

Gouvernement des juges ou État de droit ? : un défi pour la démocratie¹

L'expression « gouvernement des juges » a été lancée, en 1921 par Edouard Lambert, professeur à l'Université de Lyon, pour dénoncer ce qu'il considère être une dérive réactionnaire aux Etats-Unis, consistant pour le juge à se placer au-dessus des lois, en luttant contre la législation sociale². C'est, selon l'auteur, la démocratie qui est menacée. Aujourd'hui, cette formule est à nouveau au cœur du débat juridique et politique, mais dans un contexte différent³. La contestation de la place occupée par les juges dans le système institutionnel et social, conduirait à lutter contre les progrès en matière de protection des droits de l'homme dont les juges sont les principaux agents. Aujourd'hui, comme hier, c'est la démocratie qui est au centre du débat. Mais elle a, en quelque sorte, changé de camp. Expression de la volonté du peuple ou de ses représentants, elle parlerait aujourd'hui par la bouche du juge. Un nouveau concept, ou plus exactement un concept dont la signification s'est également déplacée, fait irruption dans le débat, il s'agit de l'état de droit⁴. La référence à l'état de droit, tend à se substituer à l'invocation de la démocratie, ou plus exactement elle l'accompagne, dans un rapport qui n'est pas dénué d'ambiguïtés (cf. l'article 2 du Traité de l'union européenne). Nouveau principe directeur, correctif à la démocratie, nouveau nom de la démocratie ? la réponse est très incertaine, mais en toute hypothèse la démocratie ne se conçoit pas sans le respect de l'état de droit. Cette collation masque cependant un problème fondamental : l'expression démocratique peut porter atteinte à certaines exigences de l'état de droit et l'état de droit peut, en retour, exiger une limitation, voire une correction de l'expression démocratique. Le débat politique, que l'on assimile abusivement à une opposition entre progressistes et conservateurs,

¹ Ce texte constitue la version orale et abrégée d'une communication à la 35^{ème} réunion du GEDP à Legrena en septembre 2026, la version complète sera publiée à la REDP

² Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges, et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, préface de F. Moderne, rééd. Dalloz, 2005

³ C. Boutin, B. Daugeron, F. Rouvillois, s.d. *Contre le gouvernement des juges*, ed. Cerf, 2022

⁴ L'utilisation de la minuscule « état de droit » ne vise nullement à minimiser l'importance du concept, mais à respecter les prescriptions de l'Académie française

oppose ceux qui font prévaloir la volonté du peuple ou de ses représentants et ceux qui estiment que le dernier mot doit revenir au juge, protecteur et définitif de l'état de droit. Cette controverse n'est pas dépourvue de toute considération idéologique. Les défenseurs de la primauté du peuple sont dénoncés comme « populistes », ceux qui font prévaloir la parole du juge soutiendraient une forme d'oligarchie progressiste. A la volonté générale s'oppose les droits des individus et des minorités. A l'Etat, cadre nécessaire de la démocratie, s'oppose l'universalisme des droits fondamentaux.

Ainsi le débat, critique du « gouvernement des juges » contre défense de « l'état de droit », le second représentant en quelque sorte la face lumineuse du premier, fait souvent l'économie d'une véritable réflexion sur la place du juge dans une démocratie. Or c'est le juge qui est au centre de cette controverse.

Je ne reviendrai pas dans cette présentation orale sur le constat et l'analyse de la montée en puissance des juges ni sur celle de la nature d'un régime démocratique, je me bornerai à traiter de la manière dont la référence à l'état de droit conduit à mettre en exergue le facteur démultiplicateur de puissance et de légitimation du juge.

-L' « Etat de droit » comme justification à une forme de « gouvernement des juges »

L'état de droit occupe dans les ordres juridiques occidentaux une place prépondérante. Le support et le garant de l'état de droit est le juge, qu'il soit supranational (d'abord) ou national.

L'état de droit⁵ peut être défini de plusieurs manières. Très sommairement, il convient de considérer qu'il renvoie au respect par l'Etat des normes qu'il édicte.

⁵ L'usage d'une minuscule ne vise pas à relativiser l'importance du concept, mais il répond à une recommandation de l'Académie française, par ailleurs, comme le relève L. Heuschling dans sa thèse précitée « les deux termes « Etat » et « état de droit » peuvent cohabiter paisiblement car il va de soi que l'Etat, en produisant des lois, crée en son sein un état de droit », p. 380

C'est en ce sens une garantie pour les citoyens. De manière plus substantielle, il représente une garantie contre l'arbitraire. C'est sa fonction première et essentielle. En ce sens le juge est naturellement le protecteur de l'état de droit, qu'il veille au respect de la hiérarchie des normes ou garantisse la sécurité du citoyen, sa liberté individuelle.

