

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270
du 22 décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2023

Mercredi 22 mars 2023

Troisième épreuve d'admissibilité : 5h (coefficient 4)

**NOTE DE SYNTHÈSE À PARTIR D'UN DOSSIER DE
NATURE JURIDIQUE**

**Rédigez, en vous appuyant exclusivement sur les
documents joints, une note de synthèse d'environ
quatre pages, sur
« la judiciarisation de la vie publique ».**

Liste des documents

Document 1 : P. Bonnacarrère, C. Cukierman, La judiciarisation de la vie publique, Rapport d'information, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 mars 2022 (extraits) - 11 pages

Document 2 : Audition de M. Dominique Rousseau par la Mission d'information sénatoriale Judiciarisation, 18 janvier 2022 - 2 pages

Document 3 : Audition de M. Antoine Garapon par la mission d'information sénatoriale Judiciarisation, 11 janvier 2022 - 2 pages

Document 4 : P. Jan, « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », Après-Demain, 2017/1 - 4 pages

Document 5 : J.-P. Derosier, « Des tensions entre justice et politique », Études 2022/4 - 3 pages

Document 6 : F.-N. Buffet, « En matière pénale, beaucoup de situations pourraient se gérer à droit constant », Le Monde, 16 mars 2022 - 1 page

Document 7 : Audition de M. Bernard Stirn par la mission d'information sénatoriale Judiciarisation, 8 février 2022 - 3 pages

Document 8 : Rapport de la Commission de réflexion « Cour de cassation 2030 », juillet 2021 (extraits) - 2 pages

Document 9 : F. Blanc, « La justice : un pouvoir qui doit collaborer avec le législatif », Droit administratif, juin 2022 - 1 page

Document 10 : Audition de M. Bertrand Mathieu par la Mission d'information sénatoriale Judiciarisation, 18 janvier 2022 - 2 pages

Document 11 : J.-M. Sauvé, « L'étendue et les limites du pouvoir du juge », intervention au Colloque européen sur le juge et la politique, 31 octobre 2014 - 5 pages

Document 1 : P. Bonnacarrère, C. Cukierman, La judiciarisation de la vie publique, Rapport d'information, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 mars 2022 (extraits) – 11 pages

A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL

S'il est certain que « *l'autorité des juges s'accroît dans le monde aujourd'hui* », comme l'indiquait Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil État et membre de l'Institut, les conclusions qui sont tirées de ce constat diffèrent.

Plusieurs interlocuteurs de la mission - notamment Bertrand Mathieu, professeur de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Pierre Steinmetz, ancien membre du Conseil constitutionnel et Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel - estiment que **l'équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est en passe d'être rompu au bénéfice du pouvoir du juge** qui s'étendrait au point d'empiéter sur les prérogatives du politique.

Pour autant, comme le reconnaît Bertrand Mathieu, si cette évolution peut entraîner un **affaiblissement du pouvoir législatif**, elle traduit aussi un **approfondissement de l'État de droit**.

1. Un juge acteur du processus normatif dont le rôle s'est renforcé au cours des dernières décennies

a) Une extension continue du contrôle du juge

Reconnu dès les années 1950 par le Conseil d'État tant pour les **actes administratifs** que pour les **décisions juridictionnelles**, le **droit au recours** est définitivement consacré en 1996 par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 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* », dont il résulte « *qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ».

Dans ce contexte, **peu d'actes administratifs échappent aujourd'hui au contrôle du juge**. [...]

b) Un contrôle du juge qui a gagné en intensité

Le contrôle du juge a gagné en étendue mais aussi en intensité.

Historiquement **restreint**, le contrôle du juge administratif était limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. L'intensité du contrôle du juge administratif n'a cessé de s'approfondir jusqu'à devenir un **contrôle dit « normal » ou « entier »**. La limitation d'une liberté, par une mesure de police administrative par exemple, fait l'objet d'un **entier contrôle de proportionnalité depuis l'arrêt Benjamin** par lequel le juge se livre à un « *triple test* » pour s'assurer que la mesure est « *nécessaire, adaptée et proportionnée* ».

Comme l'ont indiqué les représentants des organisations syndicales de magistrats administratifs, **le contrôle de proportionnalité est dans « l'ADN » du juge administratif. De nombreuses décisions ou actes administratifs sont désormais soumis à ce contrôle normal**, comme les **sanctions disciplinaires infligées aux détenus** depuis un revirement de jurisprudence de 2015: à l'origine considérées comme des mesures d'ordre intérieur, puis soumises à un contrôle restreint, elles sont désormais l'objet d'un contrôle normal, par lequel le juge doit vérifier que la sanction prononcée n'est pas disproportionnée par rapport à la gravité des faits reprochés.

Le juge administratif opère également depuis les années 1970 un **contrôle dit du « bilan »** par lequel il met en balance les avantages et inconvénients de certaines décisions publiques, contrôle assez peu utilisé hormis en matière d'expropriation.

Le juge administratif dispose de pouvoirs encore plus étendus dans les matières qui relèvent du **plein contentieux (ou contentieux de pleine juridiction)**, dans lesquels il peut non seulement annuler ou valider un acte administratif mais également le **réformer voire lui en substituer un nouveau**. Il peut également **condamner l'administration au versement de dommages et intérêts**. Les matières concernées sont variées, comme le contentieux contractuel, électoral, fiscal, celui de la protection de l'environnement, des droits sociaux ou encore des sanctions administratives.

Pour le **juge judiciaire, c'est le droit international**, et plus particulièrement celui de la **Cour européenne des droits de l'homme**, qui a **« directement conduit à l'introduction du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation »**, comme l'indique Pascal Chauvin, président de la première chambre civile. Ce contrôle peut être défini comme celui **« exercé par une juridiction et consistant à vérifier concrètement que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par une convention internationale ou par une norme nationale au regard du but légitime poursuivi par cette règle »**. S'appuyant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales, **la Cour de cassation a ainsi écarté en 2013 l'application de l'article 161 du code civil qui prohibe le mariage entre ascendants, descendants et les alliés dans la même ligne**, au motif que la nullité prononcée par une cour d'appel du mariage d'un homme avec son ex-belle-fille constituait une **« ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect dû à la vie privée et familiale de l'épouse »**, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans. Comme l'explique Pascal Chauvin, la Cour de cassation a voulu éviter une éventuelle condamnation par la Cour de Strasbourg, pour qui les limitations au droit de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint **« dans sa substance même »**. **Un juge peut donc écarter une loi pour les besoins d'une affaire particulière, même si cette mise à l'écart est ponctuelle.**

Quant au **Conseil constitutionnel**, il opère très souvent un **contrôle de proportionnalité** au sens strict pour **« vérifier si les effets bénéfiques de la mesure décidée par le législateur l'emportent sur ses effets préjudiciables et que les garanties encadrant sa mise en oeuvre sont proportionnées à l'atteinte à la liberté en cause »**.

Certains droits et libertés dits **« de premier rang »** bénéficient d'une protection renforcée, **« lorsque le Conseil exige que toute limitation apportée par le Parlement soit justifiée par la mise en oeuvre d'un principe, d'un objectif ou d'un autre droit de valeur constitutionnelle »**. S'inspirant de la cour constitutionnelle allemande, il a pour la première fois en 2008 **opéré le même « triple test »** que le juge administratif, en vérifiant que l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir par une mesure de rétention de sûreté était **« nécessaire, adaptée et proportionnée »**, à

la finalité poursuivie. Le **champ d'application de ce contrôle approfondi s'est depuis étendu** aux atteintes à la liberté de communication ou au droit d'expression collective des idées et opinions, qui couvre tant les libertés de réunion que de manifestation ; ainsi qu'à celles portées au droit au respect de la vie privée et à celui de mener une vie familiale normale.

Interrogée sur la question, l'Union syndicale des magistrats reconnaît que le **contrôle de proportionnalité « renforce considérablement les pouvoirs du juge et peut laisser place à sa subjectivité »** sans se prononcer sur la légitimité de ce contrôle. François Molinié, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, estime que la **technique de cassation permet « d'encadrer l'exercice de ce contrôle, qui est loin d'être un contrôle absolu ou en opportunité, dans des limites assurant le respect des prérogatives du Parlement »**.

