

VISION *La Revue du
Cercle Orion*



ORION

VERS UN GOUVERNEMENT DES JUGES ?

*Faut-il craindre une prise de pouvoir par
les magistrats ?*

“Pièces de doctrine sur un sujet impactant”



CERCLE ORION
Forum politique & d'influence
nouvelle génération

A PROPOS

Le Cercle Orion est un forum politique et d'influence créé par Alexandre MANCINO en janvier 2017 et situé au croisement du SAVOIR et du POUVOIR.

Sa raison d'être consiste à réunir et promouvoir une nouvelle génération de décideurs libres et audacieux, soucieux de réfléchir aux grands sujets structurants du monde contemporain et d'y apporter des solutions innovantes et impactantes selon un langage de vérité.

Le but du Cercle Orion est d'être acteur du débat public en contribuant à la compréhension des enjeux et transformations du XXI^e siècle, ancré dans des valeurs fortes d'orientation libérale-républicaine. Son fil conducteur passe par un questionnement permanent sur la responsabilité des élites dirigeantes au XXI^e siècle, sur leur leadership face aux grands bouleversements du monde et sur les qualités qu'elles doivent adopter pour s'adapter aux défis de l'époque contemporaine.

Il s'organise autour d'un Pôle Études - à travers une activité de Recherche & Prospective différenciante par le fond et par la méthode - et d'un Pôle Influence - à travers des rencontres de très haute qualité avec des décideurs publics ou privés.

Pour plus d'informations, veuillez consulter : www.cercleorion.com

La Revue - Vision Orion est un format original qui paraît trimestriellement et qui se distingue des Initiatives de recherche par le traitement d'un sujet « signature Orion » sur lequel le think-tank prend position pour alerter ou mettre en avant un sujet qu'il considère comme stratégique dans l'époque contemporaine. Formant des « pièces de doctrine » de haut niveau, elles incarnent bout à bout la vision du Cercle Orion, fidèles à son ethos transgressif et libre en adoptant une démarche volontairement non conformiste et un ton irrévérencieux assumé.

Revue est volontairement en décalage avec les analyses classiques des Initiatives qui nécessitent une réflexion de longue durée.

Ce format autonome singularise le Cercle Orion des autres clubs de réflexion et traduit son essence « politique » et « militante » sur certaines problématiques de société s'inscrivant dans l'esprit des grandes revues intellectuelles, adaptées à l'ère immatérielle

SOMMAIRE

Dossier

Vers un Gouvernement des juges : Faut-il craindre une prise de pouvoir par les magistrats ?

- 4** L'Edito du Président
par Alexandre MANCINO
- 5** L'Edito de la Directrice des Etudes
par Léa SCHÜLER
- 6** Le juge et la démocratie
par Bernard STIRN, président de section honoraire au Conseil d'Etat, secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques
- 13** Accusations de gouvernement des juges : de quoi parle-t-on ?
par Thibault HERRMANN, inspiré du dîner-débat avec Dominique PERBEN
- 19** Quelles solutions pour rétablir l'équilibre du pouvoir judiciaire ?
par Hugo CRUGUT

L'ÉDITO DU PRÉSIDENT

PAR ALEXANDRE MANCINO



La défiance démocratique actuelle nous appelle à la vigilance sur la séparation des pouvoirs, condition essentielle de la bonne tenue de la justice dans l'application des peines et sans connivence avec le pouvoir politique.

Soucieux de parvenir à un diagnostic partagé et objectif sur l'état de nos institutions, nous observons les carences de l'autorité judiciaire qui semble souffrir d'un déficit de confiance en ayant notamment les poings liés aux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme. Nous pouvons aussi nous interroger sur l'indépendance des juges dès lors que nous constatons l'hyper-médiatisation de certaines décisions rendues à l'encontre de certaines personnalités politiques comme celles de l'ancien Président de la République Nicolas SARKOZY.

Il ne s'agit pas pour le Cercle Orion de remettre en cause l'indépendance de la justice ou de partir du principe que nous serions dans un "*gouvernement des juges*", par nature partiaux et non légitimes démocratiquement. Il s'agit simplement d'interroger cette notion, de critiquer la mainmise européenne sur un certain nombre de décisions judiciaires et de proposer des garde-fous qui nous paraissent essentiels pour redorer la confiance et améliorer la perception extérieure des citoyens à l'égard de la justice.

Là consiste l'enjeu de cette *Revue* qui regroupe des contributions variées et contradictoires et qui fait suite à un dîner-débat avec l'ancien Garde des Sceaux Dominique PERBEN cet automne. Il est de notre responsabilité de rester vigilant et de dénoncer ce qui nous paraît inquiétant pour la séparation des pouvoirs sans tomber dans de la dénonciation facile et sans fondement.

Soucieux de préserver notre souveraineté nationale et notre intégrité constitutionnelle, désireux de mettre en lumière certaines dérives avérées de notre système judiciaire français, attaché à préserver l'indépendance de la justice et à redorer la confiance citoyenne envers les juges, le Cercle Orion propose d'interroger la thèse du "*gouvernement des juges*" pour mieux comprendre les griefs opposés et alerter sur les dérives possibles d'un aveuglement collectif si cette thèse tenait à s'avérer à l'avenir.

Bonne lecture !