Il implique ainsi, tant le respect des normes juridiques déterminées par le pouvoir politique qui exprime la volonté générale et, donc, censées exprimer l'intérêt général, que la protection des citoyens. C'est là l'une des premières contradictions qui traverse l'état de droit, elle exprime la tension entre les droits de l'individu et les intérêts de la collectivité nationale. Cette contradiction se retrouve dans la détermination de la fonction du juge qui n'est pas seulement, comme il est souvent déclaré, le protecteur des droits fondamentaux mais aussi le garant du respect de la loi (*lato sensu*).

Cette fonction du juge est traversée par d'autres courants contraires, alors que le juge européen, tout particulièrement celui chargé de garantir la Convention européenne des droits de l'homme, a pour mission de protéger l'individu contre les abus de l'Etat, à cette mission le juge national ajoute celle de garant de la volonté politique et de l'intérêt général dont la loi est l'expression. Il peut en résulter des conflits, ou tout du moins des différences d'approche, entre les juridictions appartenant à ces deux ordres juridiques.

Mais par un glissement progressif, l'état de droit a renvoyé à un catalogue de droits fondamentaux dont le juge est à la fois le prescripteur, le définitif et le garant. C'est en quelque sorte un retour à une forme de droit naturel qui, par la puissance du juge, peut s'imposer au droit positif écrit par le pouvoir politique⁶. Sur la base de ce « droit naturel », le juge peut décider. Comme le relève Sabino Cassese, de manière particulièrement révélatrice et sans faux semblants : « *je me*

⁶ Cf. M. Troper, *Commentaires*, 2022, n° 178

demande cependant s'il ne serait pas plus approprié démocratiquement de confier au juge les choix sur les questions générales parce que d'une certaine manière eux ne sont pas soumis aux pressions des groupes économiques ... le problème est de savoir s'il n'est pas plus démocratique de confier ce type de choix au juge plutôt qu'à une majorité politique, j'opterais pour les juges »⁷

La référence à l'état de droit renvoie en réalité à l'équilibre qui doit exister entre le fondement du pouvoir, son caractère démocratique, et l'exercice du pouvoir, son caractère libéral. Une conception de l'état de droit toute orientée vers la protection de l'individu est susceptible de créer un déséquilibre en laissant une portion congrue à l'espace réservé à l'expression politique. Elle peut se traduire par un conflit entre le juge et le politique⁸. En témoigne, de manière exacerbée mais plus largement révélatrice, le fait que dans les systèmes illibéraux ou autoritaires, alors même que le pouvoir politique repose sur une légitimité démocratique, la justice devient l'une des cibles de ce pouvoir, jusqu'à remettre en cause son indépendance qui constitue l'une des garanties essentielles de l'état de droit.

L'état de droit, faisant l'objet d'une formulation très générale dans les textes qui le consacrent devient une sorte de « concept valise » renvoyant à des exigences de plus en plus contraignantes et couvrant des champs de plus en plus larges dans l'espace politique et social.

Ainsi dans un rapport de soixante et une pages, la Commission de Venise a, en 2025, actualisé les critères de l'Etat de droit⁹. C'est un texte de référence dont la révision témoigne de l'extension du concept.

Pour traiter de ces questions, il convient d'abord de relever que le caractère libéral du régime institue le juge comme un garant. Dans un second temps, nous

⁷ *Le juge dans la société contemporaine*, précité, p. 58

⁸ Cf B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, Lextenso, 2015

⁹ CDL AD (2025) 002

aborderons la question du rôle du juge dans la détermination de ce qui relève de l'état de droit, avant de relever que le juge peut aussi, au nom de l'état de droit, agir comme militant. Enfin sera abordée une question tout à fait particulière mais symptomatique des limites de l'état de droit : la question du rétablissement de l'état de droit dans des systèmes institutionnels considérés comme y ayant porté atteinte.

1-le juge garant de l'état de droit

Dans un système de démocratie libérale, l'état de droit relève du caractère libéral du régime. Il renvoie à l'exercice du pouvoir et, plus exactement, à sa limitation au regard des droits des citoyens et, notamment, sa sécurité et sa liberté.

