

**BERTRAND MATHIEU**

*Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne – l'Université Paris I, Conseiller d'Etat en service extraordinaire, ancien Membre du Conseil supérieur de la magistrature, Docteur Honoris Causa de l'Université de Szeged*

# LA PLACE DE LA JUSTICE DANS L'ORGANISATION DES POUVOIRS: UNE QUESTION CONFLICTUELLE

La question de la place de la justice dans l'organisation des pouvoirs devient un sujet polémique. Elle est au cœur du débat sur l'Etat de droit. Elle contribue au développement d'une jurisprudence pro-active de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. S'agissant de la juridiction de Luxembourg et, sous couvert de la protection de l'Etat de droit, elle contribue, de fait, à élargir les compétences de l'Union au contrôle de l'organisation des pouvoirs étatiques<sup>1</sup>. La protection de l'indépendance de la justice occupe une place prépondérante au sein des travaux de la Commission de Venise.

Si le droit français est attaché à la protection de l'indépendance des juges, il s'inscrit dans une tradition d'hostilité au pouvoir des juges dont la Constitution de 1958 rend compte en ce qu'elle érige la justice en autorité et non en pouvoir, en ce qu'elle instaure un Conseil supérieur de la magistrature, dont la mission essentielle est de protéger l'indépendance des magistrats et non un conseil de justice dont les missions

---

1 Décisions du 14 juillet et du 7 octobre 2021 rendues contre la Pologne

traduisent, par exemple comme en Espagne, la reconnaissance de l'autonomie du pouvoir judiciaire. L'existence d'un ordre juridictionnel administratif indépendant au sommet duquel se trouve le Conseil d'Etat traduit la volonté de ne pas permettre au juge judiciaire de s'immiscer dans la conduite des affaires qui relèvent de l'administration. Le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel est le fruit d'une longue évolution dans laquelle l'institution elle-même a joué un rôle moteur, accompagné ou facilité par des réformes constitutionnelles successives (élargissement des normes de référence, saisine par les parlementaires de l'opposition, saisine par les justiciables à l'occasion d'une procédure juridictionnelle) mais ces réformes ne sont jamais allées jusqu'à reconnaître au Conseil le statut d'une véritable Cour constitutionnelle. Cette méfiance vis-à-vis des pouvoirs du juge s'inscrit dans l'histoire longue, celle des Parlements d'Ancien-Régime, c'est-à-dire des cours de justice qui ont lutté au XVIII<sup>ème</sup> siècle contre le pouvoir royal pour affirmer une autorité et une légitimité concurrentes et bloquer les volontés réformatrices de la Monarchie. La Révolution s'est inscrite dans cette lutte par la volonté d'interdire au juge l'expression de toute volonté propre. La III<sup>ème</sup> République française, de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle à la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle a été marquée par une soumission plus ou moins forte, mais toujours réelle de la magistrature au pouvoir politique.

Aujourd'hui la situation est totalement différente, dans un cadre constitutionnel dont certains éléments peuvent sembler appartenir à ce passé, la justice s'est érigée en véritable pouvoir. S'appuyant sur les droits européens, le soutien du Conseil constitutionnel et les influences du droit comparé, le pouvoir juridictionnel, essentiellement dans sa branche judiciaire, s'est peu à peu posé en rival du pouvoir politique.

Pour comprendre cette évolution, il convient de revenir rapidement sur la nature de nos régimes politiques. Pour simplifier on peut considérer qu'il s'agit de démocraties libérales, régime en quelque sorte mixte<sup>2</sup>. Pour simplifier encore d'avantage, il convient de considérer que la nature démocratique du régime renvoie à un mécanisme de légitimation du pouvoir, alors que l'aspect libéral renvoie à un mode d'exercice du pouvoir qui implique la limitation du pouvoir, du premier relève le

---

2 Sur cette question, cf. B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, Lextenso 2017, traduction en hongrois, éditions, Szazadveg, 2018