Pour autant, Jean-Éric Schoettl en **souligne les excès potentiels**, craignant que par ce contrôle de proportionnalité, **« le juge constitutionnel substitue son appréciation à celle du législateur et le juge administratif fait de même à l'égard du pouvoir réglementaire »**. [...]

d) Un pouvoir prétorien du juge consubstantiel à sa mission

En vertu de l'article 4 du code civil, **le juge ne peut refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »**, au risque de se voir reconnu coupable de **« déni de justice »** ; mais il lui est, dans le même temps, à l'article 5, **défendu de se « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire »**, c'est-à-dire **de se substituer au législateur ou à l'exécutif**.

Comme l'a rappelé François Molinié, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, entendu par le rapporteur, cette **mission jurisprudentielle n'est pas nouvelle** et depuis longtemps **« des pans entiers du droit ont été construits par le Conseil d'État et la Cour de cassation »**. Il a indiqué se référer, tout comme les magistrats, aux travaux parlementaires pour interpréter la loi si le texte est ambigu ou incomplet.

Le juge judiciaire assume pleinement jouer un rôle normatif, comme en témoigne une étude récente de la Cour de cassation sur le sujet. Il a notamment **édifié le droit commun de la responsabilité civile en se fondant sur cinq articles du code civil quasiment inchangés depuis 1804**, en prenant en compte dans sa jurisprudence les évolutions technologiques et scientifiques. Sur un point plus ponctuel, **en l'absence de disposition législative ou réglementaire spécifique**, la Cour de cassation a jugé qu'il entrait dans les attributions d'un conseil de l'ordre des avocats **d'interdire le port de tout signe distinctif manifestant une appartenance ou une opinion religieuse, philosophique, communautaire ou politique avec la robe d'avocat**.

Quant au **droit administratif** il est, historiquement, un droit **largement prétorien** - le droit de la responsabilité de la puissance publique en fournit un exemple typique - **partiellement codifié** par le législateur dans les années récentes pour améliorer l'accessibilité du droit, en reprenant de nombreuses solutions jurisprudentielles et principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État. L'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration a par exemple consacré dans la loi le principe dégagé par l'arrêt *Ternon* selon lequel l'administration ne dispose que de quatre mois pour abroger ou retirer une décision illégale créatrice de droits. Autre illustration, les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif ont permis l'application aux agents publics de règles du droit du travail qu'aucun texte n'étendait expressément aux agents publics.

Selon les représentants de l'Union syndicale des magistrats, entendus par le rapporteur, « *si le rôle du législateur est bien de créer la norme, celui du juge est de lui donner vie en l'adaptant, à l'issue d'un échange contradictoire avec les parties et leurs conseils auquel le juge ne peut se dérober, à une situation concrète et assurer la paix sociale* ». Ainsi, le juge interprète la norme pour l'appliquer aux situations individuelles qui lui sont soumises en donnant une portée concrète à la règle de droit jusqu'à, parfois, la créer, en l'absence de texte. [...]

3. La tendance à la pénalisation de la vie politique

La mission s'est également intéressée à un autre aspect de la judiciarisation de la vie publique, que l'on peut décrire comme une tendance à la « pénalisation » de la vie politique. Elle consiste à rechercher la responsabilité pénale des élus ou des membres du Gouvernement pour des faits qui auraient autrefois donné lieu à une mise en cause de leur responsabilité politique ou à un contrôle par le juge administratif.

Pour l'universitaire Cécile Guérin-Bargues, la pénalisation de la vie politique est l'aspect le plus marquant du phénomène plus général de judiciarisation « *en raison de sa dimension symbolique et de sa résonance médiatique* ».

a) Un phénomène qui a trouvé une nouvelle actualité

La crise sanitaire liée au covid-19 en a fourni une illustration frappante depuis deux ans. Entre le 28 juillet et le 31 décembre 2021, la Cour de justice de la République (CJR), compétente pour juger des crimes et délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, a ainsi reçu pas moins de **19 685 plaintes**, alors qu'elle en recevait auparavant qu'une quarantaine chaque année. Le pôle de santé publique du parquet de Paris a également été confronté à un afflux considérable puisque 18 400 plaintes avaient été reçues au mois de septembre 2021.

À l'initiative du parquet de Paris, plusieurs informations judiciaires ont été ouvertes contre X sur le fondement des délits d'abstention volontaire de combattre un sinistre, de mise en danger de la vie d'autrui, ou encore d'homicides et blessures involontaires. Des **perquisitions** ayant eu un fort retentissement médiatique ont été conduites, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte par la CJR, aux bureaux et aux domiciles de l'ancien Premier ministre Édouard Philippe, du ministre de la santé Olivier Véran, des anciennes ministres Agnès Buzyn et Sibeth Ndiaye et du directeur général de la santé Jérôme Salomon. La commission d'instruction de la CJR, a par ailleurs **mis en examen** Agnès Buzyn, considérant qu'il existait des indices graves et concordants que l'ancienne ministre de la santé ait pu commettre le délit de mise en danger délibérée de la vie d'autrui, et elle l'a placée sous le statut de témoin assisté du chef d'abstention volontaire de combattre un sinistre. [...]

c) Un risque de paralysie de l'action publique ?

Cette tendance à la pénalisation peut-elle paralyser l'action publique, ou à tout le moins freiner la prise d'initiatives par les décideurs publics ? L'ancien Premier ministre Édouard Philippe a posé la question sans ambages, le 21 octobre 2020, devant la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la gestion de la crise sanitaire : « *Comment est-ce qu'on gère une crise sanitaire [...] quand vous avez immédiatement le risque pénal sur le dos ? Vous devriez réfléchir à ça, car c'est très difficile, pour les responsables publics, administratifs ou politiques* ».

Cette question avait déjà été posée, près de vingt ans plus tôt, le 23 janvier 1999, par l'ancien Premier ministre Laurent Fabius, qui déclarait, devant la Cour de justice de la République : « *Il serait extrêmement dangereux, confondant le politique et le pénal, de faire jouer la responsabilité pénale à tort, car on aboutirait alors à l'inverse du but recherché, c'est-à-dire au risque de voir les responsables refuser de se saisir des problèmes les plus difficiles, refuser de décider, bref la paralysie, et finalement - par un détournement paradoxal - l'irresponsabilité* ». [...]

4. Un pouvoir illégitime et sans contrôle ?

Le constat d'un pouvoir accru des juridictions depuis plusieurs décennies pose la question de la légitimité des magistrats à exercer ce pouvoir et du contrôle démocratique qui peut être exercé sur leur action.

Certains auteurs discernent en termes vifs un danger pour la démocratie. Jean-Éric Schoettl a intitulé son dernier ouvrage « *La Démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges* » et il évoque le « *caprice du juge* » qui se serait substitué au « *caprice du prince* ». Et l'universitaire Anne-Marie Le Pourhiet, professeure de droit public à l'université Rennes-I, de s'interroger : « *s'il est établi que l'on gouverne dans les prétoires, alors pourquoi se rendre dans l'isolement ?* ». [...]

Alors que le pouvoir exécutif est soumis au contrôle du Parlement et que les parlementaires eux-mêmes sont régulièrement soumis au jugement de leurs électeurs, on peut se demander devant quelle autorité les magistrats rendent aujourd'hui des comptes. Comme l'indiquait Jean-Eric Schoettl, « *contrairement à la fonction publique, qui répond devant l'autorité ministérielle, ou au Gouvernement, qui répond devant le Parlement, ou au Parlement, qui répond devant le peuple, le juge est inamovible et ne répond devant personne, pas même devant sa hiérarchie* ».