Le juge a comme mission première d'assurer le respect de cette exigence en veillant au respect de la hiérarchie des normes et en protégeant le citoyen contre l'arbitraire. Il a également pour mission, dans ce cadre, de garantir le droit du justiciable à un procès équitable, condition première du respect de la légalité, qui n'est pas non plus sans lien avec une forme *d'habeas corpus*¹⁰.

Au niveau national, l'état de droit représente à la fois le respect des normes fixées par le pouvoir politique et une garantie contre l'arbitraire. Il intègre la protection de la collectivité nationale dont l'Etat a la charge. Au niveau international, il représente une protection de l'individu contre l'Etat, les intérêts de ce dernier ne peuvent, au mieux, que représenter un effet correcteur. En effet les cours européennes ne s'intéressent pas à l'Etat et à ses intérêts mais à l'individu. Il s'agit en quelque sorte d'un état de droit sans l'Etat. La perspective est différente, ce qui explique que la conception de l'état de droit véhiculée par ces juridictions conduise à un élargissement du concept qui tend à englober tous les droits que les individus ou les groupes, les minorités notamment, peuvent opposer à l'Etat.

¹⁰ Cf. Ninon Mathieu, *L'habeas corpus*, LGDJ, 2025

Les cours européennes se placent en surplomb des considérations étatiques. La Cour européenne des droits de l'homme fonde sa légitimité sur la protection des droits des individus, la Cour de justice de l'Union européenne, dont les compétences sont d'abord économiques, s'est également installée dans le champ de la protection des libertés individuelles, s'appuyant notamment sur l'article 2 du traité européen, on y reviendra, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme manifeste une conception selon laquelle les droits individuels, tout du moins certains d'entre eux, prévalent sur la protection des intérêts vitaux de la collectivité nationale (CEDH 30 août 2022, C.c. France n° 49857/20).

Il n'en, ne reste pas moins que le juge national, sous couvert de l'état de droit, est aussi le garant du bon fonctionnement de la démocratie, au travers, notamment du contrôle des élections, ou des opérations référendaires et du respect des procédures législatives, à ce titre il veille à la correction de l'expression de la volonté du peuple ou de ses représentants. Il est également le garant du respect de la volonté des autorités légitimes. En ce sens, si le juge n'est pas une institution démocratique, au sens premier du terme, c'est une institution nécessaire à la démocratie.

2-le juge définitif et prescripteur de l'état de droit

La Cour de justice de l'Union européenne affirme dans un avis 2/13 du 18 décembre 2014 que le système juridique européen repose sur les prémices fondamentales sur lesquelles chaque Etat membre partage avec tous les autres une série de valeurs sur lesquelles l'union est fondée. Ces prémices impliquent et justifient l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre.

Parmi les valeurs de l'Union, le concept d'état de droit, concept valise, joue désormais, un rôle stratégique d'élargissement des compétences de l'Union et d'uniformisation des droits nationaux hors du champ des compétences de l'Union.

Dans sa décision du 16 février 2022 (C-175/21) la Cour de justice de l'Union européenne rejette le recours de la Pologne et de la Hongrie contre un mécanisme de sanction qui habilite la Commission à suspendre les aides aux pays-membres ne respectant pas les « valeurs de l'Union ».

Parmi ces valeurs, l'état de droit occupe, selon la Cour, une place prééminente. Pour vérifier si les exigences de l'état de droit sont respectées, la Cour prend en considération des références très nombreuses et de nature très variée¹¹, se laissant ainsi une très large marge d'appréciation. On relèvera que cette démarche illustre de manière topique comment le juge peut se forger son propre système de référence normatif.

Ainsi, l'état de droit n'est que le nom générique de l'ensemble des valeurs inscrites dans le traité et son respect, comme sa mise en œuvre, sont un fondement à l'intervention des institutions européennes et au contrôle de la juridiction européenne.

