

POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LA JUSTICE
REGARDS CRITIQUES

N° 178

TOUS DROITS DE REPRODUCTION ET DE REPRESENTATION STRICTEMENT RESERVES A L'EDITEUR

TOUS DROITS DE REPRODUCTION ET DE REPRESENTATION STRICTEMENT RESERVES A L'EDITEUR

PRIX GUY-CARCASSONNE
« *LE MONDE – POUVOIRS – CLUB DES JURISTES* »
DU MEILLEUR ARTICLE CONSTITUTIONNEL

Guy Carcassonne, constitutionnaliste reconnu, eut une vraie passion, celle de l'Université, et un engagement, celui de partager son enseignement avec ses étudiants.

En sa mémoire, le prix Guy-Carcassonne récompense chaque année l'auteur de moins de 40 ans d'un article inédit de cinq mille signes portant sur une question constitutionnelle, *lato sensu*, liée à l'actualité française ou étrangère. Cet article doit aider à faire comprendre au plus grand nombre les enjeux juridiques, politiques et sociaux posés par cette question constitutionnelle.

Le prix Guy-Carcassonne sera décerné pour la huitième fois en juin 2022. Les candidats devront adresser leur article entre le 1^{er} novembre et le 31 décembre à l'adresse e-mail dédiée au prix :

prixguycarcassonne@leclubdesjuristes.com

Le jury du prix sera constitué de membres de la revue *Pouvoirs*, du Club des juristes et de la rédaction du journal *Le Monde*, ainsi que de deux professeurs de droit public ou science politique étrangers.

Le lauréat, outre un prix de 1 500 euros, verra son article publié dans le journal *Le Monde* et sur les sites internet de la revue *Pouvoirs* et du Club des juristes.

Pour concourir et obtenir le règlement du prix, consulter :

LeClubdesJuristes.com

Revue-Pouvoirs.fr

S O M M A I R E

ARNAUD LE PILLOUER « Ceci n'est pas un pouvoir » Le débat autour de la place de l'autorité judiciaire en France	7
GUY CANIVET Indépendance, vous avez dit indépendance ? Questions sur une valeur essentielle de la justice	21
WANDA MASTOR Énième retour sur la critique du « gouvernement des juges » Pour en finir avec le mythe	37
BERTRAND MATHIEU Une justice politisée ?	51
ARNAUD PHILIPPE La déformation des juges	63
MATHIEU SOULA Irresponsables magistrats ?	75
DENIS SALAS Justice et médias, duo ou duel ?	87
FRÉDÉRIC ROUVIÈRE La justice prédictive: peut-on réduire le droit en algorithmes ?	97
AURÉLIA SCHAFF La justice fragmentée	109

S O M M A I R E

MATTHIEU GAYE-PALETES Entre justice privée et justice étatique : Facebook et le <i>legalwashing</i> de sa « cour suprême »	119
NICOLE BELLOUBET Ministre de la Justice, un oxymore ?	131
CHRONIQUES	
« LETTRE D'ISRAËL » PHILIPPE VELILLA Les élections israéliennes du 23 mars 2021 : Bibi, c'est fini	149
REPÈRES ÉTRANGERS	
(1 ^{er} janvier – 31 mars 2021) PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE LAGEOT	155
CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE	
(1 ^{er} janvier – 31 mars 2021) JEAN GICQUEL ET JEAN-ÉRIC GICQUEL	165
Summaries	195

LA JUSTICE EST ÉTUDIÉE PAR

NICOLE BELLOUBET, professeure des universités en droit public, ancienne membre du Conseil constitutionnel, garde des Sceaux, ministre de la Justice, de 2017 à 2020.

GUY CANIVET, magistrat de l'ordre judiciaire, ancien membre du Conseil constitutionnel, premier président de la Cour de cassation de 1999 à 2007.

MATTHIEU GAYE-PALETTES, ATER à l'IEP de Toulouse, doctorant au sein du Centre d'excellence Jean-Monnet (IRDEIC) à l'université Toulouse 1 Capitole, où il réalise une thèse en théorie et épistémologie juridique (matthieu.gaye-palettes@ut-capitole.fr).

ARNAUD LE PILLOUER, professeur de droit public à l'université Paris-Nanterre, directeur de l'équipe ThéorHis du Centre de théorie et analyse du droit (UMR 7074). Il a signé *Les Pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant* (Dalloz, 2005).