L'ÉDITO DE LA DIRECTRICE DES ETUDES

La thématique du “*gouvernement des juges*” remet en question le principe démocratique de la séparation des pouvoirs inscrit dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, selon lequel “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*”.

Dans son ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* publié en 1921, le professeur de droit Edouard LAMBERT dénonce le pouvoir des juges qui empièterait sur les branches exécutive et législative. Si cette notion a une résonance initialement outre-Atlantique, elle devient plus largement une critique actuelle dans les pays démocratiques occidentaux qui consiste à laisser au judiciaire des décisions qui “*devraient normalement relever du politique*”. C'est cette situation qui entraîne une méfiance du peuple et un sentiment de baisse de représentation et de participation des citoyens.

En France, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois ont quasiment été inexistantes jusqu'aux années 1970. C'est la réforme du Conseil constitutionnel qui opère un revirement avec ce dernier comme gardien des libertés fondamentales. Enfin, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2008 vient parachever ce retournement. Depuis, chaque justiciable peut se prévaloir des droits et libertés constitutionnellement garantis pour contester la constitutionnalité d'une disposition législative applicable au litige en question devant le Conseil constitutionnel.

Les récents faits juridiques à l'encontre d'hommes et de femmes politiques comme François FILLON ou Agnès BUZYN ont refait surgir le débat d'une judiciarisation de la vie politique.

Peut-on juger le souverain ? La justice est-elle contre la politique ? Existe-t-il un risque de gouvernement des juges ?

Léa SCHÜLER
Directrice des Etudes du Cercle Orion

DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

Décretés par l'Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21,
23, 24 et 26 août 1789, et acceptés par le Roi

PRÉAMBULE

LES représentants du peuple François, constitués en assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des maux publics, et de la corruption des gouvernements; que ces droits sont naturels, inaliénables et sacrés de l'homme; que cette reconnaissance, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; que toute séparation de ces droits entraîne nécessairement la corruption du pouvoir exécutif, l'abus de l'autorité, l'oppression des réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes naturels et incontestables, tournent toujours au maintien de la constitution et du bonheur de tous.

EN conséquence, l'assemblée nationale reconnoît et déclare en présence et sous les auspices de l'Être suprême les droits suivans de l'homme et du citoyen.

ARTICLE PREMIER.

LES hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

II.
LE but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme; ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

III.
LE principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation, nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

IV.
LA liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme, n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

V.
LA loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

VI.
LA loi est l'expression de la volonté générale; tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentans, à sa formation; elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse, tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talens.

VII.
NUL homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites, ceux qui sollicitent expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi, doit obéir à l'instant, il se rend coupable par la résistance.

VIII.
LA loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au crime, et légalement appliquée.

X.
TOUT homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

XI.
NUL ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

XII.
LA libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement: sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

XIII.
LA garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée.

XIV.
POUR l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre les citoyens en raison de leurs facultés.

XV.
LES citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentans, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

XVI.
LA société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.

XVII.
TOUTE société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

XVIII.
LES propriétés étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

LE JUGE ET LA DEMOCRATIE

par Bernard STIRN, président de section honoraire au Conseil d'Etat, secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques

Nul doute que l'indépendance et l'autorité du juge sont des conditions nécessaires à tout régime de liberté. A cet égard, les garanties croissantes affirmées en France comme en Europe et à l'échelle internationale pour mieux assurer une justice indépendante et impartiale, la montée en puissance des juridictions, l'extension de leurs pouvoirs apportent des éléments rassurants. Mais trop renforcer les juges fait aussi apparaître le spectre du « gouvernement des juges ». Utilisée en 1921 par Edouard LAMBERT, professeur à la faculté de droit de Lyon, à propos de la Cour suprême des Etats-Unis, la formule est devenue une locution habituelle. Elle revêt, un peu plus d'un siècle après son apparition, une intense actualité. Au sein même de l'Union européenne, des gouvernements se réclament ainsi d'une forme de démocratie qui entend tirer sa légitimité du seul vote populaire et qui n'admet pas que des juges viennent faire obstacle à des mesures reflétant la volonté des électeurs. Avant les attentats tragiques des dernières semaines, le projet de réforme de la cour suprême en Israël s'inscrivait aussi dans cette ligne de pensée. En France même, certains voient, comme Jean-Eric SCHOETTL, « la démocratie au péril des prétoires ».

Comme souvent dans le domaine du droit et, plus largement, de l'organisation de la vie en société, tout est sans doute affaire d'équilibre et de proportion. Les interrogations d'aujourd'hui trouvent leur source dans un double mouvement de montée en puissance des juges et

d'étiollement parallèle de la vitalité démocratique. Si l'on comprend dès lors que l'autorité accrue des juges dans une démocratie incertaine suscite des inquiétudes, il ne faut pas pour autant perdre de vue qu'une justice indépendante et respectée est une composante nécessaire de la vie démocratique.

1/ Des inquiétudes sont issues du double mouvement de montée en puissance des juges et d'étiollement de la vitalité démocratique

Après la seconde guerre mondiale, et pour conjurer le risque de retour de régimes totalitaires, le pouvoir des juges a été considérablement renforcé. Trois éléments méritent en particulier d'être soulignés : le développement des cours constitutionnelles, l'affirmation d'une justice au-delà des frontières, l'accroissement des prérogatives des juridictions.