Traditionnellement, en cas de désaccord avec une décision de justice, le législateur retrouvait le dernier mot en modifiant la règle applicable. Cet exercice est singulièrement compliqué lorsqu'une disposition législative est écartée au nom du contrôle de constitutionnalité ou du contrôle de conventionnalité. Réviser la Constitution n'est pas impossible - vingt-quatre révisions sont intervenues depuis 1958 - mais obéit à des règles de majorité exigeantes - approbation du projet dans les mêmes termes dans les deux chambres puis approbation par un vote du Congrès à la majorité des trois cinquièmes ou par référendum. L'obstacle n'est, de même, pas facile à franchir lorsque modifier la règle exige de dégager un consensus parmi les 27 États membres de l'Union européenne ou les 47 États membres du Conseil de l'Europe pour réviser les traités à l'unanimité. [...]

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont vigoureusement contesté l'idée d'un pouvoir grandissant des juridictions ou ont invité à le nuancer. Le professeur Anne Levadé a rappelé que le **droit n'est pas une fin en soi mais bien un outil dont l'objet est de « mettre en musique juridique » les principes décidés démocratiquement**. De même, Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, « *ne croit pas que la situation actuelle fasse apparaître de dérives inquiétantes* ».

Si l'intention ainsi exprimée est incontestable, il est permis d'être prudent quant à la réalité de la séparation des pouvoirs en 2022 (qualifiée de fiction par un universitaire auditionné) : entre une assez large agrégation de l'exécutif et du législatif, d'une part, et l'interaction avec le pouvoir

des juges, d'autre part, l'analyse de votre rapporteur serait plutôt celle de pouvoirs hybrides plutôt que séparés, mais ceci sera évoqué plus loin.

Les représentants des organisations syndicales de magistrats, qu'ils soient administratifs ou judiciaires, tout comme ceux de la profession d'avocat, ont rejeté le constat d'un pouvoir juridictionnel « *grandissant* » au détriment des autres pouvoirs - législatif et exécutif - **rappelant qu'ils sont, avant tout, défenseurs de la séparation des pouvoirs.** [...]

2. Une pénalisation parfois spectaculaire mais qui aboutit à peu de condamnations

En ce qui concerne ensuite la tendance à la pénalisation de la vie politique évoquée précédemment, plusieurs éléments doivent être mentionnés qui conduisent à en relativiser l'importance et les effets.

a) Le bilan modeste de l'activité de la Cour de justice de la République

S'agissant de la responsabilité pénale des ministres, le président de la Cour de justice de la République (CJR), Dominique Pauthe, a rappelé au cours de son audition que la formation de jugement de la CJR ne s'est réunie qu'à **sept reprises** depuis sa création en 1993 et qu'elle n'a pas fait preuve d'une particulière sévérité. Ont en effet été prononcés quatre relaxes, deux dispenses de peine et quatre condamnations à une peine ; la première peine a été fixée à un an d'emprisonnement avec sursis, la seconde à trois ans d'emprisonnement avec sursis, 22 euros d'amende et cinq ans de privation du droit de vote, la troisième à un mois d'emprisonnement avec sursis et 5 000 euros d'amende, la quatrième à deux ans d'emprisonnement avec sursis et 100 000 euros d'amende.

Ce rappel a amené le président Pauthe à s'interroger : « *peut-on considérer que par de telles décisions, la Cour a exercé une quelconque emprise sur le pouvoir politique ?* ». Le faible nombre de procès et le niveau modeste des peines prononcées peuvent légitimement conduire à en douter. [...]

b) Des poursuites contre les élus locaux qui semblent orientées à la baisse

Le ministère de la justice ne dispose pas de statistiques permettant de connaître précisément le nombre de décideurs publics poursuivis ou condamnés.

Concernant les élus locaux, les seules données disponibles sont celles publiées, chaque année, par l'Observatoire des risques de la vie territoriale et associative créé par la mutuelle SMACL Assurances, qui compte de nombreuses collectivités territoriales parmi ses clients. Même s'ils doivent être examinés avec prudence, les chiffres fournis par cet Observatoire suggèrent une tendance plutôt rassurante. [...]

c) Un écho médiatique et des conséquences politiques qui peuvent en revanche être importants

Plus que par le risque de condamnation, la tendance à la pénalisation de la vie politique peut avoir un effet délétère sur la capacité de décision des responsables publics en raison de la crainte qu'une mise en cause par la justice rencontre un fort écho médiatique et nuise à leur carrière politique. [...]

3. Ce sont les citoyens qui saisissent le juge : une tension entre la défense des droits de l'individu et la poursuite de l'intérêt général ?

Plusieurs interlocuteurs entendus par la mission, les syndicats de magistrats judiciaires notamment, ont souligné que la justice ne s'autosaisissait jamais et qu'elle se contentait de répondre aux requêtes des citoyens. Les juridictions ne cherchent pas à étendre leur pouvoir mais elles sont tenues de répondre aux sollicitations nombreuses et variées de la société. Le professeur Laurence Burgogue-Larsen a rappelé devant la mission que « *les juridictions ne sont pas proactives, mais réactives. De fait, de plus en plus de questions politiques, économiques ou sociales leur sont déferées* ».

Le fait que les citoyens se tournent vers les juridictions confère à ces dernières une forme de légitimité, complémentaire de la légitimité qu'elles tirent de la Constitution, de la loi ou des traités qui fixent leurs missions. [...]

b) La judiciarisation résulte de mutations sociales profondes

La judiciarisation des rapports sociaux, et partant de la vie publique, a des causes profondes dont l'analyse détaillée appellerait un véritable travail sociologique que la mission n'avait pas vocation à conduire. On peut cependant avancer, à grands traits, quelques principaux éléments d'explication.

Le procureur général près la Cour de cassation, François Molins, a d'abord insisté devant la mission sur la « juridicisation » des rapports sociaux, qui conduit à faire trancher par les tribunaux, en appliquant une règle de droit, des litiges qui auraient autrefois été résolus en faisant appel à des formes traditionnelles de médiations des différends. Il a également rappelé que l'État avait connu, après 1945, une extension considérable de ses domaines d'intervention, en raison notamment de la constitution de l'État-Providence, ce qui multiplie les occasions de contester en justice des décisions prises par les pouvoirs publics.

Le juge est perçu par les citoyens comme un « tiers impartial », pour reprendre l'expression de René Cassin, à l'écart du jeu politique partisan, qui peut apporter une réponse à toutes les difficultés, qu'elles soient personnelles, familiales, nationales... Pour la Première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, « *il est indéniable que les citoyens saisissent nos juridictions pour régler toutes les difficultés, litiges et conflits, auxquels ils sont confrontés au quotidien* ».

Certains auteurs pointent les transformations sociologiques qui ont affecté le corps des magistrats. Dans les différents travaux qu'elle a consacrés à la question, Violaine Roussel indique que, jusqu'au milieu du XX^e siècle, magistrats et hommes politiques appartenaient au même univers de notabilité locale, ce qui pouvait les conduire à se protéger dans une certaine mesure. Cette proximité se serait érodée avec la création de l'École nationale de la magistrature (ENM), qui a favorisé l'accès à la profession de candidats aux profils plus diversifiés. Ce contexte pourrait expliquer que les magistrats hésitent moins à poursuivre et condamner des personnalités politiques. [...]

4. Des excès à corriger pour préserver l'efficacité de l'action publique

a) Certaines décisions du juge sont contestées lorsqu'elles paraissent, en opportunité, se substituer aux pouvoirs publics

[...]

Pour autant, certaines **décisions récentes** par lesquelles le juge administratif s'est prononcé dans le champ **économique et environnemental** sont très **discutées** car le **juge paraît** avoir fait **évoluer son office**, autrefois **limité au contrôle des actes administratifs**, à celui des **politiques publiques**.

Dans le champ **social**, après avoir **suspendu** en juin 2021 la **réforme de l'assurance-chômage** fixant de nouvelles règles de calcul de l'allocation, au motif que les **conditions du marché du travail n'étaient pas réunies pour atteindre « l'objectif d'intérêt général poursuivi »** par le Gouvernement de réduction du recours aux contrats courts, le **juge des référés** du Conseil d'État a finalement **validé** en octobre de la même année, le **décret en cause**, considérant qu'*« une évolution favorable est observée depuis plusieurs mois, la tendance générale du marché de l'emploi ne constitue ainsi plus un obstacle à la mise en place de la réforme »*.