6

WANDA MASTOR, professeure agrégée de droit public à l'université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IRDEIC, au sein duquel elle dirige le Centre de droit comparé. Spécialiste de droit constitutionnel, elle a récemment publié *L'Art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger* (Dalloz, 2020).

BERTRAND MATHIEU, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, conseiller d'État en service extraordinaire, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature. Il est notamment l'auteur de *Justice et politique : la déchirure ?* (Lextenso, 2015).

ARNAUD PHILIPPE, normalien, docteur en économie, enseignant-chercheur à l'université de Bristol (Royaume-Uni). Ses travaux portent principalement sur la justice pénale, les médias et les discriminations (arnaud.philippe@bristol.ac.uk).

FRÉDÉRIC ROUVIÈRE, professeur agrégé à l'université d'Aix-Marseille, où il dirige le Laboratoire de théorie du droit. Ses recherches portent sur les concepts du droit civil et leur interaction avec les théories de l'argumentation et du raisonnement juridique (frederic.rouvriere@univ-amu.fr).

DENIS SALAS, président de l'Association française pour l'histoire de la justice, directeur de la revue *Les Cahiers de la justice*.

AURÉLIA SCHAFF, normalienne, magistrate de l'ordre judiciaire (aurelia.schaff@gmail.com).

MATHIEU SOULA, professeur d'histoire du droit à l'université Paris-Nanterre (CHAD). Ses thèmes de recherches portent sur l'histoire contemporaine de la justice et de la pénalité.

BERTRAND MATHIEU

UNE JUSTICE POLITISÉE ?

Incontestablement, la question des rapports entre la justice et les politiques comme entre les juges et la politique alimente les chroniques des journaux, suscite la publication d'ouvrages souvent destinés à un large public et, bien au-delà des frontières nationales, nourrit les travaux d'organisations supranationales, comme la Commission de Venise du Conseil de l'Europe. Les analyses polémiques, c'est-à-dire dénonçant le gouvernement des juges¹ ou au contraire l'asservissement des juges au politique, ou convenues, c'est-à-dire récitant le mantra de l'indépendance de la justice, font pour la plupart l'économie d'une réflexion sur la place du juge dans le système politique mixte, démocratique et libéral, qui est le nôtre.

51

Si la question n'est pas nouvelle, elle prend une dimension particulière dans un contexte marqué par l'affaiblissement du pouvoir politique et le renforcement considérable du pouvoir des juges. Cette montée en puissance du « pouvoir juridictionnel » tient, en premier lieu, à la prégnance d'une conception de l'État de droit qui s'appuie essentiellement sur une vision individualiste des droits et libertés fondamentaux dont le juge est, à la fois, le garant et l'interprète. Le second facteur renvoie à la pénalisation de la vie sociale et politique. Il en est ainsi de la pénalisation de certains comportements relevant jusqu'alors de la vie privée, de la liberté d'expression ou des relations de travail. Il en est ainsi également, et surtout, de la manière dont la responsabilité pénale des élus ou des dirigeants politiques en vient à se substituer à leur responsabilité politique.

L'appréciation de ce phénomène de politisation de la justice doit alors s'opérer, essentiellement, de deux points de vue. Le premier tend à se

1. Voir, *supra*, Wanda Mastor, « Énième retour sur la critique du "gouvernement des juges". Pour en finir avec le mythe », p. 37-50.

prononcer sur la fonction du juge. Soit l'on considère que celui-ci a pour mission de participer aux transformations de la société, ce qui est une fonction éminemment politique, mais survient alors immédiatement la question de sa légitimité. Soit l'on considère qu'il joue le rôle d'un tiers impartial dans le règlement des litiges, et c'est alors cette impartialité qui, dans une logique plus libérale que démocratique, fonde sa légitimité. Le second point de vue relève de l'organisation des pouvoirs².

S'il est communément admis que le pouvoir politique ne doit pas s'immiscer dans l'exercice de la justice, la question de savoir jusqu'où la justice peut s'immiscer dans l'exercice de la fonction politique est moins explorée.