pouvoir politique, du second le pouvoir judiciaire. De ce point de vue, le concept d'Etat de droit dans la conception qu'en retient notamment le droit européen, entretient une confusion entre un certain nombre de concepts, démocratie, droits fondamentaux, pouvoirs du juge... qui renvoie plus à l'idée que ce droit se fait d'un bon gouvernement qu'à un régime juridiquement défini. Plus encore, il masque les conflits qui peuvent surgir, entre le pouvoir politique en charge des conduites des affaires de la Nation et le pouvoir juridictionnel en charge de contrôler que dans l'exercice de ce pouvoir les autorités politiques et administratives respectent les règles qu'elles ont-elles-mêmes fixées. Ce conflit peut s'exprimer de deux manières, il peut s'agir d'une volonté de soumettre le pouvoir du juge au contrôle et à la subordination au pouvoir politique en limitant ainsi l'exercice du pouvoir de contrôle, il peut s'agir, à l'inverse, de tentatives d'immixtions du juge dans le pouvoir de décider qui appartient au pouvoir politique. L'équilibre n'est jamais entièrement réalisé, mais je voudrais montrer, à travers, notamment l'exemple français, qui ne me semble pas de ce point de vue spécifique, que les systèmes institutionnels, dit de démocratie libérale sont marqués par un affaiblissement du pouvoir politique dans lequel les juges jouent un rôle essentiel. Les conflits qui opposent en Pologne le pouvoir politique aux juges, le concept de « démocratie illibérale » forgé par le Premier ministre hongrois, traduisent à la fois l'existence d'une telle opposition et la volonté du pouvoir politique de retrouver une marge de manœuvre plus importante face au pouvoir juridictionnel et de rechercher un nouvel équilibre entre le pouvoir de décider et celui de contrôler, qui peut d'ailleurs générer de nouveaux déséquilibres. Sous une forme moins brutale cette question surgit en France dans le débat public alors que le Sénat a créé une mission d'information sur la juridiciarisation de la vie politique<sup>3</sup>. De manière plus générale le débat sur l'Etat de droit, souvent instrumentalisé à des fins politiques ou idéologiques rend compte de cette question et nécessiterait une vraie réflexion sur ce qui relève du « noyau dur » de l'Etat de droit, à savoir la protection des citoyens contre l'arbitraire et surtout sur la question de savoir qui a la compétence et la légitimité pour définir ce qui relève ou non de l'Etat de droit.

---

3 Rapport d'information n° 592 du 29 mars 2022

Partant du postulat selon lequel la fonction du pouvoir politique est de décider et que sa légitimité est démocratique, c'est-à-dire fondée sur l'élection, et que la fonction du juge est celle d'un arbitre et d'un garant et que sa légitimité est fondée sur son impartialité, cette brève intervention aura pour objet de montrer les formes que peut prendre la politisation de la justice. Cette politisation de la justice est souvent décrite comme relevant de la soumission des juges au pouvoir politique. En réalité, dans nombre de pays, européens notamment, cette politisation prend d'autres formes, notamment celle portant sur l'engagement politique qui peut être celui de certains juges, et d'un autre point de vue, probablement plus important en termes de séparation des pouvoirs, celle de l'intervention du juge dans la fonction politique. Par ailleurs, la pénalisation de la vie politique peut conduire le juge à intervenir directement dans l'action politique et à substituer à une responsabilité politique, il est vrai de moins en moins réelle, une responsabilité pénale.

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 suspects 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.

## **1. L'exigence d'impartialité**

L'image 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. 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 porter les citoyens<sup>4</sup>. « 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 absolu<sup>5</sup> ». 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, consistant à dire qu'il lui appartient d'adapter le droit aux évolutions de la société, implique qu'il lui appartient de décider des évolutions à encourager ou à entraver et constitue donc tout autant un empiétement 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.

Incidemment, on relèvera que, si la question de l'engagement politique constitue l'aspect le plus visible et le plus crucial de l'exigence d'impartialité, elle vise également les engagements associatifs ou dans des sociétés comme la franc-maçonnerie où dominent les principes du secret et de l'entraide. Les combats politiques et sociaux se mêlent. Dans une tribune publiée par *Le Monde* le 13 janvier 2020 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. C'est encore la question de l'impartialité qui est en jeu.

---

4 Cf. B. Mathieu, Une justice politisée ? Pouvoirs, n°178, P.U.F., 2021, p. 51

5 A. Garapon *Le Gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 249.

## 2. L'intervention du juge dans l'action politique

Elle prend essentiellement deux formes. D'une part l'exercice d'un pouvoir normatif, d'autre part, la mise en cause de la responsabilité des politiques pour des actes qui relèvent de l'action ou de la décision politiques.

Du premier de ces point de vue, il en est ainsi lorsque la Cour européenne des droits de l'homme définit elle-même les normes de référence de son contrôle, ou interprète, le cas échéant, a contrario, le texte de la Convention européenne, tel est le cas lorsque le Conseil constitutionnel français<sup>6</sup> détermine la portée du principe de fraternité, et partant la politique en matière d'immigration, en se plaçant d'un point de vue moral, et donc politique, en dehors du champ d'application du texte constitutionnel. On voit bien qu'en matière de politique monétaire, comme en matière de politique d'immigration, par exemple, c'est-à-dire dans des matières régaliennes, le politique n'a plus la main. Plus techniquement, le Conseil constitutionnel s'est arrogé par le truchement de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>7</sup>, qui est un système vertueux en lui-même, le pouvoir de créer des normes transitoires ou de participer à la détermination du calendrier parlementaire ou d'obliger le parlement à revenir sur des dispositions existantes en fonction de l'idée qu'il se fait de l'évolution des circonstances de fait. Savoir s'il faut, ou non, adapter le droit à certaines évolutions de la société est une fonction éminemment politique, or nombre de juges, estiment qu'il leur appartient d'en décider. Il en est ainsi des jurisprudences judiciaires, en matière de bioéthique ou familiale, par exemple relatives à l'état civil des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger<sup>8</sup>, le juge national étant le plus souvent soumis à des exigences issues de jurisprudences européennes qu'il devance parfois sans se borner à les respecter<sup>9</sup>.