Née aux Etats-Unis, pays qui a pris naissance avec sa constitution, affirmée par la Cour suprême par son arrêt de 1803 *Marbury c/ Madison*, la justice constitutionnelle est longtemps demeurée étrangère à l'Europe. Seule l'Autriche s'est dotée après la première guerre mondiale, sous l'influence de son grand juriste Hans KELSEN, d'une cour constitutionnelle. Dans le reste de l'Europe, c'est au lendemain de la seconde guerre mondiale que les cours constitutionnelles se sont comme généralisées, d'abord pour exorciser les démons du passé : la constitution

italienne de 1948 crée une cour constitutionnelle, la constitution allemande de 1949 institue la cour de Karlsruhe. Dans les années 1970, le retour à la démocratie des pays de l'Europe méditerranéenne s'accompagne d'un contrôle de constitutionnalité des lois, confié aux juridictions ordinaires en Grèce en 1975, à un Tribunal constitutionnel au Portugal en 1976 et en Espagne en 1978. Avec l'effondrement du bloc soviétique, les pays d'Europe de l'Est se dotent d'une cour constitutionnelle, y compris la Russie en 1991. Parallèlement le Conseil constitutionnel s'affirme comme une véritable cour constitutionnelle en France et l'introduction en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité vient consacrer le processus. En Belgique, la cour d'arbitrage, créée en 1980, prend en 2007 le nom de cour constitutionnelle. Même si quelques grandes démocraties, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, le Danemark, la Suisse l'ignorent encore, le contrôle de constitutionnalité des lois apparaît de plus en plus comme l'attribut naturel d'un régime démocratique.

Naguère intimement lié à l'Etat dont il reflétait la souveraineté, le juge affirme parallèlement davantage son autorité au-delà des frontières. Des juridictions internationales sont instituées, qui exercent un fort magistère, singulièrement en Europe avec la Cour de justice de l'Union européenne de Luxembourg et la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. A l'échelle internationale, à la Cour internationale de justice vient s'ajouter en

1998 la Cour pénale internationale. Le droit européen, qu'il s'agisse du droit de l'Union ou de celui de la convention européenne des droits de l'homme, affirme des exigences d'indépendance et d'impartialité des juges, consacre le droit au recours effectif, définit les standards d'un procès équitable. La supériorité des traités internationaux sur les lois nationales est en outre largement reconnue. Il en découle pour l'ensemble des juridictions un nouvel office, qui modifie en profondeur les rapports du juge et de la loi, celui d'assurer, au travers d'un contrôle dit de conventionnalité, le respect du droit international et du droit européen par le législateur.

Des pouvoirs accrus ont enfin partout été accordés aux juridictions. Pour prendre l'exemple de la juridiction administrative française, la loi lui a donné la possibilité d'adresser des injonctions à l'administration et d'infliger à celle-ci des astreintes si elle n'exécute pas pleinement les décisions de justice. Issue d'une loi du 30 juin 2000, la réforme des référés permet au juge d'intervenir à très bref délai pour suspendre l'exécution d'une décision dont la légalité paraît douteuse et pour prescrire toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une atteinte grave et manifestement illégale serait portée. Largement utilisées, ces procédures de référé ont donné au juge administratif une grande visibilité dans le débat public, au travers d'affaires fortement médiatisées, de la fin de vie de Vincent LAMBERT aux spectacles de

DIEUDONNE, du port du burkini sur les plages à l'interdiction de l'abaya et du qamis à l'école. Durant les périodes d'état d'urgence, qu'il s'agisse de l'état d'urgence décrété pour lutter contre le terrorisme de 2015 à 2017 ou de l'état d'urgence sanitaire de 2020 à 2022, de très nombreux litiges ont été portés devant le juge administratif des référés, qui est apparu aux yeux de tous comme un forum démocratique garant de l'Etat de droit.

Alors que le juge montait ainsi en puissance, la démocratie connaissait, en revanche, un préoccupant affaiblissement.

De façon générale, au climat d'optimisme qui a marqué le dernier quart du XXème siècle a succédé un certain désenchantement teinté d'inquiétude. La fin des dictatures en Europe, la chute du mur de Berlin, la perestroïka en Russie donnaient le sentiment d'une progression constante et infinie de la démocratie libérale. Un espace sans cesse élargi de prospérité et de liberté se consolidait en Europe. Le grand juriste italien Sabino CASSESE écrivait que, dans l'Europe d'aujourd'hui, nous n'avons plus besoin de soldats, plus besoin de diplomates, nous avons besoin de juges, « *neither soldiers nor ambassadors but judges* ». Publié en 1992, le livre de Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, témoigne de cette période trop confiante. Car l'histoire ne connaît pas de fin et son déroulement n'est pas à sens unique. Le 11 septembre 2001, les attentats de New-York viennent rappeler que le fanatisme et la violence

hantent toujours notre monde. Avec l'invasion, le 24 février 2022, de l'Ukraine par la Russie, la force prend le dessus sur le droit et la guerre fait son retour en Europe. Le droit montre alors ses limites. La Russie se soucie peu d'être exclue du Conseil de l'Europe. La Cour internationale de justice ne peut se faire d'illusion sur l'effectivité des mesures conservatoires par lesquelles elle ordonne le 16 mars 2022 de mettre fin à l'agression. Le mandat d'arrêt émis en mars 2023 par la Cour pénale internationale à l'encontre de Vladimir POUTINE risque de demeurer longtemps sans effet. En octobre 2023, la violence inouïe des attentats terroristes commis dans la bande de Gaza saisit le monde d'effroi.