Ces décisions ne manquent pas **d'interroger sur l'office du juge des référés**. Pour suspendre le décret, il a estimé qu'il **existait un « doute sérieux »** sur sa légalité, en raison d'une **erreur manifeste d'appréciation du Gouvernement dans la fixation de la date d'entrée en vigueur des nouvelles modalités de calcul** du salaire journalier de référence. Le rapporteur s'interroge sur la **légitimité du juge pour décider que la situation économique n'est pas propice** à l'entrée en vigueur de telle ou telle réforme. La frontière entre le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle en opportunité de la décision publique apparaît bien ténue. [...]

A. UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA QUALITÉ DE LA PRODUCTION NORMATIVE

De multiples interlocuteurs de la mission ont insisté sur les **conséquences de la prolifération normative et de la mauvaise qualité** de certains textes : cette situation crée un **espace pour le juge** qui doit interpréter des textes parfois ambigus, contradictoires entre eux ou instables. La Première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, notamment a déclaré que *« l'inflation législative qui peut conduire à fragiliser la cohérence de la législation, et par ricochet, la sécurité juridique, conduit inéluctablement le juge à préciser la portée de la norme, voire à la compléter lorsque cela est nécessaire »*.

C'est la raison pour laquelle la première manière de lutter, quoiqu'indirectement, contre un excès de judiciarisation consiste à mieux maîtriser la production normative nationale et européenne.

1. Améliorer la qualité et l'effectivité des textes

a) L'inflation normative n'est pas sans conséquence sur la fonction de juger

La réflexion sur l'inflation législative n'est à vrai dire pas nouvelle : Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, invitait à *« travailler davantage ensemble dans le souci de faire de bonnes lois »*, alors que le Conseil d'État s'est penché à plusieurs reprises sur cette question dans deux rapports publics de 1991 et 2006 sur la sécurité juridique.

Le rapport de 2006, notamment, avait mis en évidence le risque d'affaiblissement du Parlement : *« La volonté de tout inscrire dans la loi, outre qu'elle n'est pas conforme à la Constitution, conduit in fine à un résultat inverse de celui qui était recherché : la surcharge du »*

Parlement, puis sa dépossession ». L'analyse de Montesquieu, selon laquelle « *Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* » est donc toujours autant d'actualité.

Le nombre de lois promulguées varie chaque année entre 35 et 60 sur la période 2002 et 2020. Les **principaux codes en vigueur comprenaient ainsi près de 49 393 articles au 1^{er} janvier 2021**, contre 22 147 au 1^{er} janvier 2002, soit plus qu'un doublement... et ces chiffres ne prennent pas en compte tous les codes ni les lois non codifiées !

S'il n'explique pas le déséquilibre constaté par la mission d'information entre les pouvoirs institutionnels, ce contexte **met en lumière les contraintes dans lesquelles les juges exercent leurs fonctions juridictionnelles**, outre le manque de moyens - que le Sénat a largement documenté dans de nombreux travaux.

b) La recherche d'une plus grande autodiscipline

Lutter contre l'inflation normative suppose une plus grande autodiscipline de l'ensemble des acteurs, notamment du Gouvernement qui est à l'origine de 90 % des textes de loi. Cela implique de rompre avec l'illusion qui consiste à penser que l'on apporte une réponse à un problème seulement si une nouvelle loi est votée. Comme le notait François-Noël Buffet, président de la commission des lois du Sénat, dans une récente interview, « *la loi devient une réponse médiatico-politique à un problème ponctuel* ». Cela implique aussi de laisser le temps à la réflexion et à la délibération d'aboutir à des textes moins nombreux mais d'une meilleure facture et plus durables. [...]

B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE

1. Séparation des pouvoirs ne signifie pas ignorance mutuelle

Plutôt que de tenter de revenir à la situation qui prévalait il y a une cinquantaine d'années, la mission recommande de reconnaître que les juridictions exercent un véritable pouvoir et de développer de nouveaux espaces d'échanges et de dialogues, notamment avec le pouvoir législatif, afin de surmonter les tensions et les incompréhensions qui se font jour régulièrement entre les politiques et les juges.

a) La perspective d'un retour en arrière est peu convaincante

Sans s'interdire de proposer certains ajustements en ce qui concerne l'office du juge, la mission estime peu crédible la perspective de revenir à la situation du début des années 1970, avant l'abandon de la théorie de la « loi-écran », avant que les justiciables se voient reconnaître le droit de saisir la CEDH et avant la création de la QPC.

L'une des personnalités auditionnées a néanmoins esquissé un tel programme devant la mission, suggérant de dénoncer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de refonder les traités européens pour passer à une Europe des coopérations, de suspendre ou renégocier les actes du droit de l'Union contraires à nos intérêts nationaux supérieurs, de supprimer la QPC, mais également d'abroger les infractions non intentionnelles pour les ministres et de redonner le droit au ministre de la justice d'adresser des instructions écrites aux procureurs dans les dossiers individuels.

Sur le fond, la mission doute que le chemin proposé soit praticable : il marquerait un profond recul de la garantie des droits fondamentaux, qui serait sans nul doute mal perçu par nos concitoyens ; il ferait en outre disparaître l'acquis de soixante-cinq ans de construction européenne ; mettre à l'abri les ministres de toute poursuite pour faute non intentionnelle donnerait l'impression d'une impunité difficilement acceptable ; les instructions écrites du garde des sceaux dans les dossiers individuels ranimeraient le soupçon d'une justice « politique », qui protège ses amis et cherche à accabler ses adversaires. [...]

b) Prendre acte du fait que les juridictions prennent parfois des décisions politiques

La mission préconise donc une approche différente : reconnaître que les juridictions nationales et européennes tranchent des questions politiques, au sens où elles concernent la vie de la Cité, et en tirer les conséquences en termes de dialogue entre les pouvoirs. [...]

Le professeur Guillaume Tusseau a illustré les multiples manifestations du pouvoir des juridictions, en France et à l'étranger, notant que les juges « ne se limitent pas à trancher des litiges techniques faits d'arguties juridiques opposant les intérêts circonscrits des individus, mais se trouvent impliqués dans les relations entre les pouvoirs. Ils décident du vainqueur d'une élection (États-Unis), refusent la dissolution d'un parlement (Sri Lanka, Népal), ordonnent l'arrestation d'autorités politiques (Pakistan, Afrique du Sud), dissolvent des formations politiques (Allemagne, Thaïlande, Chili), contrôlent les accords de coalition gouvernementale (Israël). Ils sont ensuite appelés à se prononcer sur de grands thèmes de société, tels que le droit à l'avortement (États-Unis, France, Allemagne, Colombie, etc.), les droits des couples de même sexe (États-Unis, Afrique du Sud, Italie, Canada, France, etc.), le droit à mourir dans la dignité (États-Unis, Irlande, Canada, Colombie), la peine de mort (États-Unis, Afrique du Sud, Ukraine). Ils se prononcent enfin sur les modalités mêmes d'existence de l'unité politique, déterminant les conditions de la sécession d'une partie de l'État (Canada, Espagne), permettant les transitions démocratiques, favorisant la pérennité d'une gouvernance illibérale (Pologne, Hongrie), définissant les conditions de l'intégration supranationale (France, Allemagne, Espagne, Pologne, etc.) ». [...]

Le rapporteur est convaincu que la séparation des pouvoirs, ou plutôt ce qui en tient lieu, n'interdit pas d'avoir des échanges plus nourris avec les juridictions, à condition qu'ils se déroulent bien sûr dans des conditions respectueuses de l'indépendance de la justice. Les parlementaires en particulier pourraient nourrir davantage la réflexion des juges, en se faisant les porte-voix des préoccupations qui traversent la société. [...]

Aujourd'hui, des occasions de rencontres existent. Les parlementaires sont par exemple invités aux conseils de juridiction organisés par les tribunaux, mais ceux-ci n'existent pas partout. Les magistrats qui participent chaque année au Cycle approfondi d'études judiciaires (Cadéj), organisé par l'ENM, suivent des enseignements qui visent à approfondir leur réflexion sur des différents sujets qui ne sont pas en prise directe avec leur pratique quotidienne (la production de la loi, le droit international et européen, les questions budgétaires, la communication...). Un bon nombre des présidents de juridiction et des procureurs de la République sont choisis parmi les magistrats ayant suivi cette formation, ce qui garantit une meilleure prise en compte des enjeux d'insertion de la justice dans la vie de la Cité.