52 Les deux questions ne sont pas étrangères l'une à l'autre tout en étant distinctes, la première relevant de la fonction du juge, la seconde de l'organisation des pouvoirs. Elles ont en outre un effet cumulatif : l'engagement politique personnel de certains juges rend d'autant plus suspectes les interventions institutionnelles de la justice dans les affaires liées à la politique. Ces deux phénomènes n'ont pas la même intensité. Bien que l'engagement politique public ne soit probablement le fait que d'une minorité de juges, cette dernière jette de manière générale le soupçon sur l'intervention de la justice dans le champ politique, intervention qui constitue, pour sa part, un phénomène de grande ampleur.

DES JUGES POLITIQUEMENT ENGAGÉS

En France, le mouvement syndical de magistrats a été initié en 1968 par la création du Syndicat de la magistrature. Une association de magistrats existait auparavant, qui se transformera en 1974 en Union syndicale de la magistrature. Aujourd'hui, le paysage syndical est le suivant : un syndicat largement majoritaire dont l'orientation corporatiste est clairement assumée, mais qui n'hésite pas à prendre parti dans certains débats publics, tout en affichant une ligne modérée – l'« USM » ; un syndicat clairement engagé à gauche et qui revendique cet engagement dans le débat politique – le « SM ». Ils sont les seuls à être représentés au sein du Conseil supérieur de la magistrature. De manière plus marginale, on trouve un syndicat de magistrats Force ouvrière, s'inscrivant dans une logique qui n'est pas propre à la magistrature, et un syndicat classé à droite, créé en réaction à l'engagement politique du Syndicat de la

2. Sur la justice en tant que pouvoir, voir, *supra*, Arnaud Le Pillouer, « Ceci n'est pas un pouvoir ». Le débat autour de la place de l'autorité judiciaire en France », p. 7-20.

magistrature, l'Association professionnelle des magistrats, qui, symboliquement, ne renvoie pas dans sa raison sociale au mot « syndicat ». Le taux de syndicalisation dans la magistrature est assez élevé³.

Ce n'est pas faire procès au Syndicat de la magistrature que de dire qu'il se revendique d'une justice politisée. Depuis sa fondation, ses représentants assument un engagement social et politique en faveur de ceux qu'ils considèrent comme les plus défavorisés, donc une forme de partialité. On peut rappeler ici la célèbre tirade d'Oswald Baudot, substitut du procureur de la République à Marseille et membre du syndicat en 1974 : « Ayez un préjugé favorable pour la femme et pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurances de l'écraseur, pour le malade contre la sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice » – d'ailleurs reprise en mai 2013 par des auditeurs dans une « tribune des “jeunes cons” du Syndicat de la magistrature ».

53

Comme le déclare en 2014 la présidente de ce syndicat : « Le juge “neutre” n'existe pas et c'est tant mieux. Il n'est pas un être désincarné, il pense et a des opinions personnelles. Entre la loi et le cas particulier, il y a un espace rempli par le juge avec ses valeurs, ses convictions, sa personne⁴. » On ne peut passer ici sous silence l'affaire dite du mur des cons, qui manifeste le mépris d'un syndicat de magistrats pour un certain nombre de personnalités politiques, civiles et... judiciaires. On pourrait n'y voir qu'une blague de potaches s'il ne s'agissait de la magistrature et des positions par ailleurs défendues par le syndicat. Le refus du Conseil supérieur de la magistrature, saisi par le garde des Sceaux, d'en traiter est révélateur d'une volonté de ne pas aborder le problème de front⁵. Plus graves, les prises de position syndicales contre des gouvernements démocratiquement élus et contre des lois que les juges ont pour mission d'appliquer traduisent l'idée selon laquelle la fonction de la justice est d'adapter le droit aux évolutions de la société.

Ce choix politique conduit nécessairement les magistrats, non seulement à rendre une justice « partielle », mais aussi à s'engager aux côtés des partis politiques, en l'espèce, pour le Syndicat de la magistrature, à passer de l'opposition frontale aux régimes de droite à l'alliance avec les pouvoirs de gauche. À l'inverse, comme le relève Jean-Claude Magendie, « l'on

3. Près de 50 % des magistrats, contre environ 19 % dans la fonction publique et 8 % dans le secteur privé.

4. Françoise Martres, « La place des syndicats dans la magistrature » (débat avec Éric Ciotti et Christophe Régnard), *Constitutions*, n° 2, 2014, p. 159.