Un certain désenchantement démocratique est parallèlement éprouvé. Il se traduit une abstention croissante aux élections, particulièrement marquée chez les plus jeunes, un déclin des partis politiques, un manque de confiance dans les gouvernants, une audience accrue des extrêmes. La montée de l'individualisme, la crise de l'autorité font peser de lourdes menaces sur notre vie collective.

Un effet de ciseau se produit en conséquence entre l'autorité renforcée des juges et l'affaiblissement des ressorts démocratiques. Certains vont jusqu'à regarder la judiciarisation de la vie publique comme responsable des difficultés du système démocratique. Mais il faut ici raison garder et ne pas oublier que la vie démocratique ne peut être assurée sans une justice indépendante et respectée.

2/ Une justice indépendante et respectée est une composante nécessaire de la vie démocratique

Les liens entre la justice, le politique et l'opinion demeurent marqués dans notre pays par une tradition de méfiance. Chacun se souvient des vers de Jean DE LA FONTAINE, dans les *Animaux malades de la peste* : « *Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir* ». Et trop nombreux sont ceux qui disent volontiers comme le Misanthrope de MOLIERE : « *J'ai pour moi la justice et je perds mon procès* ». Fondamentalement légicentriste, la philosophie des Lumières tient la loi comme source incontestable du droit et n'accorde aux juges qu'une estime médiocre. En prohibant les arrêts de règlement, l'article 5 du code civil s'inscrit dans cette tradition française de méfiance envers les juges.

Cette tradition explique les réactions éprouvées devant la mise en cause accrue des acteurs publics devant le juge pénal. Sans doute ne faut-il regretter ni la disparition des « privilèges de juridiction » décidée en 1993 par le code pénal ni la création par la révision constitutionnelle de 1995 de la Cour de justice de la République, chargée de juger, de manière moins politique qu'auparavant la Haute cour de justice, les ministres pour des infractions pénales commises dans l'exercice de leurs fonctions. Mais il faut être aussi attentif aux dangers d'une pénalisation excessive de la vie publique. La France est ainsi le seul pays où, à la suite de la crise de la Covid-19, des

procédures pénales ont été engagées à l'encontre de responsables administratifs ou politiques, qui ont pourtant fait de leur mieux dans des circonstances aussi inédites que difficiles. Une trop grande extension du délit non intentionnel, un champ excessif donné à la prise illégale d'intérêts pourraient conduire les autorités publiques à la paralysie et peut-être faire goûter à certains juges comme un parfum d'ivresse.

Plus préoccupant encore est le comportement de juridictions qui rendent des décisions marquées par des visions d'ordre idéologique. Ainsi la Cour suprême des Etats-Unis, naguère modèle de la justice constitutionnelle, réaffirme fortement le droit du citoyen américain de porter une arme, limite les pouvoirs des autorités fédérales en matière de protection de l'environnement, met en question les dispositifs d' « affirmative action » pour l'entrée dans les universités et surtout revient sur un demi-siècle de jurisprudence constante pour dénier à l'interruption volontaire de grossesse le caractère de droit protégé par la constitution. En Europe, le tribunal constitutionnel polonais vide largement ce droit à l'interruption volontaire de grossesse de son contenu en même temps qu'il se situe en marge de l'espace juridique européen lorsqu'il dénie à la Cour de justice de l'Union comme à la Cour européenne des droits de l'homme toute vocation à s'intéresser au respect de l'Etat de droit et à l'indépendance de la justice en Pologne. Après avoir été regardé comme le meilleur garant des

libertés, le juge constitutionnel pourrait apparaître comme une menace pour elles.

Si ces inquiétudes sont à prendre compte, il demeure qu'une justice indépendante, dotée de moyens effectifs et disposant d'une autorité respectée demeure le signe et même le fondement d'un régime démocratique. Cela est d'autant plus vrai que les juridictions ont à connaître d'un nombre croissant d'affaires qui concernent la définition et l'exercice des droits et libertés. Des questions inédites d'ordre personnel, voire intime, se posent, qu'il s'agisse de droit à l'interruption volontaire de grossesse, de procréation médicalement assistée, d'insémination *post mortem*, d'organisation de la vie de couple et de mariage pour tous, de fin de vie. De grands débats s'ouvrent parallèlement qui concernent la vie collective, en matière de laïcité et de signes religieux dans l'espace public, de droit d'asile, d'accueil et d'intégration des étrangers, de santé publique et de lutte contre les épidémies, de renseignement et de combat contre le terrorisme, de régulation de l'internet et des réseaux sociaux, de dérèglement climatique et de protection de la biodiversité. Sur tous ces sujets, personnels et collectifs, l'arbitrage du juge est sollicité. De nombreuses et importantes décisions sont rendues par les cours suprêmes nationales et par les juridictions européennes qui tranchent des questions délicates, précisent la portée des textes, apportent un éclairage jurisprudentiel.

