion du référendum du 28 septembre 1958.

Au final, la constitution de 1958 fait bien figure de cas d'école. Qu'on en juge. La dualité de juridiction, construction si particulière au droit public français et, à ce titre, fondatrice des contentieux, ne trouve aucun écho dans la constitution. Seule la justice judiciaire voit son existence consacrée à travers le titre VIII « *De l'autorité judiciaire* ». De la justice administrative, point de référence sauf à travers la fonction consultative du Conseil d'Etat et la nomination des conseillers d'Etat en conseil des ministres. Il faudra attendre l'intervention du Conseil constitutionnel dans des décisions de 1980 et 1987²⁰, pour que soit consacré d'une part l'existence de la juridiction administrative (à travers la constitutionnalisation comme PFRLR du principe d'indépendance), et d'autre part, l'octroi d'un bloc de compétences à son endroit. Quant à la justice constitutionnelle, elle est réduite à un « Conseil » constitutionnel dont les « membres » (et pas les juges) sont désignés selon une procédure de nomination tant décriée par certains mais qui semble être le meilleur rempart à toute politisation excessive (au

¹⁶Voir MAUS, Didier (Documents rassemblés par). *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: La Documentation Française, 2001. v. 1, p. 425, 438, 467, 489, 513, 2001.

¹⁷Id. Ibid., v. 2, 2001, p. 160.

¹⁸Voir notamment les propos du Président Latournerie, du rapporteur Martin et de M. Landron à l'occasion de la séance des 27-28 août 1958, in MAUS, Didier (Documents rassemblés par). *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, cit., v. 2, p. 379-380.

¹⁹Id. Ibid., v. 2, p. 380.

²⁰Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*; décision n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

moins comparée à l'élection).

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a-t-elle alors changé le statut, voire la stature, de l'introuvable pouvoir judiciaire? Rien n'est moins sûr...

III. L'implicite pouvoir judiciaire

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié plus de cinquante pour cent des articles de la constitution; mais a-t-elle renouvelé la place de la justice? Non plus en tant qu'autorité mais bien en tant que pouvoir (judiciaire voire judiciaire)? Non. Ou tout du moins, pas directement sous son angle organique et statutaire. Les débats ne laissent pas entrevoir de questionnement de fond sur la consécration d'un pouvoir judiciaire ou judiciaire.

Déjà, en 1993, et sans aller sur le terrain de la reconnaissance d'un authentique pouvoir, le Comité Vedel avait proposé de remplacer le titre VIII « *De l'autorité judiciaire* » par « *De l'indépendance de la magistrature* ». Le changement devait satisfaire à davantage de neutralité en consacrant un principe incontestable de la Justice, son indépendance, tout en évitant de faire référence au statut constitutionnel d'une autre branche judiciaire qui ne serait pas judiciaire. Mais la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 qui, en s'inspirant des propositions du Comité, modifie en profondeur le contenu du titre VIII, ne modifie en rien son intitulé. De sorte qu'encore aujourd'hui, l'intitulé du titre VIII reste toujours celui adopté en 1958.

Pourtant, le statut de la justice n'est pas reconsidéré dans et par le nouveau texte issu de la révision de 2008 même si des aménagements ponctuels ont vu le jour.

Les rapports présentés tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat lors de l'examen du projet de révision constitutionnelle ne font pas ressortir une quelconque interrogation sur le statut de la Justice et confirment même la notion d'autorité judiciaire. Pour preuve, la discussion sur l'art. vingt-huit du projet de loi constitutionnelle, article relatif au Conseil supérieur de la magistrature²¹, montre que les députés utilisent indifféremment les termes d'autorité ou de pouvoir concernant la justice judiciaire, alors même que le choix d'un qualificatif adapté revêt un enjeu qui dépasse la seule querelle sémantique.

Ce sont en réalité des enjeux plus généraux qui sont mis en avant afin d'encadrer des propositions plus ciblées. Et en dépit de plusieurs déclarations de principe, la justice judiciaire est confirmée dans sa position de « faiblesse constitutionnelle », c'est-à-dire dans son rang de simple autorité. Point de référence, non plus, à une juridiction administrative, qui doit toujours son salut constitutionnel à la seule bonne volonté du Conseil constitutionnel (comme je le rappelais plus haut).