5. Cf. Bertrand Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2015.

54 assista, en 1981, à la promotion de nombreux syndiqués dans les allées du pouvoir et dans la hiérarchie judiciaire; il en fut de même en 2002, les positions du SM se confondant alors avec celles de l'aile gauche du Parti socialiste incarnée par la ministre Christiane Taubira⁶ ». Se revendiquant acteur des luttes sociales, le Syndicat de la magistrature s'est souvent associé aux manifestations des sans-papiers et des expulsés ou des associations du droit au logement. Il s'est même déclaré solidaire des syndicats professionnels luttant contre « la politique d'austérité du gouvernement » en appelant à participer à leurs mouvements sociaux... Comme le relève encore Jean-Claude Magendie, le SM a diffusé dans les juridictions des contre-circulaires prenant le contre-pied des circulaires officielles du ministère. Il est également intervenu aux côtés du Groupe d'information et de soutien des immigrés et de la Ligue des droits de l'homme dans un pourvoi contre un arrêt de cour d'appel qui ne correspondait pas à ses vues, relatif aux conditions d'appréciation de l'âge physiologique d'un étranger⁷. De même « le petit livre rouge » du SM intitulé *Guide du manifestant arrêté* constitue, dans une logique quasi révolutionnaire, un manuel de résistance aux forces de police, qui dans un État de droit sont pourtant le bras armé de l'État, titulaire du monopole de la violence légitime.

Mais d'une certaine manière, pour emblématique qu'elle soit, la position du Syndicat de la magistrature n'est que le poste avancé d'une politisation globale des organisations représentatives de magistrats. Ainsi, en 2014, à l'occasion d'une audition par le Conseil supérieur de la magistrature, le président de l'Union syndicale de la magistrature déclare : « Le principe d'impartialité objective a toutefois toujours déterminé l'USM à conseiller aux magistrats de ne pas faire connaître leurs opinions politiques. L'apolitisme est inscrit dans les statuts de l'USM. » Le syndicat avait notamment pris parti à l'occasion de l'élection présidentielle de 2012 contre Nicolas Sarkozy en dénonçant « les heures sombres » de son action à l'Élysée.

Ces convergences ne sont guère étonnantes dans un contexte où la très grande majorité des magistrats sont issus d'une école qui revendique de former aux questions sociales, où les syndicats, notamment le Syndicat de la magistrature, occupent une position importante tant parmi

6. « La magistrature au défi de l'impartialité », in Léonid Golovko et Bertrand Mathieu (dir.), *Le Juge et l'État*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 179.

7. La Cour de cassation, dans une décision du 11 mai 2011, a déclaré l'action du syndicat irrecevable, faute d'intérêt à agir.

les étudiants que parmi les dirigeants et formateurs, et qui favorise la constitution d'une « cléricature »⁸ marquée par l'endogamie. Ainsi que le note Jean-Pierre Royer, « l'École de la magistrature aura été le berceau des juges rouges qui défrayèrent la chronique dans les années 1970⁹ ».

Incidentement, on relèvera que, si l'engagement politique constitue le problème le plus visible et le plus crucial vis-à-vis de l'exigence d'impartialité, posent aussi question les engagements associatifs ou dans des sociétés comme la franc-maçonnerie où dominent les principes du secret et de l'entraide. Il est ainsi permis de s'interroger sur les responsabilités prises par certains juges des enfants au sein d'associations de protection de l'enfance. Les combats politiques et sociaux se mêlent. Dans une tribune en soutien au juge Éric Alt, vice-président de l'association Anticor, publiée par *Le Monde* le 13 décembre 2019 sous la signature de juristes éminents, il est fait référence à la notion de « *cause lawyering* » (engagement dans une cause), qui « traduit bien cette nouvelle posture. Il s'agit d'intervenir dans l'espace public ici au service de la cause environnementale, là contre les violences faites aux femmes, là encore pour soutenir la lutte anticorruption. Le droit se renouvelle dans des processus de mobilisation citoyenne : son usage est lié à la défense de valeurs et d'intérêts propres à la société ».