Nécessaire à l'autorité du droit, l'intervention du juge ne consiste cependant pas à définir les politiques publiques. L'exemple des contentieux climatiques est à cet égard particulièrement caractéristique. Des normes ont été adoptées à tous les niveaux, constitutionnel, international, européen, législatif, pour préserver l'environnement, lutter contre le réchauffement climatique, préserver la biodiversité. Ce n'est pas le juge qui, en ces matières, a procédé à des révisions constitutionnelles, adhéré à des instruments internationaux et européens ou voté des lois. C'est bien à lui, en revanche, que revient la mission de veiller à ce que les différents textes soient pris au sérieux et respectés. Il ne déborde en rien de son office lorsqu'il constate des manquements et utilise les pouvoirs dont il a été doté par la loi pour les faire cesser. En revanche le choix des mesures à mettre en œuvre, leur agencement, leur calendrier relèvent de politiques publiques dont les autorités politiques et administratives doivent conserver le choix et la maîtrise. Par les deux décisions qu'il a rendues le 11 octobre 2023, l'une sur les contrôles d'identité discriminatoires, l'autre sur l'obligation pour les policiers et les gendarmes de porter de manière visible un identifiant individuel, le Conseil d'Etat l'a souligné avec netteté. Il appartient au juge administratif de constater une illégalité et d'enjoindre à l'administration de prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin. Il ne lui revient pas, en revanche, « *de se substituer aux pouvoirs publics pour déterminer une politique publique ou de*

En définitive, un chemin certes complexe mais aussi stimulant s'ouvre au juge pour qu'il continue d'être le garant des libertés. S'il fallait se convaincre de l'importance de son rôle, il suffirait de se souvenir des faux procès que, comme un hommage du vice à la vertu, les régimes totalitaires mettent en scène pour tenter bien vainement d'habiller leurs forfaits d'un costume de justice. A un moindre degré, les mises en cause des juridictions par les idéologies populistes témoignent de la nécessité d'une justice indépendante pour assurer dans la durée le respect des libertés. Sans excéder sa mission, le juge doit pouvoir la remplir pleinement. Sa capacité à le faire suppose des moyens suffisants, des juges compétents, des avocats engagés mais elle dépend plus encore de la confiance des citoyens qu'il lui appartient de mériter. « *C'est la confiance du citoyen qui permet de s'assurer que la Constitution ne soit pas qu'un chiffon de papier* » écrit Stephen BREYER, ancien juge de la Cour suprême américaine. Le formule vaut pour tous les pays et pour tous les juges.

**ACCUSATIONS DE GOUVERNEMENT
DES JUGES : DE QUOI PARLE-T-ON ?**

*par Thibault HERRMANN, inspiré du dîner-débat
avec Dominique PERBEN*

L'accusation de gouvernement des juges est employée pour qualifier le traitement juridictionnel de nombreuses affaires, de la mise en cause d'un ministre en fonctions ou ayant quitté ses fonctions à une décision sur la légalité d'un texte pris par le Gouvernement ou la constitutionnalité d'une loi votée par le Parlement. La thèse du gouvernement des juges affirme que les institutions juridictionnelles empiètent sur le pouvoir politique au détriment de la séparation des pouvoirs.

John LOCKE puis MONTESQUIEU sont les premiers qui ont véritablement théorisé ce principe permettant que le pouvoir s'exerce de façon mesurée, proportionnée et en limitant tant les risques d'arbitraire que de confrontation voire de guerre civile. Dès 1777 en effet, MONTESQUIEU écrit dans *De l'esprit des lois*, que « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». D'où la typologie moderne des trois branches du pouvoir, exécutif, législatif, judiciaire. Ce *leitmotiv* présente ainsi l'intérêt de contenir les excès de l'autoritarisme susceptible de menacer la démocratie.

Les démocraties contemporaines qu'elles prennent la forme d'Etats unitaires ou fédéraux ont ainsi organisé la légitimité d'action et d'élection de ces trois branches. Le pouvoir législatif est dévolu à un Parlement dont au moins l'une des deux chambres est élue au suffrage universel direct. Le pouvoir exécutif est exercé par un Gouvernement qui procède de la légitimité de la chambre élue

directement, ce qui implique une séparation législatif-exécutif souple, ou de la désignation par le chef de l'Etat qui possède sa propre légitimité populaire, ce qui implique une séparation législatif-exécutif stricte. Quant à la justice, elle peut soit procéder de mécanismes d'élection populaire comme dans les Etats américains ou de désignation par le pouvoir exécutif avec une institution chargée de prévenir les atteintes à son indépendance comme c'est le cas en France ou au niveau fédéral aux Etats-Unis.

La conception théorique de la séparation des pouvoirs n'est jamais pleinement mise en œuvre en raison des particularités historiques et des contingences politiques inhérentes à chaque Etat ou régime politique. Il s'agit donc de s'interroger sur la manière dont les interactions entre justice et politique font naître différents styles de pratiques institutionnelles en France. En effet, les temporalités modernes des relations entre les juridictions et la politique montrent que la juridictionnalisation du politique et de la politique est un processus contingent aux réalités historiques et questionne la légitimité du pouvoir.

I. Les temporalités modernes des relations entre justice et politique

Les rapports entre justice et politique fluctuent à travers les époques. La modernité politique française est influencée par la philosophie des Lumières dont la théorie de la séparation des pouvoirs de MONTESQUIEU.

Pourtant, une certaine subsidiarité existait déjà sous l'Ancien régime, laquelle a été remplacée à la Révolution par le légicentrisme jacobin réaffirmant une légitimité unique du pouvoir en France. Néanmoins, des mécanismes de juridictionnalisation ont vu le jour dès l'Empire et se sont particulièrement étoffés après la fin de la Seconde Guerre mondiale pour contrôler le politique.