Au Sénat, la commission des lois organise, à l'intention de ses membres, des **stages dans différents tribunaux judiciaires**. Ils sont l'occasion pour les participants de découvrir le fonctionnement de la justice, d'apprécier les conditions de travail des magistrats et des

fonctionnaires et d'avoir des échanges fructueux avec les professionnels. Après une première expérience réussie au tribunal judiciaire de Paris en 2021, les membres de la commission seront accueillis au sein des tribunaux judiciaires de Paris, Lyon, Rouen, Lille, Marseille et Bordeaux en 2022.

La mission suggère naturellement que **cette bonne pratique soit pérennisée** afin que le plus grand nombre de parlementaires appréhende concrètement les contraintes de la prise de décision juridictionnelle.

Il est également arrivé que l'administration parlementaire accueille en détachement pendant quelques années des magistrats de l'ordre administratif comme de l'ordre judiciaire.

[...]

Document 2 : Audition de M. Dominique Rousseau par la Mission d'information sénatoriale Judiciarisation, 18 janvier 2022 – 2 pages

M. Dominique Rousseau, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. - Merci, Monsieur le président, je suis très honoré d'être auditionné par votre mission d'information. C'est toujours un plaisir pour un universitaire de partager ses analyses avec les représentants de la Nation.

Je voudrais intervenir sur un autre angle que mes collègues en soumettant à votre réflexion trois interrogations principales. Quels sont les rapports entre État de droit et démocratie ? Les droits de l'homme sont-ils antidémocratiques ? Les juges en font-ils trop dans la protection des droits ?

Sur la première question, les juristes distinguent généralement trois formes d'État. L'État de police est celui où le pouvoir politique agit selon son bon vouloir, sans contraintes. L'État légal est celui où les autorités sont soumises à la loi. L'État de droit est celui dans lequel nous serions aujourd'hui. L'État de droit peut donner lieu à plusieurs définitions.

Selon la définition de Kelsen, tout état est un État de droit dès lors qu'il y a une Constitution, des institutions qui produisent des normes et des juges qui contrôlent - de sorte que l'on pourrait dire que l'État nazi était un État de droit.

Une autre figure de l'État de droit est celle selon laquelle l'État produit un droit et ce droit le limite. Selon Jellinek, l'auto-limitation de l'État se fait par le droit que l'État lui-même produit. Dans une troisième figure de l'État de droit, l'État est soumis à un droit qu'il ne produit pas parce que ce droit lui est donné, par Dieu ou par la nature. Je défends pour ma part l'idée que le droit auquel se soumet l'État est issu des luttes sociales, des luttes politiques, des luttes intellectuelles. Je n'ai pas en tête de droits qui auraient été donnés. Tous les droits que nous avons aujourd'hui sont le résultat de luttes sociales et politiques, comme le droit de vote par exemple. De plus, l'État de droit n'est pas l'État de n'importe quel droit. L'État de droit est l'État des droits de l'homme, qui ont été conquis.

J'aime beaucoup une formule du doyen Vedel, qui disait : « En tant qu'ils se font, les droits de l'homme sont immanents ; en tant qu'ils sont faits, les droits de l'homme sont transcendants. » Je souscris à cette déclaration. Une fois que les droits de l'homme sont faits, ils nous dépassent et nous devons les suivre. C'est un choix philosophique du droit.

Cela me conduit à ma deuxième interrogation. Si les droits de l'homme sont ce qui définit l'État de droit, sont-ils antidémocratiques ? Cette question peut paraître surprenante, mais les droits de l'homme seraient antidémocratiques parce qu'ils empêcheraient la majorité de vouloir ce qu'elle veut. Or la démocratie est la loi de la majorité.

Je pense que les droits de l'homme ne sont pas antidémocratiques et qu'ils sont au contraire le « code d'accès » à la démocratie. Je m'appuie sur des éléments factuels. En effet, la colère des peuples contre les régimes autoritaires se traduit toujours par la demande d'un droit. Cela montre bien que l'accès à la démocratie vise à acquérir le respect ou la conquête des droits. A l'inverse, les régimes autoritaires ont comme première décision d'affaiblir la liberté de la presse, la liberté d'aller et venir, la liberté universitaire ou l'indépendance des juges. Autrement dit, il doit donc y avoir un rapport entre droits de l'homme et démocratie. En 1789, la première décision a été d'adopter la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Je dirais également qu'il y a dans les droits de l'homme une force magique, car les droits de l'homme nous touchent et nous font devenir citoyens. L'article premier de la Déclaration des droits de l'homme est extraordinaire. Nous sommes tous inégaux en réalité, mais l'article premier dit que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Bourdieu, qui

n'aimait pas beaucoup le droit, parlait de la force performative du droit, car le droit a la qualité de faire advenir ce qu'il énonce.

Ma dernière question est celle-ci : est-ce que les juges vont trop loin ? Par rapport à ce que je viens de dire, je ne le crois pas. Les juges sont les gardiens des droits. La Cour européenne des droits de l'homme doit appliquer la Convention européenne des droits de l'homme. Même le Conseil d'Etat, dont cela n'était pas la vocation, protège aujourd'hui les libertés encore mieux que la Cour de cassation. Les juges s'autodéfinissent comme gardiens des libertés ou sont définis par les textes constitutionnels comme gardiens des droits.

Sur cette question, j'ai redécouvert le discours de Portalis présentant le projet préliminaire de code civil en 1801. Portalis dit que la loi ne doit fixer que des maximes générales puisqu'elle ne peut pas tout prévoir. Par conséquent, c'est à ceux qui doivent mettre en oeuvre la loi (les citoyens, les associations, les autorités administratives) de faire vivre ces maximes générales.

Je crois que le juge ne va jamais trop loin parce qu'il est l'équilibre du vote. Si je me réfère au préambule de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, les révolutionnaires emploient deux verbes importants quand ils disent qu'ils écrivent la Déclaration pour permettre au citoyen de pouvoir *comparer* et *réclamer*. La démocratie fonctionne donc sur deux piliers : le suffrage universel et le contrôle de l'exercice par les représentants de leur pouvoir. Le contrôle ne vise pas à les limiter. Le Conseil constitutionnel n'a jamais empêché la gauche de nationaliser ou la droite de privatiser. Quelle grande réforme a été bloquée par le Conseil constitutionnel ? Aucune.

Nous pouvons trouver de nouvelles articulations, mais je pense qu'il y a aujourd'hui un équilibre entre la voix et l'œil. La démocratie repose sur cet équilibre. La voix, ce sont les représentants qui font la loi et l'œil, ce sont les juges. Si l'on affaiblit l'un ou l'autre, on affaiblit la démocratie et on la rend soit aveugle, soit muette. Il faut que le corps social ait à la fois la voix et l'œil pour fonctionner de manière équilibrée.

**Document 3 : Audition de M. Antoine Garapon par la mission d'information sénatoriale
Judiciarisation, 11 janvier 2022 – 2 pages**

M. Antoine Garapon, magistrat, docteur en droit, ancien secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice. - La judiciarisation actuelle de la vie publique se distingue par trois caractéristiques.

Premièrement, le recours aux juges s'intensifie, ou, plus précisément, l'accusation publique épousant les termes du droit à la recherche d'un juge se développe fortement.

Deuxièmement, les juridictions sont sollicitées en dehors de leurs compétences traditionnelles.

Troisièmement, ce phénomène prend la place d'autres modes de régulation informels.

J'ai étudié la première vague de la judiciarisation de la vie publique dans les années 1990, après la chute du mur de Berlin. Je tenterai de montrer les différences existant entre la première vague des années 1990 et la judiciarisation née de la pandémie actuelle.

En préambule, qui aurait songé à judiciariser la grippe espagnole ou la grippe de Hong Kong ?