Reste donc le Conseil constitutionnel. Suite à la révision de 2008, le juge constitutionnel, précisément, devrait continuer à alimenter la rubrique « modèles atypiques » des manuels de droit constitutionnel en restant un « Conseil », alors même que le Sénat, suite à un amendement déposé par Robert Badinter, avait souhaité

²¹Débats, AN, séance du 29 mai 2008, 2^{ème} séance.

qu'il s'appelât « Cour constitutionnelle », au moins pour le rapprocher de ses homologues européens²². Mais l'Assemblée nationale, suivant en ce sens l'avis du gouvernement qui estimait que le Conseil « *n'était pas une juridiction comme une autre* », repoussa l'amendement au motif que « *la mission juridictionnelle du Conseil constitutionnel n'était ignorée par personne et qu'un « changement de désignation n'apporterait rien* »²³ »²⁴. L'argumentation laisse perplexe mais a au moins le mérite de confirmer la frilosité des constituants dès lors qu'il s'agit de penser la justice constitutionnelle en authentique juridiction et donc, enfin, de mettre en adéquation le texte avec la réalité, en substituant la transparence à l'apparence.

Nonobstant ce constat, c'est l'instauration d'une forme de question préjudicielle de constitutionnalité nommée question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par la loi organique du 10 décembre 2009²⁵ qui a été la véritable innovation et qui, à nos yeux, esquisse le périmètre de ce que pourrait être le pouvoir juridictionnel français.

Le nouvel article 61-1 de la constitution dispose que: «*Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question, sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, qui se prononce dans un délai déterminé.*».

D'où on peut faire découler l'interprétation selon laquelle le Conseil constitutionnel deviendrait une sorte de «super Cour de cassation», et ce, pour au moins cinq raisons:

- 1/ les deux Cours suprêmes (Cour de cassation pour l'ordre judiciaire et Conseil d'Etat pour l'ordre administratif) opèrent un pré contrôle de constitutionnalité qui ne dit pas son nom en exerçant leur pouvoir de filtre (vérification que la disposition contestée est bien applicable au litige; qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme dans le cadre du contrôle a priori; qu'il s'agit d'une question nouvelle ou qu'elle présente un caractère sérieux) et de ce fait, se placent sous l'autorité du Conseil constitutionnel qui devient le contrôleur de leur juste interprétation constitutionnelle;
- 2/ le Conseil d'Etat et la Cour de cassation décident si elles veulent ou non transmettre une QPC: il y a bien un lien procédural avec le Conseil constitutionnel et la formalisation d'un rapport hiérarchique;
- 3/ la QPC du 6 octobre 2010²⁶: le Conseil constitutionnel affirme que les interprétations des dispositions législatives par le juge administratif et judiciaire sont désormais soumises au contrôle de constitutionnalité du juge constitutionnel via la QPC; le Conseil opère ainsi un contrôle sur le contenu de la loi mais aussi sur l'interprétation qu'en font les juges. Cette décision est pour moi fondatrice d'un Conseil constitutionnel qui se mue inéluctablement en Cour suprême en se réfugiant derrière son monopole d'interprétation en matière constitutionnelle. Il s'agit là d'une forme d'audace du juge constitutionnel français! ;

²²Article additionnel 24 ter adopté lors de la séance du 24 juin 2008.

²³Rapport de M. Jean-Luc Warsmann, AN, juillet 2008, p. 144.

²⁴Rapport de M. Jean-Jacques Hiest, n° 463, Sénat, 10 juillet 2008.

²⁵Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution, Journal officiel, 11 décembre 2009.

²⁶Décision n°2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., *Rec.*, p. 270.

- 4/ le Conseil constitutionnel dispose d'un pouvoir de dernier mot à l'endroit des autres juridictions et des autorités publiques: les décisions d'abrogation ont un effet erga omnes (art. 62al.2): elles s'imposent à tous y compris aux juridictions suprêmes;
- Enfin, 5/, ce faisant, le Conseil constitutionnel exerce une fonction d'harmonisation des interprétations constitutionnelles et procède ainsi à une régulation qui permet une application uniforme du droit constitutionnel: c'est bien ici le rôle d'une Cour suprême.

