

L'État de droit vs gouvernement des juges

La limite entre souveraineté populaire, constitution, cours suprêmes et chartes.

L'État de droit empêche que le pouvoir s'exerce au gré des humeurs politiques. Il repose sur des règles supérieures qui s'imposent aux gouvernants comme aux gouvernés, fixées d'avance, avant même l'apparition des conflits qu'elles devront un jour trancher. Dans les sociétés modernes, ces règles sont rassemblées dans une constitution et protégées par les tribunaux. L'Allemagne, la France et la Suisse incarnent ce modèle de démocratie constitutionnelle : la majorité élue gouverne à l'intérieur de balises constitutionnelles fixées collectivement, et non selon les préférences du moment.



Les cours suprêmes exercent dans ce cadre le contrôle de constitutionnalité, le pouvoir de vérifier si une loi adoptée par les élus respecte la constitution. Ce mécanisme remonte à 1803, lorsque la Cour suprême des États-Unis, sous la plume du juge en chef John Marshall, s'attribue dans l'arrêt *Marbury v. Madison* la compétence d'écarter une loi contraire à la constitution. Un arbitre s'assure que le jeu respecte les règles fixées avant la partie ; le juge constitutionnel veille de la même façon à ce que le législateur reste à l'intérieur des limites que la collectivité s'est données. Ce rôle donne à la constitution sa force réelle, au-delà du texte symbolique.

Une constitution ne s'applique jamais d'elle-même. Elle énonce des principes généraux et laisse aux tribunaux la tâche de leur donner un sens concret face à des situations imprévues. Cette opération confère un pouvoir réel à ceux qui l'exercent. Le Conseil constitutionnel français l'a démontré le 16 juillet 1971 : en jugeant qu'une loi sur les associations violait la liberté d'association, il a élevé le préambule de la Constitution de 1958, jusque-là dépourvu de toute valeur contraignante reconnue, au rang de norme opposable au législateur. Cette décision a transformé durablement l'étendue de son propre pouvoir de contrôle, sans qu'aucune révision constitutionnelle ne le lui ait demandé.

Un tel verrouillage juridique sert parfois l'intérêt général, lorsqu'il met des droits fondamentaux à l'abri des revirements d'une majorité de passage. Il devient dangereux lorsqu'une interprétation judiciaire fige une question collective hors de portée du débat démocratique normal. L'expérience américaine de l'avortement illustre ce risque avec précision. En 1973, la Cour suprême fonde dans l'arrêt *Roe v. Wade* un droit constitutionnel à l'avortement sur une lecture extensive du quatorzième amendement, retirant ainsi la question aux législatures des États pendant près de cinquante ans. Des juristes de tous horizons critiquent dès l'origine la fragilité de cet ancrage textuel. L'arrêt finit par être renversé en 2022 par la Cour suprême dans *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Le résultat net de cet épisode est un changement de politique publique majeur, décidé deux fois par neuf juges non élus et jamais par les représentants du peuple.

Le juriste français Édouard Lambert nomme ce phénomène dès 1921 dans son ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Il y montre comment la Cour suprême américaine, au nom d'une liberté contractuelle qu'aucun texte ne formulait en ces termes, annule pendant des décennies les lois sociales votées par les États pour limiter le temps de travail ou fixer un salaire minimum. L'exemple le plus cité de cette période reste l'arrêt *Lochner v. New York* de 1905, qui invalide une loi de l'État de New York limitant à soixante heures la semaine de travail des boulangers, au nom d'une liberté de contrat que la Cour fait découler du quatorzième amendement sans que le texte de celui-ci ne la formule. Le juge façonne ainsi le contenu réel de la loi à travers ses décisions successives, sans jamais légiférer formellement. Ce pouvoir devient problématique lorsqu'il remplace l'arbitrage normatif que la démocratie réserve au débat public, à la contestation et au vote.

Il faut ici distinguer deux usages très différents de l'interprétation judiciaire. Faire respecter un droit déjà inscrit dans le texte constitutionnel contre une loi qui le viole ouvertement relève pleinement du rôle du juge. La Cour suprême américaine l'a fait en 1954 dans l'arrêt *Brown v. Board of Education*, en jugeant que la ségrégation scolaire violait la garantie d'égalité de protection des lois déjà présente dans le quatorzième amendement, une garantie que plusieurs législatures locales refusaient d'appliquer. Inventer un droit nouveau à partir du silence d'un texte, comme dans *Roe v. Wade*, relève d'un exercice différent : il crée une règle plutôt que de faire respecter celle qui existe déjà. La confusion entre ces deux opérations alimente une grande partie des débats sur le gouvernement des juges.

Cette distinction résiste à une objection sérieuse. La Cour suprême avait elle-même validé la ségrégation en 1896 dans *Plessy v. Ferguson*, en s'appuyant sur ce même quatorzième amendement : *Brown* corrige donc une interprétation antérieure, tout comme *Roe* en invente une nouvelle. Le critère qui les sépare tient au degré d'écart entre le texte et la décision. *Brown* reste à l'intérieur des termes mêmes de la clause d'égalité de protection des lois, en reconnaissant que des écoles séparées selon la race ne sont jamais réellement égales. *Roe* construit un droit à l'avortement à partir d'une notion de liberté que le texte n'associe à aucun moment à cette question. L'écart entre le texte et la conclusion mesure le passage de l'application à la création du droit, davantage que la simple présence d'une interprétation.