De manière substantielle, cette référence à l'état de droit permet à l'Union européenne, par l'action fédératrice de la Cour¹², d'étendre ses compétences au nom du respect des droits fondamentaux. Cette extension s'opère de manière spectaculaire dans des décisions récentes. Ainsi la Cour a, notamment, imposé

¹¹ « des informations pertinentes provenant de sources disponibles et d'institutions reconnues, parmi lesquelles les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, les rapports de la Cour des comptes, le rapport annuel de la Commission sur l'État de droit et le tableau de bord de la justice dans l'[Union], les rapports de l'[OLAF] et du Parquet européen, le cas échéant, ainsi que les conclusions et recommandations formulées par les organisations et réseaux internationaux pertinents, y compris les organes du Conseil de l'Europe, tels que le Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe et la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), en particulier sa liste des critères de l'État de droit, le réseau européen des présidents des cours suprêmes judiciaires et le réseau européen des conseils de la justice. La Commission pourrait, au besoin, consulter l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Commission de Venise afin de préparer une évaluation qualitative approfondie ».

¹² B. Mathieu, Europe : l'Union fait la force... dans le respect de la diversité, précité

aux Etats membres de reconnaître : le changement d'état civil opéré dans un autre Etat (CJUE, 14 octobre 2008, C-353/06) ; la filiation à l'égard de parents de même sexe (CJUE, 14 décembre 2021) C-490/20) ; le mariage entre personnes de même sexe, alors même que leur législation nationale ne le permet pas (CJUE, 25 novembre 2025, C 713/23) ; l'identité de genre (CJUE, 12 mars 2026, C-43/24). La Cour intervient directement, par le biais d'obligation positives, dans le droit de la famille et des personnes propre à chaque Etat. C'est-à-dire, dans un domaine, l'état civil, réservé à la compétence des Etats membres¹³ et sur des questions qui ne sont pas consensuelles. Cette extension, *ultra vires*, des compétences de l'Union a pour seul fondement la protection des droits fondamentaux tel que définis par la Cour, alors même que ces droits ne devraient produire effet que dans le cadre des compétences reconnues à l'Union. De manière plus précise, dans sa décision du 21 avril 2026 Commission / Hongrie (AC-769/22) concernant une législation hongroise relative à la protection des mineurs s'agissant des questions de changement de sexe et d'homosexualité, la Cour de justice de l'Union européenne, après avoir fondé sa compétence sur le principe de libre circulation dans différentes déclinaisons inscrites dans des directives, écarte, au nom de la protection des valeurs de l'Union, toutes les limitations à ce principe permises aux Etats par le Traité, puis sanctionne directement une violation de ces valeurs. Ainsi la référence aux valeurs de l'Union, notamment celles inscrites à l'article 2 TFUE, permet d'écarter les réserves de compétences des Etats et de sanctionner au fond les mesures prises dans ce qui pouvait relever de ces compétences nationales. Dans un deuxième temps, la Cour retient une conception particulièrement extensive des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, surtout, étend très largement le caractère, autonome des dispositions de l'article 2 du TUE. Elle estime notamment que la marge de manœuvre des Etats résultant de leur identité nationale doit s'apprécier dans le

¹³ Cf. E. Pataut, Le Club des juristes, 23 mars 2026 (<https://www.leclubdesjuristes.com/international/identite-de-genre-la-justice-europeenne-oblige-les-etats-a-reconnaitre-le-changement-detat-civil-15036/>)

cadre du respect des exigences inscrites dans cet article, Ce raisonnement et les conséquences qui en sont tirées modifient en profondeur la logique de la construction européenne, d'une part, en limitant drastiquement les réserves tenant à l'identité nationale des Etats et aux ordres public nationaux, d'autre part en conférant au juge européen, gardien de ces valeurs, une fonction normative considérable.

3-Le juge « militant » de l'état de droit

Certains juges tendent aujourd'hui à devenir des « militants » de l'état de droit. Cette position s'appuie sur la notion de démocratie militante telle qu'elle a été développée dans la doctrine allemande après la seconde guerre mondiale. En effet dans une décision rendue en 1956 et portant sur l'interdiction du parti communiste allemand, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que la nouvelle démocratie allemande ne pouvait plus être neutre et passive à l'égard de ses ennemis politiques¹⁴. Le retour de démocraties illibérales ou autoritaires et le climat géopolitique, ainsi que les interventions étrangères dans les processus démocratiques, ont relancé la portée du concept. Il est explicitement mentionné dans certains avis de la Commission de Venise¹⁵. En ce sens, le Conseil consultatif de juges européens (dont les avis sont souvent repris par les instances du Conseil de l'Europe, y compris la Cour) souligne que chaque fois que la démocratie, la séparation des pouvoirs ou l'Etat de droit sont menacés, tout juge a l'obligation de s'exprimer pour défendre l'indépendance de la justice et l'ordre constitutionnel - y compris sur des questions politiquement sensibles ¹⁶.