La première vague de judiciarisation des années 1990 renvoie à la notion de *Total justice* de Lawrence Friedman, selon laquelle la justice constitue un remède universel à toutes les difficultés, que celles-ci soient personnelles, familiales, nationales... Ce phénomène traduit l'effondrement des médiations sociales traditionnelles. Le juge ne devient pas un homme politique, mais l'homme politique devient à nouveau justiciable.

Cette époque est marquée par l'éclatement de l'affaire Urba-Gracco, la naissance du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, ou encore l'affaire dite du sang contaminé, faisant naître le spectre d'un pouvoir criminel. Le mal a pour origine les personnes supposées nous protéger : le médecin inocule le poison, le prêtre corrompt la jeunesse, le père souille sa descendance et l'homme politique n'est plus au service de la population. Cette première vague s'est apaisée avec le vote notamment de la loi Fauchon.

Toutes les vagues se caractérisent par un phénomène de panique de la société, à la recherche de ses frontières morales. Par ailleurs, la libéralisation de la société est source d'inquiétude.

Le rebond actuel de la judiciarisation de la vie publique prend des formes nouvelles : le début de la pandémie s'est traduit par la multiplication des procès tous azimuts. Pas moins de 500 plaintes visant des ministres, des directeurs d'établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ephad) ou Santé publique France ont été déposées au parquet de Paris, pour les motifs d'inculpation les plus divers, tels que la mise en danger de la vie d'autrui ou encore les homicides et les blessures involontaires. Ces nouvelles incriminations ne répondent pas du tout à un droit pénal libéral qui se caractérise par l'établissement d'un fait précis.

Des centaines de plaintes ont également été déposées auprès de la Cour de justice de la République. Mais les plaintes visent toutes les strates de la société : le SAMU ou des amis et des cousins qui ne m'avaient pas dit qu'ils souffraient du covid-19. En Allemagne, c'est la « scientocratie » qui est visée.

On constate la même explosion de la judiciarisation au niveau supranational : la responsabilité de l'Union européenne ou de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) est mise en cause en matière vaccinale. Des sénateurs américains souhaitent traduire la Chine devant la Cour internationale de justice.

Il s'agit de l'une des caractéristiques de la démocratie d'opinion : ces nombreuses accusations participent de la dramatisation ambiante, mais, le plus souvent, elles ne se traduisent pas par

des condamnations. Par exemple, les élus et les fonctionnaires territoriaux sont plus souvent mis en cause, mais les condamnations sont plutôt en baisse. Avant tout, c'est l'accusation publique qui est recherchée. Le numérique renforce le caractère viral de cette tendance : la plainte en ligne confère une dimension pétitionnaire à l'accusation. Aujourd'hui, il est possible de porter plainte contre l'État pour 1,90 euro *via* un formulaire ! Le but recherché est de faire masse, dans la lignée du mouvement #MeToo.

Cette logique exprime une attente, qui n'est pas sans rapport avec la mort. Aujourd'hui, on n'admet plus la mort naturelle et plus la présence de la mort grandit, plus la recherche de coupables se renforce. La recherche de responsabilité et la demande de justice sont liées à l'émotion sociale.

Document 4 : P. Jan, « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », Après-Demain, 2017/1 – 4 pages

La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences

Pascal Jan

Dans Après-demain 2017/1 (N ° 41, NF), pages 20 à 22

La justice entretient une relation étroite mais particulière avec le pouvoir politique. Séparée de lui conformément au principe de la séparation des pouvoirs, la Justice agit dans le cadre des lois. Son indépendance est régulièrement questionnée comme l'est sa place au sein de l'échiquier institutionnel. Il faut ici se rappeler que pour Locke et Montesquieu, la puissance de juger est une puissance associée à la fonction exécutive mais que compte tenu de sa fonction – la garantie de la propriété privée et de la liberté – elle doit bénéficier d'un statut qui la protège d'interférences extérieures. Si la justice a acquis une réelle indépendance, celle-ci n'est certainement pas absolue. Cela tient à ce que la magistrature ne constitue pas un « pouvoir » comparable au pouvoir exécutif et au pouvoir parlementaire.

L'indépendance de la justice, une assurance constitutionnelle

L'indépendance de l'autorité judiciaire est affirmée par la Constitution qui charge le président de la République d'en être le garant et par les dispositions organiques de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature. L'indépendance de la juridiction administrative a été érigée en principe constitutionnel en 1980 par le juge constitutionnel. Les juges judiciaires du siège comme administratifs bénéficient de l'inamovibilité. Pour les premiers, elle est inscrite à l'article 64 de la Constitution, pour les seconds, elle résulte de la loi et de la tradition pour les membres du Conseil d'État. Ce principe est essentiel à la garantie de l'indépendance des magistrats. Le Conseil constitutionnel y veille à l'occasion du contrôle obligatoire des lois organiques relatives au statut des magistrats.

Afin que l'indépendance de l'autorité judiciaire n'ait pas pour conséquence l'irresponsabilité des juges, un organe de contrôle de la magistrature a été institué dès la Constitution de 1946 : le Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Sa composition et ses compétences ont été modifiées à plusieurs reprises. Si la fin de la présidence du CSM par le président de la République a constitué une étape saluée pour l'indépendance de la justice (2008), la restriction des avis conformes aux seuls magistrats du siège nommés par le président de la République est régulièrement dénoncée. L'unité du corps judiciaire impliquerait assurément l'unité des conditions de nomination sur l'exigence maximale (avis conforme). Mais une telle évolution nécessite une révision constitutionnelle. Elle annoncerait surtout la fin de la relation hiérarchique entre les procureurs et le ministre de la Justice et obligerait à repenser le rôle de ce dernier dans la détermination de la politique pénale. La Cour européenne y incite fortement. Les juges de Strasbourg considèrent en effet que les membres du parquet ne sont pas des magistrats habilités à exercer des fonctions judiciaires. Leur dépendance hiérarchique au garde des Sceaux et l'absence d'une inamovibilité garantie les disqualifient pour exercer des « fonctions judiciaires ». L'indépendance des membres des juridictions administratives est garantie pareillement par un organe équivalent au CSM mais dépourvu de légitimité

constitutionnelle : le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Si réforme il devait y avoir pour les juges administratifs, ce serait certainement d'amender la Constitution pour y faire figurer cet organisme tout en confirmant l'indépendance des juridictions administratives.

La justice nécessairement reliée au pouvoir politique

La justice n'est pas un « pouvoir ». Elle ne peut vouloir par elle-même.

1 – La justice dépend des justiciables

Dans une société idéale, purgée de conflits, le juge n'agit pas. Il est contraint à l'inertie et au mutisme. C'est là l'une des différences fondamentales avec les deux pouvoirs étatiques que sont l'exécutif et le pouvoir parlementaire. L'un comme l'autre décident, prennent des actes, agissent indépendamment de la sollicitation de l'autre. La justice en est incapable, tant judiciaire, administrative que constitutionnelle. L'auto-saisine disqualifie une autorité qui se présente comme juridictionnelle comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans une décision du 7 décembre 2012. L'auto-saisine est incompatible avec le principe d'impartialité des juridictions et donc leur indépendance (n° 2013-368 QPC 7 mars 2014). Ces points sont rarement soulignés.

La justice dépend également des prétentions des justiciables. Par principe, le juge ne statue pas au-delà des griefs des requérants. Lorsqu'il statue, le juge ne peut se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises. Lorsqu'il s'aventure à émettre une opinion étrangère à l'espèce dont il est saisi, l'*obiter dictum* n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée. Autant de limites qui font obstacle à la reconnaissance d'un « pouvoir » juridictionnel égal aux pouvoirs exécutif et parlementaire. Si le droit pour les justiciables de saisir le CSM d'une demande de poursuite disciplinaire contre un magistrat pour manquement aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité est symbolique au vu du nombre de demandes recevables, leur intrusion dans le fonctionnement de la justice traduit une demande sociale de responsabilisation des juges. Jugeant au nom du peuple français, les juges doivent accepter, en contrepartie, d'être irréprochables à son endroit. Le principe est posé ; la réalité difficilement saisissable.