55

En réalité, le fantasme du juge aux ordres du pouvoir politique focalise l'attention et sert d'argumentaire à un juge devenu l'adversaire du pouvoir politique ou d'un pouvoir politique qui ne lui convient pas. S'il fut un temps, pas si lointain, où ce fantasme était une réalité¹⁰, poser aujourd'hui le problème en ces termes fausse l'analyse. En effet, un juge indépendant du pouvoir politique peut être un juge partial, ou susceptible d'être perçu comme tel, l'indépendance n'étant en réalité que l'une des conditions de l'impartialité. Du point de vue du magistrat, l'indépendance est un devoir plus qu'un droit. Le justiciable a, pour sa part, le droit d'être jugé par un magistrat dont il n'a pas de raison de mettre en doute l'impartialité. Il y va de la crédibilité de la justice et de la confiance que peuvent lui

8. Jacques Krynen parle de « prêtre des juges » (*L'Emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, p. 335).

9. Jean-Pierre Royer *et al.*, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010.

10. Comme l'analyse Jean-Pierre Machelon, sous la III^e République, « la souveraineté parlementaire ne peut tolérer l'existence d'un pouvoir concurrent. Tout se passait comme si l'institution judiciaire, exclue du cercle de la légitimité, devait se tenir à la disposition des pouvoirs en place » (« La question du pouvoir judiciaire dans les débuts de la III^e République », in *Justice et État*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 369-378). Sous la V^e République, le général de Gaulle déclare : « Il n'existe aucune autorité judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par le président de la République » (conférence de presse du 31 janvier 1964).

porter les citoyens. Un patron pollueur n'est-il pas en droit de douter, quelle que soit l'objectivité réelle du magistrat concerné, de l'impartialité d'un juge militant écologiste ? On pourrait multiplier à l'envi les exemples. C'est une piste fautive et dangereuse que de considérer que lutter contre le pouvoir politique est nécessaire pour s'émanciper de sa tutelle. Comme le déclare Antoine Garapon, « celui qui désire occuper cette fonction de tiers doit s'en donner l'apparence et en payer le prix, qui peut être élevé, par l'engagement de ne plus exercer aucune fonction publique, par un respect scrupuleux de l'obligation de réserve, par un silence médiatique absolu¹¹ ». Défendre la faculté pour le magistrat de faire prévaloir un engagement politique ou idéologique, c'est reconnaître sa faculté de vouloir, en faire un concurrent du pouvoir politique. Il faut également remarquer qu'une version plus édulcorée de la mission du magistrat, selon laquelle il serait censé adapter le droit aux évolutions de la société, implique qu'il serait amené à décider des évolutions à encourager ou à entraver : sa mission ainsi conçue empiéterait donc tout autant sur la fonction politique. Tiers impartial, le juge doit prendre en compte à la fois l'intérêt général fixé par le pouvoir politique et les droits qui sont reconnus aux citoyens. Il ne lui appartient de déterminer ni l'un ni les autres. Il en est le garant. Ce qui n'est pas rien.

UNE JUSTICE QUI INTERVIENT DANS LE CHAMP DE L'ACTION POLITIQUE

Le conflit entre les syndicats de magistrats et le ministre de la Justice, Éric Dupond-Moretti, est emblématique de la confusion entre engagement politique des juges et intervention dans l'exercice de la fonction gouvernementale.

La nomination comme garde des Sceaux d'un avocat médiatique, engagé dans un bras de fer avec la justice sur certaines affaires, a suscité une « bronca » de la part des deux principales organisations de magistrats, alliées en l'espèce et rejointes, sous une forme plus édulcorée, par les deux chefs de la Cour de cassation. Il est vrai qu'avant sa nomination l'avocat n'avait pas ménagé ses critiques contre les juges, dénonçant, notamment, « une minorité de juges qui dérapent » et alertant sur le danger que représente une « république des juges »¹². Nommé ministre de la Justice, et dans l'exercice des prérogatives qui

11. *Le Gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 249.