On le voit, le pouvoir juridictionnel s'affirme, sans pour autant que celui-ci ne triomphe sur le plan de son existence constitutionnelle. Les constituants ont certainement ici voulu empêcher l'activisme du juge; mais le bouclier se fissure et la prise de pouvoir des juges risque être à la mesure de la marginalisation qui a été la sienne dans l'histoire constitutionnelle française.

Références

HOURQUEBIE, F. Le contre-pouvoir, enfin connu: Pour une analyse de la démocratie constitutionnelle en terme de contre-pouvoirs. In: *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation*, Mélanges offerts à Slobodan Milacic. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 99-115.

_____. *Le pouvoir juridictionnel en France*. Paris: LGDJ; Systèmes, 2010.

_____. *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

MAUS, Didier (Documents rassemblés par). *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: La Documentation Française, 2001. v. 1.

_____. (Documents rassemblés par). *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: La Documentation Française, 2001. v. 2.

MILACIC, S. Le contre-pouvoir, cet inconnu. In: *Mélanges Lapoyade-Deschamps*. Presses Universitaires de Bordeaux, 2005.

MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois*. Paris: Gallimard, 1995. t. 1.

RENOUX, T.-S. *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire: l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*. Paris: Economica; Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984. (Collection Droit public positif).

_____. Si le grain ne meurt (à propos des droits et libertés). *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 14, p. 271-290, 1993.

_____. La place de l'autorité judiciaire dans le système institutionnel, *RPP*, n. 7-8, 1991.

_____. Le pouvoir judiciaire en France et en Europe continentale: approche comparative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Paris, n. 4, p. 965-984, jui./août. 1999.

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESTUDOS E DOCUMENTOS DE TRABALHO

Normas para Apresentação

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTUDOS E DOCUMENTOS DE TRABALHO

Normas para Apresentação

A apresentação do artigo para publicação nos Cadernos de Pós-Graduação em Direito deverá obedecer as normas da *Associação Brasileira de Normas Técnicas* (ABNT)

- **Título:** Centralizado, em caixa alta. Deverá ser elaborado de maneira clara, juntamente com a versão em inglês. Se tratar de trabalho apresentado em evento, indicar o local e data de realização.
- **Identificação dos Autores:** Indicar o nome completo do(s) autor(res) alinhado a direita. A titulação acadêmica, Instituição a que pertence deverá ser colocado no rodapé.
- **Resumo e Abstract:** Elemento obrigatório, constituído de uma seqüência de frases concisas e objetivas e não de uma simples enumeração de tópicos, não ultrapassando 250 palavras. Deve ser apresentado em português e em inglês. Para redação dos resumos devem ser observadas as recomendações da ABNT - NBR 6028/maio 1990.
- **Palavras-chave:** Devem ser apresentados logo abaixo do resumo, sendo no máximo 5 (cinco), no idioma do artigo apresentado e em inglês. As palavras-chave devem ser constituídas de palavras representativas do conteúdo do trabalho. (ABNT - NBR 6022/maio 2003).

As palavras-chave e *key words*, enviados pelos autores deverão ser redigidos em linguagem natural, tendo posteriormente sua terminologia adaptada para a linguagem estruturada de um thesaurus, sem, contudo, sofrer alterações no conteúdo dos artigos.

- **Texto:** a estrutura formal deverá obedecer a uma seqüência: *Introdução, Desenvolvimento e Conclusão*.
- **Referências Bibliográficas** - ABNT – NBR 6023/ago. 2000.