2 – La justice influencée par l'exécutif

Dans son organisation tout d'abord. Les magistrats des juridictions suprêmes, Cour de cassation et Conseil d'État, sont nommés par décret présidentiel. À cette occasion, le chef de l'État exerce un pouvoir magistral en désignant, sur proposition de son garde des Sceaux, les membres de ces hautes juridictions. La politisation de ces institutions est posée, particulièrement celle du Conseil d'État dont une partie des membres est nommée discrétionnairement par le président de la République après simple avis du vice-président de cette institution, lui-même souvent ancien secrétaire général du gouvernement. L'influence sur la magistrature judiciaire n'est pas moins importante. 90 % des magistrats du siège, dont tous les juges d'instruction, sont nommés par décret présidentiel après avis conforme du CSM. Certes, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les procureurs généraux sont nommés après avis simple de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet et, depuis 2016, par décret simple du président de la République, et non plus en Conseil des ministres. Cette dernière avancée législative est symbolique ; elle n'est pas de nature à modifier l'appréciation des juges européens portée sur les membres du parquet.

Dans son fonctionnement ensuite. Même si l'article 30 du Code de procédure pénale prive, depuis 2013, le garde des Sceaux du pouvoir d'adresser des instructions dans des affaires particulières, le lien hiérarchique avec le parquet demeure. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'y trompe pas. Et que dire du droit de gracier du président de la République à titre individuel (article 17 de la Constitution). Il heurte le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, l'une des branches du pouvoir exécutif étant en capacité de défaire les conséquences d'une décision du juge pénal, plus encore de jurés populaires. Gracier c'est non seulement défier l'institution judiciaire mais également le peuple-juge (pour les jugements des cours d'assises). Mais, il faut le souligner et y insister, c'est le peuple constituant qui l'a voulu ainsi et qui est attaché à cette prérogative du chef de l'État. À défaut de consensus dans la classe politique pour supprimer ce droit régalien hérité de la monarchie, pourrait-on au moins envisager la publication et la motivation de l'avis du ministre de la Justice ?

Quant à la proximité du juge administratif avec le pouvoir exécutif, elle est continuellement sujette à caution. Les allées et venues des conseillers d'État entre les cabinets ministériels et l'institution juge de la légalité des actes administratifs sont souvent dénoncées et jettent une suspicion sur leur totale impartialité. La situation est d'autant plus délicate lorsque le juge administratif agit comme garant des libertés. Le juge judiciaire vit mal cette concurrence, rendue possible par l'interprétation restrictive de l'article 66 de la Constitution qu'en a fait le Conseil constitutionnel, cantonnant la garantie judiciaire de la liberté individuelle à la privation de liberté, elle-même entendue strictement. Pourtant, force est de constater que le juge administratif est tout autant sourcilieux du respect des libertés que le juge judiciaire et qu'il les protège tout aussi bien, n'en déplaise aux hautes autorités judiciaires.

3 – La justice formatée par le pouvoir parlementaire

C'est le Parlement qui chaque année, en loi de finances initiale, détermine les moyens financiers accordés aux services dépendants du ministère de la Justice. L'autonomie financière, pierre angulaire de tout pouvoir indépendant, n'existe pas pour la justice. Les magistrats se plaignent régulièrement de cet état de fait. Ils n'ont pas tort. Malgré un budget en sensible augmentation ces dernières années, la part du PIB par habitant consacrée à la justice est dans la moyenne inférieure des États de l'Union européenne. Peut-il en être autrement ? La réponse n'est pas aisée mais il est tout à fait imaginable de penser à une procédure par laquelle les chefs des juridictions suprêmes définissent les moyens nécessaires au fonctionnement de leur ordre juridictionnel. Les propositions seraient directement transmises aux parlementaires qui prendraient la responsabilité de donner suite ou non aux suggestions.

C'est le Parlement qui détermine les incriminations, les délits et les peines qu'appliquent les juges. C'est surtout le Parlement qui fixe le statut des magistrats. De ce point de vue, les magistrats judiciaires sont davantage protégés que leurs homologues des juridictions administratives, leur statut relevant de la loi organique obligatoirement examinée par le Conseil constitutionnel. Et le juge de la loi veillait scrupuleusement à cette occasion au respect du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789. Il conviendrait là encore d'amender le texte constitutionnel pour faire en sorte que le statut des membres des juridictions administratives, Conseil d'État compris, relève de la législation organique. L'organisation juridictionnelle n'en serait que plus cohérente ; la réforme n'en est que plus urgente compte tenu de l'implication grandissante des juges administratifs dans la protection des libertés individuelles.

C'est le Parlement qui est constitutionnellement compétent pour « casser » une décision de justice et une interprétation judiciaire de la loi. Ce n'est pas pour autant que l'indépendance de la justice est atteinte dès lors que le Conseil constitutionnel, influencé par la Cour européenne des droits de l'homme, y met des bornes que seul le constituant peut outrepasser. À savoir que si les lois de validation et interprétatives produisent des effets rétroactifs, leur constitutionnalité est subordonnée à la survenance d'un « impérieux » motif d'intérêt général. Par ailleurs, le législateur peut défaire pour l'avenir une jurisprudence ou la neutraliser sans pour autant renier la séparation des pouvoirs, l'indépendance des juridictions. Le cas de l'affaire Perruche est souvent évoqué, avec raison, de ce pouvoir parlementaire de « défaire » une jurisprudence. Alors que la Cour de cassation par deux arrêts rendus en 1996 et en 2000 avait consacré explicitement le droit pour l'enfant né handicapé d'être indemnisé de son propre préjudice, le législateur décida en 2002 d'interdire une telle indemnisation. Les propos du ministre de la Santé, B. Kouchner, sont éclairants : « Pour la première fois, sans doute l'union s'est faite contre une décision de justice... ». Cette hiérarchie entre pouvoir parlementaire et autorité judiciaire garantit l'absence d'un gouvernement des juges.

Traitement différencié entre judiciaire et administrative ?

La question est posée depuis le décret du 5 décembre 2016 du Premier ministre Manuel Valls qui soumet la Cour de cassation à la toute nouvelle Inspection générale de la Justice. Les hauts magistrats de cette institution n'ont pas hésité à dénoncer l'atteinte à la séparation des pouvoirs et à la tradition constitutionnelle française qui, selon eux, garantissent à la Cour de cassation une compétence d'autocontrôle. Cet épisode est révélateur des tensions permanentes entre l'autorité judiciaire et le pouvoir exécutif et symptomatique d'une réalité mal vécue, celle de ne pas être un « pouvoir » totalement indépendant.

Ce décret fait ressortir une différence de traitement avec la juridiction administrative : la mission permanente d'inspection des juridictions administratives, rattachée au Conseil d'État en sa qualité d'organe chargé de la gestion de la juridiction administrative, contrôle le bon fonctionnement des cours administratives d'appel (CAA) et des tribunaux administratifs (TA) mais pas celui du Conseil d'État.

Au-delà de la polémique, il est certain qu'une harmonie s'impose entre les ordres juridictionnels. Il conviendrait de remettre à la Cour de cassation l'inspection des juridictions placées sous son autorité, elle-même inspectée par une autorité incontestable car garante de l'indépendance de l'autorité judiciaire : le CSM. Par souci de cohérence, le Conseil supérieur des TA et CAA exercerait une compétence similaire sur le Conseil d'État. L'emprise du gouvernement serait nulle et l'indépendance juridictionnelle en sortirait renforcée.

Ces propositions sont-elles si révolutionnaires qu'elles empêcheraient toute réforme ? Nous ne le pensons pas.

Document 5 : J.-P Derosier, « Des tensions entre justice et politique », Études 2022/4 – 3 pages

A propos des rapports entre justice et politique, il ne faut pas craindre une judiciarisation de la vie politique, mais bien davantage une politisation de la vie judiciaire. De récentes affaires politico-judiciaires, d'Agnès Buzyn à Nicolas Sarkozy, ont ravivé les tensions entre le monde de la justice et celui de la politique. Si elles ne sont pas nouvelles, quelques améliorations pourraient les réduire.