La différence entre responsabilité politique et responsabilité judiciaire aggrave cette difficulté. Les électeurs sanctionnent un élu lors du scrutin suivant. Les juges constitutionnels bénéficient d'une indépendance garantie précisément pour les soustraire à ce type de pression, condition nécessaire à l'impartialité de leurs décisions. Cette absence de sanction démocratique directe impose en retour une retenue particulière dans l'exercice de l'interprétation constitutionnelle, faute de quoi le pouvoir judiciaire échappe à tout contrôle populaire alors même qu'il façonne le droit.

Certains systèmes constitutionnels ont prévu des soupapes pour préserver l'autorité finale des représentants élus sans renoncer au contrôle judiciaire. La Charte canadienne des droits et libertés de 1982 comporte à son article 33 une clause dérogatoire qui permet à un parlement de maintenir une loi en vigueur pendant cinq ans malgré une déclaration d'inconstitutionnalité, à condition de le faire ouvertement et de s'exposer au jugement des électeurs. Ce mécanisme, rarement utilisé et souvent contesté, garde au moins ouverte la possibilité d'un dernier mot démocratique, fixée à l'avance par la constitution elle-même et non improvisée après coup par un gouvernement mécontent d'une décision.

Le Québec en fait l'usage le plus net au pays. L'Assemblée nationale invoque cette clause par anticipation dès l'adoption, le 16 juin 2019, de la Loi sur la laïcité de l'État, puis à nouveau en 2022 dans la loi sur la langue française communément appelée loi 96. Dans les deux cas, le législateur soustrait sa loi au contrôle des tribunaux avant même qu'un juge ne se prononce, plutôt que d'attendre une déclaration d'inconstitutionnalité pour y répondre après coup. Les deux lois restent contestées devant les tribunaux, jusque devant la Cour suprême du Canada, qui n'a pas encore tranché la portée exacte de cette clause.

Cette dernière précision compte, car la critique du gouvernement des juges peut aussi servir des gouvernements qui cherchent à affaiblir des cours réellement indépendantes pour échapper à tout contrôle. La Pologne en offre un exemple bien documenté : les réformes votées en 2017 abaissent l'âge de retraite des juges de la Cour suprême et créent une chambre disciplinaire permettant de sanctionner les magistrats. La Cour de justice de l'Union européenne juge ces mesures contraires à l'indépendance judiciaire dans son arrêt du 5 novembre 2019, puis dans plusieurs décisions suivantes. Critiquer l'extension du pouvoir judiciaire au-delà du texte constitutionnel n'équivaut pas à justifier l'affaiblissement d'une cour qui applique fidèlement ce texte. La différence tient aux règles du jeu : des mécanismes de correction connus d'avance, comme la clause dérogatoire canadienne ou la révision constitutionnelle, protègent la démocratie ; des mesures qui visent les juges eux-mêmes après une décision qui déplaît au pouvoir en place l'affaiblissent.

Montesquieu, dans *De l'esprit des lois* publié en 1748, rattache la liberté politique à l'équilibre des pouvoirs plutôt qu'à la domination de l'un d'eux sur les autres. Cet équilibre demeure fragile. Il dépend de la conviction partagée que les règles fondamentales servent le bien commun et restent, en dernier ressort, sous le contrôle du peuple, par les élections, les référendums ou la révision constitutionnelle.

On objectera que la souveraineté populaire elle-même a permis les pires dérives, et que c'est précisément pour s'en protéger que certaines démocraties soustraient des principes entiers à toute révision future. La Loi fondamentale allemande de 1949 illustre ce choix : son article 79, alinéa 3, interdit de modifier par révision constitutionnelle la dignité humaine et les principes démocratiques fondamentaux, parce que l'expérience du nazisme avait montré qu'une majorité pouvait démanteler légalement les protections qui la limitaient. Cette clause d'éternité conforte l'argument développé ici plutôt que de le contredire. Ce sont les rédacteurs de la constitution, exerçant le pouvoir constituant au moment de fonder l'État, qui ont verrouillé ces principes. Aucun juge ne s'est arrogé ce pouvoir après coup par voie d'interprétation. Le verrouillage reste légitime lorsqu'il vient du peuple constituant lui-même ; il cesse de l'être lorsqu'un tribunal décide seul, sans mandat comparable, ce qui doit désormais échapper au débat démocratique.

La place du juge dans l'interprétation constitutionnelle devient décisive pour toute société qui revendique la maîtrise de son destin collectif. Pour une nation qui revendique son affirmation politique et, à terme, son indépendance, cette question engage des choix immédiats et concrets. La loi 21 et la loi 96 montrent qu'un Parlement national peut décider lui-même, à l'avance et publiquement, ce qui échappe au contrôle des tribunaux, plutôt que de laisser ce choix à neuf juges siégeant à Ottawa. Fonder un État exige de proclamer des droits et de définir tout aussi clairement qui tranche en dernier lieu lorsque ces droits entrent en conflit avec un choix démocratique. L'État de droit renforce la souveraineté populaire quand il l'encadre par des règles connues à l'avance. Il la fragilise quand l'interprétation cesse de servir de garde-fou pour devenir un pouvoir politique durable, exercé sans mandat populaire et soustrait à toute correction.

Louis-Martin Carrière