12. Entretien sur France Info, 26 juin 2020.

sont les siennes, Éric Dupond-Moretti diligente en octobre 2020 une inspection contre trois magistrats du parquet national financier ayant obtenu les fadettes de plusieurs avocats réputés, dont lui-même, dans le cadre de l'affaire déclenchée six ans plus tôt sur une hypothétique participation de Nicolas Sarkozy à un trafic d'influence (affaire dite Bismuth, du nom d'emprunt sous lequel un abonnement téléphonique avait été souscrit par l'ancien chef de l'État). La première question que pose cette affaire est institutionnelle ; elle porte bien entendu sur un éventuel conflit d'intérêts. D'un certain point de vue, il peut être suspecté que le ministre règle ainsi des comptes avec des magistrats qu'il avait précédemment vilipendés et dont il s'estime victime. Mais, d'un autre point de vue, le ministre agit dans le cadre de ses fonctions en diligentant une inspection concernant des pratiques judiciaires potentiellement contestables, d'autant plus que le pouvoir disciplinaire est, de fait, entre les mains du Conseil supérieur de la magistrature. Afin de trancher ce conflit d'intérêts, un décret a été pris le 23 octobre 2020 interdisant au ministre de connaître « des actes de toute nature [...] relatifs à la mise en cause du comportement d'un magistrat à raison d'affaires impliquant des parties dont il a été l'avocat ou dans lesquelles il a été impliqué » et transférant ses compétences sur ces affaires au Premier ministre. Cette solution, institutionnellement un peu bancal mais visant à résoudre une situation un peu particulière, s'inscrit dans l'évolution d'un système juridique exigeant en matière de conflit d'intérêts. Néanmoins, elle n'a pas suffi à calmer l'ire des magistrats. Après avoir écrit à la Commission européenne, puis à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, et en avoir appelé au président de la République, le Syndicat de la magistrature et l'Union syndicale des magistrats ont déposé plainte contre Éric Dupond-Moretti pour prise illégale d'intérêts devant la Cour de justice de la République. Le ministre est en fait soupçonné de vouloir déstabiliser le parquet national financier. Alors que le comportement de ce dernier fait l'objet de critiques, l'ingérence du garde des Sceaux est considérée comme attentatoire à l'indépendance de la justice. Ce procès est relayé par les deux plus hauts magistrats français, Chantal Arens et François Molins, dans une tribune au *Monde* publiée le 29 septembre 2020 : « Il est de la responsabilité du garde des Sceaux, garant de l'indépendance des magistrats et des conditions d'impartialité, de dignité et de sérénité dans lesquelles la justice doit être rendue, de veiller à préserver l'institution judiciaire de toute forme de déstabilisation. » C'est dès lors l'institution judiciaire qui agit de concert, pour, de fait, réduire le ministre

à « l'impuissance politique »¹³. Cette plainte débouche sur l'ouverture d'une information judiciaire à l'encontre du ministre.

On relèvera d'ailleurs qu'Anticor a également déposé plainte contre le garde des Sceaux devant la même Cour de justice de la République. Or le magistrat Éric Alt, vice-président de cette association anticorruption, a fait l'objet, en septembre 2020, d'une enquête de l'Inspection générale de la justice visant à déterminer si son comportement est « conforme aux règles déontologiques correspondant à sa fonction », au regard de ses déclarations ou de son activité militante liées à deux dossiers judiciaires, dont l'affaire immobilière dans laquelle le président de l'Assemblée nationale, Richard Ferrand, a été mis en examen un an plus tôt. Cette enquête a provoqué une réaction virulente d'un collectif d'intellectuels, d'avocats et de responsables politiques, dénonçant une procédure ayant pour but d'empêcher les juges d'intervenir dans l'espace public. La tribune publiée en décembre 2019 par *Le Monde*, évoquée plus haut, est particulièrement intéressante : elle dénonce la confusion entre « l'obligation d'impartialité à laquelle le juge est institutionnellement tenu avec une intenable exigence de neutralité qui interdirait à celui-ci tout engagement citoyen ». Il est ajouté que cette enquête « ferait retour à une vision étroite et périmée du rôle du magistrat, qui ne serait impartial qu'en se tenant à distance des affaires de la cité. Rien n'est plus étranger aux magistratures actuelles ». C'est en fait, indépendamment des termes employés, le principe de l'impartialité du juge qui est contesté. Si l'on résume, au risque de la caricature, la position ainsi défendue, il appartient au juge de traduire dans son activité juridictionnelle ses engagements politiques et idéologiques, mais celui-ci ne doit être responsable que devant ses pairs, et ses actions être hors de portée du pouvoir politique. Singulière conception du principe de séparation des pouvoirs !