Même sous l'Ancien régime, période où l'autorité royale se légitimait de droit divin, les décisions émanant du monarque étaient susceptibles de voir leur application restreinte par l'action des parlements. Ces cours de justice avaient la faculté de refuser d'enregistrer les édits royaux en cas d'infraction aux lois fondamentales du royaume. Il s'agit d'un embryon de contrôle de constitutionnalité qui pouvait être contourné par le roi s'il adressait une *lettre de jussion*. En cas d'entêtement d'un parlement, notamment s'il y avait remise en cause d'un privilège existant dans la province, à l'issue d'une *remontrance itérative*, le roi devait expressément retirer la délégation dont dispose le parlement par un *lit de justice* par lequel l'édit était enregistré d'office.

La Révolution a d'emblée aboli les Parlements le 3 novembre 1789, en dépit de leur opposition régulière au roi. Elle a de plus interdit aux juges, par la loi des 16-24 août 1790 puis par le décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795), de contrôler les actes de l'administration, ceux-ci tirant leur légitimité uniquement du pouvoir politique. Notre système juridictionnel est l'héritier de cet état de fait.

Progressivement, un ordre juridictionnel administratif, à part de l'ordre judiciaire, s'est affirmé en parallèle pour connaître des contentieux entre les particuliers et l'administration. La France possède donc deux cours suprêmes dans chacun des deux ordres juridictionnels, la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire et le Conseil d'Etat pour l'ordre administratif.

Dès lors, le mouvement de juridictionnalisation de la politique s'est engagé sur la base des compétences de la juridiction administrative pour juger l'administration. Cependant, la légitimité démocratique du pouvoir fait en théorie obstacle à ce qu'il puisse être porté atteinte aux décisions politiques par nature, d'où la théorie du mobile politique et des actes de gouvernement qui bénéficient d'une immunité juridictionnelle et ne sont donc pas attaquables par les tiers (Conseil d'Etat, 18 février 1875, *Prince Napoléon*). La juridiction administrative ayant toutefois gagné les attributs d'un contre-pouvoir, elle a la faculté de sanctionner ce qui apparaît dans son interprétation comme des errements dans la légitimité démocratique. A l'occasion de l'arrêt du 16 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, le Conseil d'Etat annule les dispositions d'une ordonnance, acte réglementaire, pris sur le fondement d'une loi référendaire qui visait à déroger à la procédure pénale définie par la loi. En effet, on pouvait imaginer que la théorie des actes de gouvernement ferait obstacle au contrôle juridictionnel en raison du mobile politique, mais tel ne fut pas le cas pour un texte modifiant les

garanties de la procédure pénale en raison du caractère législatif par nature de cette matière.

A une échelle plus large, la période courant de la fin de la Seconde Guerre mondiale à la chute du rideau de fer voit l'affirmation des mécanismes de contrôle juridictionnel du politique en Europe. Les mécanismes de contrôle de constitutionnalité, pouvant être inspirés de la pratique américaine mais effectués de manière concentrée au niveau d'une cour constitutionnelle, sont aujourd'hui la règle dans les constitutions européennes. En France, si le contrôle de constitutionnalité a été institué par la Constitution de 1958 pour faire respecter la séparation entre le domaine du législateur et celui du pouvoir réglementaire du Gouvernement, il a connu une réforme importante en 2008 par la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) permettant à tout justiciable, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, de faire examiner la conformité de la loi qui lui est applicable aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

Si cette évolution étend les droits individuels face au pouvoir d'Etat, elle est critiquée pour insuffisance par certains juristes. Paul CASSIA allègue en ce sens que la conformité aux droits et libertés est soutenue à toutes les étapes de la procédure, devant la juridiction le cas échéant saisie en premier lieu de la QPC, puis devant la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel en question qui agit comme filtre et enfin devant le Conseil constitutionnel où le Gouvernement

désigne un défenseur. Il n'en demeure pas moins que la QPC a plusieurs fois contraint le législateur à infléchir ses textes ce qui démontre l'existence d'un réel pouvoir de contrôle.

Ce mouvement de juridictionnalisation ne se concentre pas au plan national mais passe aussi par la montée en puissance des cours européennes, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) qui est celle du Conseil de l'Europe pour faire respecter la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il faut cependant distinguer entre juger *la* politique, c'est-à-dire des mesures ayant un effet social engageant la responsabilité de la collectivité, et juger *le* politique, c'est-à-dire un individu en détachant sa responsabilité personnelle de la légitimité démocratique du pouvoir qu'il détient.

II. La juridictionnalisation du politique : qui juger et que juger ?

La question de la responsabilité du politique pour les actes commis durant ses fonctions et non détachables de celles-ci (par opposition notamment des actes de la vie privée) doit être posée à l'aune du dépassement de la politique par les exigences de la justice transnationale dans le cas de crimes particulièrement graves mais aussi, dans les sociétés démocratiques, à l'aune d'une dialectique entre la légitimité du pouvoir souverain et des actes de la personne qui l'incarne. Il n'est pas question ici des mécanismes de

démocratique tels que les investitures ou votes de défiance parlementaires marquant la responsabilité politique d'un Gouvernement ou encore les procès en destitution d'un chef d'Etat en fonctions. La responsabilité du politique pour le politique, puisqu'il faut l'appeler ainsi, est appréciée par des instances extérieures à la vie politique au nom d'une légitimité internationale ou des principes généraux reconnus comme partagés à l'échelle de l'Humanité.