Les décisions successives rendues par la Cour constitutionnelle roumaine, à l'occasion des élections présidentielles de 2024-2025, ont prononcé, successivement, l'annulation des élections, puis l'interdiction faite au candidat

¹⁴ A. Berthout, l'Etat de droit face à la démocratie militante

¹⁵Rapport sur la liberté d'expression, l'interdiction des discours de haine et la promotion du pluralisme dans le contexte des campagnes électorales (CDL 2026-008)

¹⁶ [Avis n° 25 \(2022\)](#) sur la liberté d'expression des juges

ayant gagné l'élection annulée de se représenter et, enfin, la validation très rapide des résultats des nouvelles élections. Elles s'inscrivent parfaitement dans cette logique¹⁷. Plus clairement encore, à l'occasion d'un colloque (Chisinau, 2025) la présidente de la Cour constitutionnelle moldave a soutenu l'idée selon laquelle les cours constitutionnelles n'ont plus seulement pour mission de vérifier la conformité des lois à la Constitution mais aussi celle de défendre les valeurs de la démocratie.

Cette référence à la « démocratie militante » permet au juge de limiter la portée de certains droits fondamentaux. C'est sur ce fondement que s'appuie la Commission de Venise pour justifier de nombreuses limitations à la liberté d'expression, voire un encadrement du débat politique dans son Rapport de 2026 sur la liberté d'expression¹⁸. Ainsi le juge, usant de l'outil de la proportionnalité, pourra limiter certaines libertés au regard de principes dont il est en quelque sorte définitif, à savoir la protection de la démocratie et de l'état de droit... ou tout du moins de l'idée qu'il s'en fait.

On relèvera que, si le juge se reconnaît ainsi la mission de sauvegarder l'ordre constitutionnel démocratique, il se substitue, ce point de vue, au pouvoir politique dont l'outil est le principe de souveraineté.

De manière plus générale, comme le relève R. Badinter « *l'Etat de droit assure ainsi aux juges et notamment aux juges constitutionnels une prééminence fonctionnelle sur les autres pouvoirs ... Dans la mesure où le juge européen comme le juge constitutionnel est amené à dire le droit à partir de textes de principe de valeur juridique supérieure et à la portée très générale notamment en matière de droits de l'homme il devient le garant l'interprète et même le créateur de ses principes il assume dès lors un véritable pontificat laïc au sein de la société démocratique* »¹⁹

¹⁷ Cf. l'analyse de Julien Jeanneney, Le crépuscule de la candeur, la Cour constitutionnelle roumaine en première ligne, *RFDA*, 2025, n°3 p. 563

¹⁸ Rapport sur la liberté d'expression, l'interdiction des discours de haine et la promotion du pluralisme dans le contexte des campagnes électorales CDL-AD(2026)008

¹⁹ Cf *Le juge dans la société contemporaine*, précité, p. 11 et 12

4-Le juge obstacle au rétablissement de l'état de droit

Dans ce contexte, le conflit, entre un pouvoir politique cherchant à se dégager de ce qu'il considère être un « carcan » tant institutionnel que substantiel et les institutions et les juridictions garantes de l'état de droit, rencontre une certaine probabilité. L'Etat de droit est alors considéré comme un obstacle à l'expression démocratique du peuple telle que l'expriment (ou estiment l'exprimer) ses représentants, ou telle qu'il peut l'exprimer directement par la voie référendaire. La tentation est alors forte de remettre en cause l'indépendance de la justice, ce qui est d'ailleurs le marqueur des Etats qui assument une certaine rupture avec le libéralisme, en défendant le primat de la politique sur l'état de droit.

Mais contrairement aux régimes réellement despotiques, la situation politique peut se retourner. S'appuyant alors sur les condamnations portées au nom de l'état de droit par les juridictions européennes, le nouveau pouvoir politique peut souhaiter recréer les conditions d'une véritable indépendance de la justice. Mais pour ce faire, il peut estimer qu'un rétablissement progressif de l'état de droit ne satisfait pas ses ambitions en ce qu'il ne crée pas immédiatement les conditions satisfaisant les exigences de l'état de droit et, implicitement, ne lui permet pas de mener sa politique. Il peut alors faire valoir la nécessité de renverser des institutions judiciaires et de renvoyer des juges qu'il estime inféodés au pouvoir politique précédent, ou susceptibles de l'être. Une telle procédure est alors susceptible de mettre en cause les critères essentiels de l'état de droit, à savoir l'indépendance de la justice, la sécurité juridique et le droit au recours.