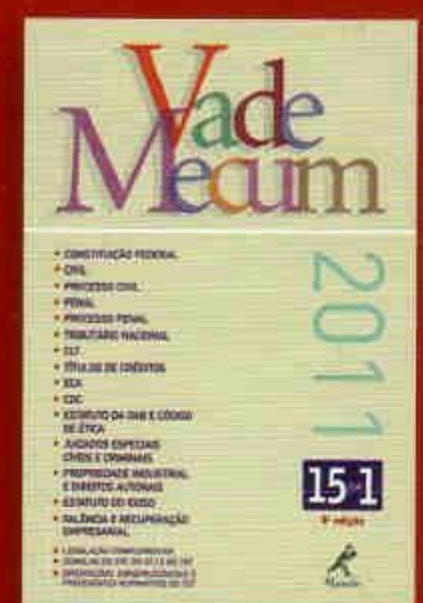
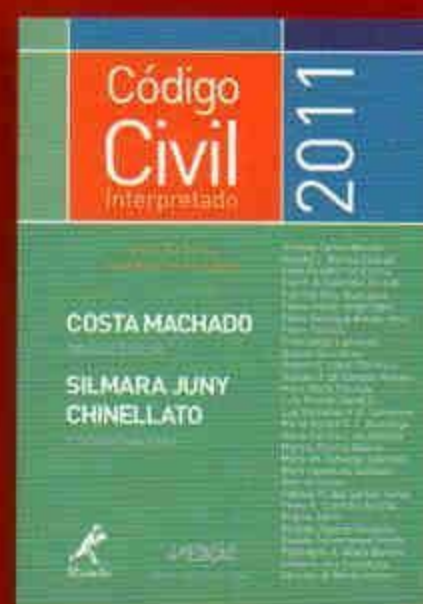
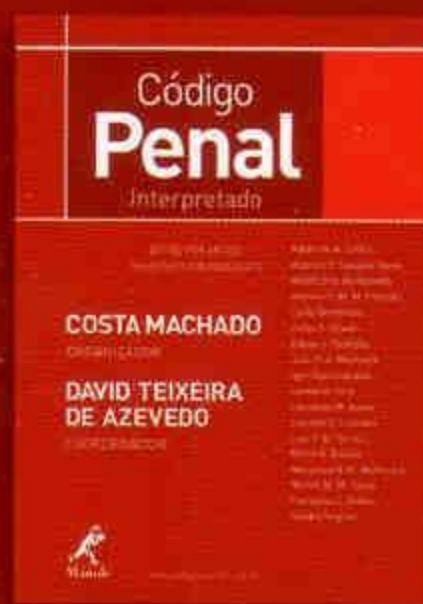
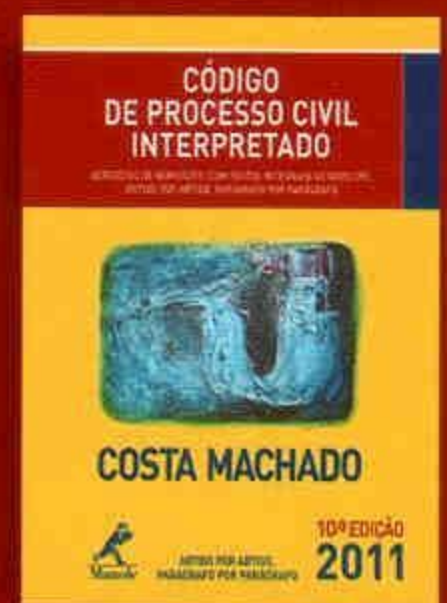
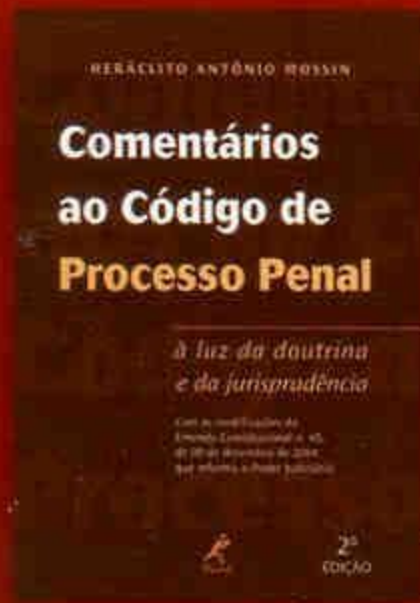
Todas as obras citadas no texto devem obrigatoriamente figurar nas referências bibliográficas.

São considerados elementos essenciais à identificação de um documento: autor, título, local, editora e data de publicação. Indicar a paginação inicial e final, quando se tratar de artigo de periódicos, capítulos de livros ou partes de um documento. Deverão ser apresentadas ao final do texto, em ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

- **Citações:** devem ser indicadas no texto por sistema numérico, obedecendo a ABNT - NBR 10520/ago. 2002.

As citações diretas, no texto, de até 3 linhas, devem estar contidas entre aspas duplas.

As citações diretas, no texto, com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas.



APOIO:



www.manole.com.br