Cette responsabilité se heurte classiquement à l'immunité diplomatique, privilège consenti aux représentants des puissances étrangères afin que les nations puissent communiquer par les représentants qu'elles ont souverainement désignés. Les chefs d'Etat jouissent en outre d'une irresponsabilité du point de vue interne pour les actes commis durant leurs fonctions afin de consacrer un monarque ou de marquer l'autorité d'un élu du suffrage universel. En France, aux termes du premier alinéa de l'article 67 de la Constitution : « *Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.* » Si l'article 68 renvoie à la procédure de destitution par le Parlement constitué en Haute Cour qui engage une responsabilité politique pour un fait politique, l'introduction de la référence à l'article 53-2 a été rendue nécessaire par la confirmation par le Conseil constitutionnel que l'immunité présidentielle faisait obstacle à ce que le Président de la République soit traduit devant la Cour pénale internationale. Il y a

donc reconnaissance de la faculté par des juges internationaux de juger des décisions politiques qualifiées de criminelles par le statut de ladite juridiction.

Une telle hypothèse n'est pas théorique puisqu'on a vu cette cour délivrer un mandat d'arrêt à l'égard du président russe Vladimir POUTINE en vue de le faire comparaître pour des crimes commis dans le cadre de la guerre de la Russie contre l'Ukraine qu'il a déclenchée le 24 février 2022. En dépit de la portée dissuasive d'une telle décision qui a considérablement restreint les déplacements du Président russe, les Etats signataires du traité instituant la Cour pénale internationale se trouvent confrontés au dilemme de l'immunité diplomatique et de l'arrestation d'un chef d'Etat étranger en fonctions. A cet égard, une commission de juristes sud-africains a statué que le gouvernement de ce pays aurait l'obligation de procéder à l'arrestation en cas de venue du Président russe, ce qui contredit des déclarations initiales de l'exécutif sud-africain.

S'il existe des procédures exceptionnelles entre les mains des juridictions internationales compétentes pour juger les auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'Humanité, la responsabilité du politique pour la politique menée peut sous certains aspects être engagée devant des juridictions nationales. Or, les démocraties respectent le verdict des élections organisées de manière libre et transparente. Les personnalités politiques

fonctions le sont non pas à raison de celles-ci mais à raison d'infractions pénales en vigueur en droit interne. Les accusations de gouvernement des juges affirment que le jugement du politique est de pure forme et qu'il s'agit en réalité de juger de la politique. Il appartient dès lors au législateur de faire la part des choses en relation avec les attentes des citoyens qui se sont renforcées dans les démocraties occidentales en faveur de la gestion publique loyale et du renforcement de la responsabilité publique.

*

En somme, les interactions réciproques entre justice et politique sont consubstantielles à l'existence de ces deux pôles de la vie politique d'un Etat démocratique. Adossées à des instances distinctes présentant leur propre mode de légitimité, justice et politique doivent respecter l'essence de chacune des deux fonctions de juger et d'administrer sous réserve des mécanismes mis en place pour punir les crimes les plus graves transcendant le droit de chaque nation. Une conception contemporaine et actuelle de la séparation des pouvoirs ne peut s'abstraire des attentes des citoyens en matière de transparence et de prise de recul sur les décisions prises en leur nom. Ainsi, l'expression de la démocratie par les consultations électorales ne peut-elle faire obstacle dans certains cas à la responsabilité individuelle du politique.

**QUELLES SOLUTIONS POUR
RETABLIR L'EQUILIBRE DU POUVOIR
JUDICIAIRE ?**

par Hugo CRUGUT



Les accusations sur le gouvernement des juges suscitent une perte de confiance des citoyens le système judiciaire, faisant émerger la nécessité de rétablir un équilibre. Cette problématique est d'autant plus importante en cette période de crise démocratique que nous semblons traverser. Plusieurs pistes de réflexion sont possibles pour rétablir l'équilibre du pouvoir.

Renforcement de l'indépendance de la magistrature

L'indépendance des juges constitue le socle fondamental de la justice impartiale. Pour préserver cette indépendance et éloigner les influences extérieures, une série de réformes peut être envisagée. Par exemple, la refonte des mécanismes de nomination des magistrats, en s'inspirant de modèles internationaux, tels que celui observé chez nos voisins allemands, où l'expérience se révèle être un critère déterminant pour la sélection des juges constitutionnels.

Cependant, le renforcement de l'indépendance des juges ne se limite pas à leur nomination. Il s'agit également d'assurer une autonomie totale dans la gestion budgétaire et administrative des tribunaux. En consolidant cette autonomie, on prévient efficacement toute tentative d'ingérence politique.

L'exemple de nombreux États étrangers, où la séparation stricte des pouvoirs et la préservation de l'indépendance judiciaire ont été renforcées, souligne l'importance de ces mesures pour une justice équitable et impartiale. En s'appuyant sur ces expériences internationales et en adaptant ces principes à la réalité française, il est possible de poser les

fondations d'un système judiciaire plus solide, ancré dans la vertu de l'indépendance.