C'est la question sur laquelle la Commission de Venise a eu l'occasion de se pencher à propos de divers projets défendus par le nouveau gouvernement polonais et la question ressurgit à la suite du changement politique issu des élections hongroises de 2026. Si elle a condamné une remise en cause substantielle du droit au recours des juges limogés, elle a accepté cependant des

limitations importantes à ce même droit ... qui est pourtant l'un des principes cardinaux de l'état de droit²⁰.

In fine la question qui se pose est de savoir si les mesures prises en vue de remédier à la violation constatée de l'état de droit pouvaient violer des principes ... inhérents à l'état de droit.

En réalité, aucune solution n'est véritablement satisfaisante.

-La question du « dernier mot » dans une démocratie

En réalité la question du « gouvernement des juges » ne se pose réellement que si le juge a « le dernier mot ». Tant sur le plan international que national, la question du « dernier mot » renvoie au principe de souveraineté. Or il ne peut y avoir de démocratie, entendue comme un système reposant sur la volonté du peuple, directement ou par ses représentants, que dans un système ordonné par le principe de souveraineté, ce qui explique que, si l'Union européenne peut intégrer des éléments relevant de la démocratie dans son fonctionnement, elle ne peut être, intrinsèquement, considérée comme un ordre juridique démocratique.

Si l'on admet que dans une démocratie libérale, le juge a toute sa place comme garant, il convient de réfléchir à des réformes qui rééquilibrent les relations entre l'exigence démocratique et l'exigence libérale, entre le politique et le juge²¹.

Il s'agit de rétablir le pouvoir politique dans ses prérogatives.

Le déséquilibre entre les pouvoirs des politiques, qui s'affaiblissent, et ceux des juges qui se renforcent, participe de la crise, largement renseignée et partagée, de la

²⁰ Cf. avis conjoint urgent de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits humains et de l'Etat de droit du Conseil de l'Europe sur le projet de loi modifiant la loi sur le Conseil national de la magistrature cdl-ad(2024)018, avis sur les projets d'amendements constitutionnels concernant le tribunal constitutionnel et deux lois relatives au tribunal constitutionnel cdl(2024)039 et avis urgent de 2026 sur la loi polonaise relative au rétablissement du droit à un procès équitable

²¹ Cf. B. Mathieu, *Law versus Democracy ?*, European Public Law series, vol CXXVII, EPLO, 2023

démocratie libérale²². Cette crise pose en fait la question de l'équilibre entre la faculté d'agir du pouvoir politique, soit dans son expression représentative, soit dans son expression directe, et les exigences liées à l'état de droit, à savoir, pour l'essentiel, la sûreté, la sécurité juridique, et la garantie des droits apportée par l'existence d'un contrôle juridictionnel efficace. Le juge ne peut vouloir à la place du politique.

Plusieurs pistes peuvent être tracées, j'y fait référence dans la version écrite de cette étude, elles présentent un certain nombre d'avantages et de risques qu'il s'agit de mesurer, elles méritent cependant de s'inscrire dans le débat institutionnel et, au-delà, dans le débat public.

Conclusion

Au-delà de ces questions intéressant les rapports entre le juge et le politique, se pose la question de la place du droit dans la société²³. Alors que le droit n'est que l'expression des cadres et des références qu'une société se donne à elle-même, les juristes, et en particulier les juges, donnent l'impression de vouloir forger une société à l'image de la conception qu'ils s'en font.

Comme le déclare, avec beaucoup de lucidité, Soljenitsyne, lors de son discours à Harvard en juin 1978²⁴ : « *Une société où il n'existe pas de balance juridique impartiale est une société horrible, mais une société qui ne possède en tout et pour tout qu'une balance juridique n'est pas elle non plus vraiment, digne de l'homme... Lorsque toute la vie est pénétrée de rapports juridiques, il se crée une atmosphère de médiocrité morale qui asphyxie les meilleurs élans de l'homme. Et face aux épreuves du siècle qui menace, jamais les béquilles juridiques ne suffiront à maintenir les gens debout... A partir d'un certain niveau de problème,*

²² Cf. B. Mathieu et G. Katrougalos (ed.), *The Crisis of Liberal Democracy / La Crise de la Démocratie Libérale: Diagnostics and Therapies / Diagnostics et Therapies*, Intersentia, 2023

²³ B. Mathieu, *Law Versus democracy*, précité

²⁴ *Le Déclin du courage*, Les Belles Lettres, 2023, p. 29 et 46

la pensée juridique pétrifie, elle empêche de voir les dimensions et le sens des événements ».