Il est cependant incontestable que, dans les années 1980-1990, l'irruption de la justice dans des affaires économique-politiques, liées notamment au financement des partis de droite comme de gauche, a été, alors même qu'elle n'était pas toujours exempte d'arrière-pensées politiques, salutaire. Une partie du personnel politique garde probablement la nostalgie d'une justice « aux ordres », respectueuse du pouvoir et de ceux qui en sont les titulaires. La majorité politique, quelle qu'elle soit, renonce difficilement à la volonté de faire des magistrats le bras armé de sa politique.

Il n'en reste pas moins que l'intervention de la justice dans le champ politique a pris une dimension qui conduit à un nouveau déséquilibre

13. Selon la formule de Christophe Jamin (tribune au *Journal du dimanche*, 3 octobre 2020).

entre la fonction politique, d'essence démocratique, et la fonction judiciaire, d'essence libérale¹⁴. De ce point de vue, il convient de ne pas confondre la légitime soumission des politiques à une justice de droit commun pour des infractions de droit commun, par exemple en matière de fraude fiscale, et le contrôle par la justice de l'action politique.

De nombreuses affaires relèvent de ce dernier cas de figure. Il en est ainsi de la condamnation par la Cour de justice de la République, en 2016, de Christine Lagarde, ancienne ministre de l'Économie, directrice, en fonction, du Fonds monétaire international, pour négligence dans l'« affaire Tapie » (recours à l'arbitrage dans un litige avec une banque) en application de l'article 432-16 du code pénal, qui définit comme un délit pénal la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ayant permis à un tiers de se livrer à un détournement de fonds publics. En réalité, les faits pour lesquels les magistrats ont prononcé la mise en examen, puis la condamnation, renvoient à une décision politique: le choix par un ministre d'une solution plutôt qu'une autre. Or la notion de bon choix relève essentiellement de la responsabilité politique des ministres.

59

Dans un tout autre domaine, les événements qui ont affecté la campagne présidentielle de 2017 ont cristallisé de façon paroxysmique la question de l'intervention des juges dans le processus politique. Rapidité des procédures, saisine discutable du parquet national financier, lien avec la presse, perquisition à l'Assemblée nationale dans des conditions qui peuvent poser problème au regard de la séparation des pouvoirs, célérité dans le prononcé de la mise en examen, puis ralentissement spectaculaire de la procédure à l'issue du scrutin... Ainsi, sans qu'il soit possible de développer ici l'affaire qui est alors née autour du candidat de droite, François Fillon, par le seul fait d'une mise en examen, la justice décide du sort d'une élection présidentielle. Plus largement, depuis qu'Edouard Balladur, alors Premier ministre, a formulé et appliqué la règle selon laquelle tout ministre mis en examen doit démissionner, les juges d'instruction se sont vu attribuer, de fait, le pouvoir de défaire les gouvernements.

Plus récemment, les nombreuses affaires judiciaires dans lesquelles est impliqué Nicolas Sarkozy peuvent donner l'impression, sinon d'un acharnement judiciaire, du moins d'une justice qui, à défaut d'être d'exception, mobilise des moyens exceptionnels. Il ne s'agit pas ici de mettre en cause l'impartialité des magistrats ayant sanctionné, en

14. Cf. Bertrand Mathieu, *Le Droit contre la démocratie ?*, Paris, LGDJ, 2017.

première instance, l'ancien président de la République dans l'affaire dite Bismuth, mais de s'intéresser au contexte de l'affaire. Des syndicats de magistrats ont vivement attaqué certaines décisions politiques prises par l'intéressé comme ministre ou comme président et se sont positionnés contre lui lors de l'élection présidentielle de 2012. Par ailleurs, la machine judiciaire a mis en œuvre des moyens « extraordinaires » : saisine du parquet national financier, alors que ce dernier a été créé pour traiter d'affaires financières d'une particulière difficulté et de portée nationale ; consultation et utilisation des agendas du chef de l'État ; écoutes téléphoniques des échanges avec son avocat... pour une affaire qui, si elle n'avait relevé que du droit commun, ne serait pas d'une extrême gravité. Et, bien que Nicolas Sarkozy soit jugé en tant que « rendu à la classe ordinaire des citoyens », la fixation du quantum de la peine prend en compte ses anciennes fonctions politiques. Que les faits ainsi sanctionnés soient avérés ou non, que l'impartialité des magistrats ayant participé au processus judiciaire soit sans reproche ou non, il n'en reste pas moins que la justice, elle, a pu donner le sentiment de ne pas fonctionner de manière totalement impartiale.