Promotion de la transparence et de la responsabilité

La transparence au cœur du système judiciaire apparaît essentielle pour restaurer et consolider la confiance du public. Cela nécessite une démarche visant à rendre compte de manière explicite et accessible des décisions prises par les juges.

La clarification des critères de promotion au sein de la magistrature est tout aussi cruciale. Des règles claires et objectives pour l'avancement professionnel des juges sont indispensables pour garantir une progression basée sur le mérite, l'expérience et l'engagement éthique. Cette transparence dans les voies de promotion permettrait d'éviter toute suspicion de favoritisme ou de partialité, renforçant ainsi la crédibilité de la justice.

De plus, l'établissement de règles éthiques strictes pour les juges constitue un pilier fondamental de cette transparence. Ces règles déontologiques claires et contraignantes fixeraient des normes élevées de comportement professionnel et personnel, assurant ainsi l'intégrité et l'impartialité des magistrats.

En somme, la promotion de la transparence et de la responsabilité au sein du système judiciaire français est un impératif pour consolider la confiance du public. En adoptant des pratiques plus ouvertes, explicites et éthiques, la magistrature s'inscrit dans une dynamique de reddition de comptes et de renforcement de son lien avec la société,

légitimité de la justice.

Renforcement des mécanismes de contrôle

L'indépendance du pouvoir judiciaire est essentielle, mais cela ne doit pas exclure des mécanismes de contrôle interne qui assurent une plus grande responsabilité et transparence. Pour renforcer ces contrôles sans compromettre l'autonomie judiciaire, la mise en place de comités d'éthique indépendants représente une voie prometteuse.

Ceux-ci viendraient en complément du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) qui a déjà pour mission de superviser l'éthique et la déontologie des magistrats, d'examiner les questions disciplinaires, de conseiller les magistrats et de contribuer à la formation continue.

Cependant, l'idée derrière la création de comités d'éthique en complément du CSM serait de renforcer et d'approfondir la surveillance éthique et la transparence au sein du système judiciaire. Ces comités pourraient être spécifiquement dédiés à la surveillance éthique, fournissant une expertise approfondie et se concentrant exclusivement sur ces questions.

Le CSM, en raison de ses multiples responsabilités, peut parfois être confronté à des limitations dans sa capacité à se concentrer exclusivement sur les aspects éthiques. Ainsi, des comités d'éthique pourraient offrir une spécialisation supplémentaire dans ce domaine, contribuant à une surveillance plus approfondie et à des recommandations ciblées concernant l'éthique judiciaire.

Cette démarche contribuerait à consolider la confiance du public en démontrant que

des mécanismes de surveillance internes existent pour garantir que les décisions judiciaires sont prises dans le respect des normes éthiques les plus rigoureuses. Elle souligne également l'engagement continu envers l'intégrité et la responsabilité au sein de la magistrature, renforçant ainsi la légitimité du pouvoir judiciaire.

Dialogue renforcé entre les pouvoirs

La cohésion entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est indispensable pour garantir la stabilité et l'équilibre du système politique. Pour prévenir les tensions et promouvoir le respect mutuel des prérogatives de chacun, un dialogue constructif et continu entre ces entités s'avère impératif.

La création d'espaces de dialogue réguliers, tels que des débats publics ou d'autres types de concertations, représente une voie essentielle pour favoriser une compréhension des enjeux relatifs à chaque pouvoir. Ces échanges permettraient d'aborder ouvertement les défis et les préoccupations de chaque institution, contribuant ainsi à dissiper les malentendus. Ces débats publics pourraient être médiatisés pour offrir à la population une meilleure compréhension des interactions entre les pouvoirs et des raisonnements sous-tendant certaines décisions politiques et judiciaires.

Toutefois, la limite à cela est le statut d'indépendance que doivent respecter les magistrats qui implique une certaine discrétion professionnelle. Il ne s'agit pas de remettre ce statut en cause puisque cela ne ferait qu'aggraver le problème de l'indépendance judiciaire. Néanmoins, ce rôle de représentation des magistrats au sein des dialogues pourrait être assuré

par les syndicats de la magistrature.

En somme, cette démarche contribuerait à consolider les fondements de la démocratie en favorisant une collaboration harmonieuse entre les pouvoirs, renforçant ainsi la légitimité et l'efficacité de l'action publique tout en préservant l'indépendance et l'autonomie inhérente à chaque institution.

Conclusion

Ainsi, les réponses à la problématique du gouvernement sont complexes et multiples. Une articulation efficace de ces solutions permettrait peut-être de rétablir l'équilibre du pouvoir judiciaire, ou tout du moins de réduire le déséquilibre. Il s'agit ici de proposer des bases de réflexion pour contribuer au débat sur les réponses possibles face au gouvernement des juges et de la même manière à la crise démocratique actuelle.

Le gouvernement des juges n'est cependant pas la seule cause de la défiance des citoyens. D'autres problèmes se posent, notamment au sein du pouvoir exécutif et de la classe politique. Rétablir l'équilibre du pouvoir judiciaire ne serait donc qu'un pilier parmi d'autres dans les fondations de la démocratie.



Rejoignez le Cercle Orion !

<https://cercleorion.com>

La Revue Vision Orion - n° 3

Décembre 2023

Président du Cercle Orion : **Alexandre MANCINO**

Directrice des Etudes : **Léa SCHÜLER**

Avec

Hugo CRUGUT, Thibault HERRMANN et Bernard STIRN