Si le droit, et l'intervention du juge qui en est le garant, sont absolument nécessaires face aux crises de tout ordre auxquelles nous devons faire face, c'est une illusion de croire que le droit et l'intervention du juge sont aptes à résoudre ces crises. Ils ont pour seule, mais importante, mission, de veiller au respect des décisions prises et des règles posées. Le juge est le garant de la démocratie et de l'état de droit, il ne peut être celui qui l'engendre ou le définit.

Plus encore, l'« *hubris* » des juges constitue un danger pour l'état de droit et pour la démocratie en ce qu'il tend à faire prévaloir l'un sur l'autre. En effet, aujourd'hui s'opposent de manière frontale deux conceptions de la démocratie, sans qu'un consensus puisse être trouvé. L'une fondée sur la totipotence du peuple, directement ou au travers de ses représentants, réduisant la démocratie au processus électoral, au risque de priver de garanties le déroulement même de ce processus. L'autre défendant un « *totem* », celui de l'état de droit, vérité révélée par le juge qui doit soumettre le peuple à ses verdicts et ordonner la société selon la conception qu'il s'en fait.

Comme le relève, M. Gauchet « *« l'idéal libéral tend à devenir antidémocratique, ce qui suscite une remobilisation de l'idéal démocratique qui tend à le rendre illibéral »*. Dit autrement : l'État de droit jouerait contre la démocratie qui n'aurait tort pour subsister que de devenir «illibérale»²⁵.

En effet, les mouvements dits populistes qui se développent dans les démocraties occidentales sont susceptibles, non seulement, de remettre les juges à la place qui

²⁵ *Le nœud démocratique. Aux origines de la crise néolibérale*, Gallimard, 2024, p. 10 cf. en ce sens, l'analyse de C. Jamin *Etat de droit, Etat fragile*, JCP, 2026, p. 343

doit être la leur, mais encore, de les soumettre au pouvoir politique, les privant ainsi de leur fonction essentielle de garant, c'est-à-dire de tiers impartial

En effet, un excessif empiétement de la justice sur le politique peut conduire, en retour, à une volonté du pouvoir politique d'affaiblir la justice (dont on voit, ou on a vu, les manifestations en Pologne, en Hongrie ou aux Etats-Unis). Si cette politique vise à remettre dans son lit la compétence juridictionnelle, elle peut se justifier, si elle menace l'indépendance des juges, elle fragilise la démocratie, un juge dépendant du pouvoir politique n'étant plus le garant de son bon fonctionnement. En toute hypothèse, il convient de trancher ce nœud gordien, sauf à ce que, selon la prédiction prêtée à François Mitterrand, la justice emporte la démocratie comme elle a emporté la monarchie, ou qu'un pouvoir autoritaire détruise les garanties qui résultent d'une justice indépendante.

Par ailleurs, le caractère de plus en plus idéologiques et spécifiques à l'Occident, ou à une partie de celui-ci, de certaines des composantes de l'état de droit, est susceptible d'entraîner dans leur rejet, celui de la démocratie elle-même.

En réalité, alors que les juristes vaticinent sur des questions qui ne sont pas éloignées du débat sur le « sexe des anges » qui prospérait à Byzance, alors que les turcs étaient aux portes de la ville, les controverses entre « démocrates de stricte obédience » et « sectaires de l'état de droit » affaiblissent la démocratie libérale elle-même et masquent les véritables dangers. Parmi ces dangers, la montée en puissance de régimes et d'idéologies autoritaires, impériaux ou théocratiques et de certaines conceptions néo-réactionnaires qui prospèrent aux Etats-Unis et qui accompagnent la formidable révolution technologique en cours. Ces dernières tendent à une remise en cause radiale de la démocratie, à destruction du politique et s'incarnent dans le fantasme d'un post politique qui verrait l'émergence d'une humanité nouvelle²⁶.

²⁶ A Miranda, *Les lumières sombres, comprendre la pensée néoréactionnaire*, Gallimard, 2026

Bertrand MATHIEU

Professeur émérite de l'Université Paris1 Panthéon-Sorbonne

Ancien Conseiller d'Etat (s.e.)