Dernier exemple, mais les exemples pourraient là encore être déclinés à volonté, l'intervention de la justice, à la suite de plaintes déposées courant 2020 devant la Cour de justice de la République s'agissant des mesures gouvernementales prises dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire liée à la Covid-19. Diligentés par la justice, des enquêteurs sont intervenus au domicile et dans les bureaux de ministres, d'anciens ministres et de directeurs d'administration centrale pour déterminer si des fautes avaient été commises. Ils se sont emparés de tous les outils technologiques de communication – ordinateurs et téléphones portables, professionnels comme privés – et ont aspiré leurs données, au risque de perturber le fonctionnement de l'activité gouvernementale en pleine crise. Ces actions sont, au surplus, menées en parallèle avec des enquêtes parlementaires. La question de la frontière entre responsabilité pénale et responsabilité politique ne peut pas ne pas être posée.

*

En réalité, la question de la politisation de la justice doit être examinée sous deux prismes. Le premier est celui de l'engagement politique des juges au regard de l'exigence d'impartialité qui légitime leurs fonctions. Le second, dont le spectre est beaucoup plus large, concerne l'intervention de la justice dans l'action politique. Les deux phénomènes sont

parfois convergents, jetant le doute sur certaines procédures, comme celles visant des hommes politiques dont l'engagement, ou la personnalité, déplait fortement aux juges, ou du moins à certains d'entre eux. Mais l'intervention des juges dans le domaine politique présente souvent un caractère plus institutionnel, le contrôle juridictionnel de la gestion politique de la crise de la Covid-19 semblant, par exemple, dépourvu de coloration politique. Le sujet est plus grave car systémique. Ainsi, s'agissant toujours de la gestion de cette crise sanitaire, de nombreux citoyens ou des groupes d'intérêt ont saisi le Conseil d'État, en urgence, pour lui demander de censurer les mesures prises par l'administration ou de se substituer à elle, en invoquant des arguments d'opportunité, sans que les décisions rendues puissent être soupçonnées de répondre à des considérations politiciennes. Le fait que le juge administratif, qui intervient plus directement que le juge judiciaire dans le contrôle de l'activité gouvernementale, soit moins soupçonné de partialité peut donner à réfléchir. Il n'en demeure pas moins que l'extension de l'intervention du juge, quel qu'il soit et quelle qu'en soit la forme, dans le champ politique opère subrepticement un transfert de compétences qui n'est pas sans poser problème au regard du principe démocratique, transfert d'autant plus contestable que le juge revendique lui-même d'être un acteur engagé.

61

Recentrer la réflexion sur l'impartialité du juge, dont l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique n'est que l'une des composantes, créer des mécanismes de responsabilité des magistrats¹⁵ qui préservent cette indépendance, tout en sortant de procédures purement endogènes, distinguer plus clairement ce qui relève de la responsabilité pénale et ce qui relève de la responsabilité politique, ne pas oublier que le politique a pour mission de décider et le juge de contrôler, sont les conditions d'un fonctionnement harmonieux de la démocratie, sachant que le chemin est étroit entre l'impunité des politiques et le gouvernement des juges.

15. Sur cette question, voir, *infra*, Mathieu Soula, « Irresponsables magistrats ? », p. 75-86.

R É S U M É

Des juges politisés, une justice intervenant de plus en plus directement dans le champ de l'action politique : la question des rapports entre justice et politique conduit à s'interroger sur les missions du juge, sa légitimité et sa place dans l'organisation des pouvoirs. Les manifestations de l'ingérence des juges dans la politique sont nombreuses et multiformes. Au-delà des polémiques, en réalité de nature politique, et de l'invocation rituelle du principe d'indépendance, elles traduisent une confusion des genres tendant à brouiller l'image et le fonctionnement de la démocratie.

TOUS DROITS DE REPRODUCTION ET DE REPRESENTATION STRICTEMENT RÉSERVÉS À L'ÉDITEUR