La seconde manifestation de l'intervention des juges dans le domaine politique tient à la pénalisation de la vie publique et de la vie politique.

---

6 Décision 2018-717/718 QPC

7 Procédure de contrôle de la constitutionnalité d'une loi à l'occasion de son application dans une procédure juridictionnelle à la demande du justiciable

8 Cassation civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 2020, FS-P+B, n° 19-50.043

9 CE 31 juillet 2019, n°411984 ; Cass. civ1 18 novembre 2020, n° 19-50043 ; CEDH 18 mai 2021, n° 71552/17.

La responsabilité des politiques devant les juges s'est considérablement développée. Cette évolution est en soi positive, de même que le renforcement de l'exigence de transparence, elle a cependant des effets pervers. Je prendrai quelques exemples issus de l'actualité, plus ou moins récente, française pour rendre les choses plus parlantes. Intervenir dans les ministères en pleine gestion de la crise sanitaire en saisissant les ordinateurs ; condamner une ancienne ministre pour imprudence s'agissant d'une décision politique de recourir à un arbitrage<sup>10</sup> ; poursuivre d'un ancien Premier ministre pour empoisonnement, perquisitionner une assemblée parlementaire sans autorisation de son président ou de son bureau, déterminer ce que doit être la fonction d'un assistant parlementaire... autant d'exemples parmi d'autres du renforcement des interventions de la justice dans le champ politique.

Je reteindrai deux exemples qui sont particulièrement emblématiques.

Le premier concerne les démêlés entre la justice et l'actuel ministre de la justice, Eric Dupont-Moretti. La nomination comme garde des Sceaux d'un avocat médiatique, engagé dans un bras de fer avec la justice sur certaines affaires – en particulier, des écoutes téléphoniques le concernant dans celle, elle-même très politique, sur une hypothétique participation de Nicolas Sarkozy à un trafic d'influence –, 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 »<sup>11</sup>. Nommé ministre de la Justice, et dans l'exercice des prérogatives qui sont les siennes, Éric Dupont-Moretti diligente en octobre 2020 une inspection contre trois magistrats du parquet national financier ayant obtenu les écoutes téléphoniques de plusieurs avocats réputés, dont lui-même, dans le cadre de « l'affaire des écoutes Sarkozy » en 2014. 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

---

10 Affaire Lagarde, s'agissant du choix de recourir un arbitrage à propos du litige entre un homme d'affaire et une banque

11 Entretien sur France Info, 26 juin 2020.

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 s'agissant de 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 bancale 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, 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 »<sup>12</sup>. Cette plainte débouche sur l'ouverture d'une information judiciaire à l'encontre du ministre et de son renvoi devant la Cour de justice de la République<sup>13</sup>.

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

13 juridiction composée de magistrats, en minorité, et de parlementaires chargée de juger les ministres pour les crimes ou délits de droit commun commis dans l'exercice de leurs fonctions



Le second concerne 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 ce point, par le seul fait d'une mise en examen, la justice décide du sort d'une élection présidentielle. Plus largement, depuis qu'Edouard Balladur 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

La cause principale de cette situation tient probablement au fait que la responsabilité des élus est l'une des conditions de la démocratie et que la responsabilité politique n'existant quasiment plus, la responsabilité pénale a pris la place. Ce phénomène se conjugue avec la perte de confiance des citoyens envers les politiques ce qui les conduit à en appeler au juge. De ce point de vue les actions conduites à l'occasion de la crise sanitaire sont emblématiques : multiplication des plaintes au pénal contre des responsables politiques demande en référé, c'est-à-dire en procédure accélérée, au Conseil d'Etat pour aménager les décisions prises par le gouvernement.

Les solutions qui peuvent être apportées pour résoudre ces déséquilibres ne relèvent pas de l'évidence : comment donner le dernier mot au pouvoir politique tout en respectant les décisions de justice, comment faire prévaloir des exigences constitutionnelles sans vider de substance la primauté du droit européen ou au contraire imposer de manière verticale la prévalence des droits européens sans ruiner le principe de la souveraineté nationale ? autant de questions qui méritent une analyse sérieuse, dépassionnée et prenant en compte tant les aspects politiques que juridiques.

Une autre question est celle de la responsabilité des juges. Son caractère particulièrement sensible ne doit pas conduire à l'écarter. La réponse doit être à la hauteur de la réalité du pouvoir des juges, elle constitue une garantie pour les justiciables. Comment prévoir des

mécanismes effectifs de responsabilité civile et disciplinaire des magistrats sans mettre en cause l'acte de juger, sans que ce soit la décision juridictionnelle qui soit attaquée sous couvert de mis en jeu de cette responsabilité ?

Il appartient aux juristes de dépasser le caractère particulièrement sensible de ces questions et de faire des propositions, faute de quoi le fossé ne fera que se creuser entre les juges et les politiques et fomentera un combat dont l'issue est incertaine, mais dont ne sortira pas grand l'Etat de droit, quelle que soit la conception que l'on en retienne.