« La justice politique est à la justice ce que la musique militaire est à la musique : d'un autre genre. »

(Daniel Amson, revue *Pouvoirs*, 2000)

Justice et politique : les rapports sont permanents, les échanges sont parfois tendus. Ce n'est guère surprenant et de récentes « affaires » l'ont illustré. On aurait pu craindre que la justice soit timorée à l'égard des puissants, voire contrôlée par eux et par l'État, mais elle n'hésite pas, au contraire, à les mettre en cause : on peut y voir un signe de la bonne santé démocratique de notre régime, à la condition, toutefois, que l'action de la justice soit impartiale et non inique. Pour cela, il faut que la politique de la justice soit l'application du droit et non que l'application du droit résulte d'une justice politique.

Ce n'est donc pas une judiciarisation de la vie politique qu'il faut redouter : au contraire, elle est heureuse. C'est bien d'une politisation de la vie judiciaire qu'il faut se méfier, car elle serait dangereuse.

Justice et politique : des rapports permanents

L'existence d'un ministère de la Justice – seul ministère, d'ailleurs, à être expressément prévu par la Constitution (article 65) – établit une première forme de relation entre justice et politique et il faut s'en réjouir. Que la justice soit indépendante est indispensable : ce principe est constitutionnellement garanti (article 64). Qu'une autorité endosse politiquement la responsabilité des faits et éventuels méfaits de l'administration judiciaire l'est tout autant, surtout dans une démocratie où la justice est rendue au nom du peuple. Le ministère de la Justice est également en charge de la politique pénale de la nation, ce qui ne doit pas lui permettre de donner des instructions aux procureurs dans des affaires individuelles (elles sont interdites), mais l'autorise à leur adresser des instructions générales. Libre à eux, ensuite et dans une indépendance qu'il serait bon qu'ils acquièrent pleinement, de les suivre ou non.

Parallèlement, les échanges entre justice et responsables politiques sont souvent tendus, car la politique étant la vie de la Cité, elle est donc publique et les « affaires » qu'elle génère attisent le feu médiatique. Ces politiques ont alors beau jeu de se mettre en scène, cherchant ainsi à s'adjoindre les faveurs du tribunal de l'opinion, à défaut d'obtenir celles du tribunal judiciaire. Ces derniers mois, la chronique médiatico-politico-judiciaire fut ainsi plutôt abondante : Richard Ferrand, président de l'Assemblée nationale, mis en examen dans l'affaire des Mutuelles de Bretagne, Gérald Darmanin, ministre de l'Intérieur, poursuivi pour viol et abus de faiblesse, Éric Dupond-Moretti, ministre de la Justice, mis en examen par la Cour de justice de la République (CJR) pour prise illégale d'intérêt, Agnès-Buzyn, ancienne ministre de la Santé, mise en examen par la Cour de justice de la République pour mise en danger de la vie d'autrui, Nicolas Sarkozy, ancien président de la République, poursuivi dans plusieurs affaires et qui a récemment fait valoir son statut d'ancien Président pour refuser d'être cité à comparaître

comme témoin et de répondre aux questions du juge lors d'une audience correctionnelle sur l'affaire dite des « sondages de l'Élysée », dans laquelle il n'était pas poursuivi.

Ces différentes affaires imposent de rappeler deux exigences : d'une part, la nécessité démocratique de répondre de ses actes politiques et, d'autre part, la nécessité politique de préserver les fonctions démocratiques.

La responsabilité, première dette du pouvoir

Gouverner, c'est décider : les gouvernants, c'est-à-dire ceux qui sont investis par le peuple de la fonction de gouverner, accomplissent leur mission en prenant des décisions politiques, qui se traduisent par l'adoption de normes juridiques. Ces décisions ont pour objet de concrétiser la politique qu'ils ont été chargés de mettre en œuvre, directement ou indirectement par le peuple, dans une démocratie : c'est l'essence même du mandat qui leur est confié. Ce mandat n'est pas aveugle : le peuple le confie aux gouvernants et les gouvernants doivent en répondre devant le peuple. Tel est d'abord le sens de l'exercice du pouvoir : il appartient originairement au peuple, qui le confie aux gouvernants pour qu'ils l'exercent en son nom. Mais ils lui sont alors redevables : ils sont certes en mesure d'exercer librement ce pouvoir, en assumant leur fonction et leurs choix politiques, mais à la condition de rendre compte de leur action au titulaire originaire, seul à même d'apprécier si le pouvoir exercé est conforme au mandat qui lui a été confié.

C'est tout le sens de la « responsabilité », en droit constitutionnel : gouverner, c'est décider et c'est aussi assumer et répondre de ses décisions. Ainsi, Guy Carcassonne soulignait fort justement que « la responsabilité est la première dette du pouvoir », reprenant Portalis qui soutint jadis que « la justice est la première dette de la souveraineté ». Nul gouvernant ne saurait se voir confier un pouvoir sans être concomitamment investi d'un devoir : en assumer l'entière responsabilité devant celui qui le lui a confié.

Il est rare qu'un terme juridique irrigue toutes les branches du droit, ou presque. C'est pourtant le cas de la responsabilité, que l'on retrouve en droit civil et en droit administratif, en droit international public et en droit international privé, en droit européen et de l'Union européenne, en droit du travail et en droit pénal, ainsi qu'en droit constitutionnel. Dans cette dernière matière, la responsabilité connaît la spécificité de ne pas avoir que des origines et des implications juridiques : prévue et régie par des règles de droit, elle a également une dimension politique très forte, en ce qu'elle vient compléter le lien politique entre le peuple, gouverné et source du pouvoir, et les gouvernants, responsables. Par conséquent, si la responsabilité est altérée, non assumée, écartée, voire annihilée, c'est ce lien politique qui est rompu et l'équilibre même du régime qui est fragilisé, voire vacillant. C'est dire si la responsabilité est essentielle au fonctionnement d'un régime démocratique.

Dans le système de la Cinquième République, les membres du gouvernement sont doublement responsables : d'une part, collectivement et politiquement, d'autre part, individuellement et pénalement. Il convient de bien distinguer les deux. La responsabilité politique, caractéristique du régime parlementaire, opère devant une institution politique : le Parlement. Elle peut conduire à la démission du gouvernement. Elle n'est définie que par ses mécanismes de mise en cause et les conséquences qu'elle emporte, non par les objets qu'elle vise : tout acte du gouvernement est susceptible d'engager sa responsabilité politique, dès lors que le peuple ou ses représentants le jugent nécessaire. À l'inverse, la responsabilité pénale des membres du gouvernement, pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, ne peut être engagée

que devant la Cour de justice de la République et seulement si ces actes sont constitutifs d'un crime ou d'un délit. [...]

Gare au mélange des genres

Ainsi, dans le cas d'un ministre mis en cause, même pénalement, pour des activités en lien avec ses fonctions, la question n'est pas de savoir si sa responsabilité peut être engagée : non seulement elle le peut, mais elle le doit. La question n'est pas davantage d'apprécier si une mise en examen, aujourd'hui décidée par trois magistrats indépendants (au sein de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République), est justifiée : c'est à la justice de le dire, lors d'un procès (s'il a lieu) et les divers spécialistes n'auront à se prononcer que sur la base d'une décision publique et motivée. La question qui se pose est celle de l'appropriation des mécanismes d'engagement de la responsabilité des membres du gouvernement aux faits qui leur sont reprochés, ainsi que de la pertinence du mécanisme d'engagement de leur responsabilité pénale. Le cas d'Agnès Buzyn, ancienne ministre de la Santé, aujourd'hui mise en examen devant la Cour de justice de la République pour mise en danger de la vie d'autrui du fait de sa prétendue inaction au moment de la crise sanitaire, illustre les difficultés soulevées par l'articulation de ces deux types de responsabilité et le risque de politisation de la vie judiciaire.

Ce régime n'est pas nouveau. D'une part, la responsabilité politique d'aujourd'hui trouve son origine dans la responsabilité pénale, qui dévia. D'autre part, encore sous la Troisième République, alors que la responsabilité politique était bien établie, la responsabilité pénale pouvait être activée à des fins politiques (voir *supra*). Enfin, ce mélange des genres fut exacerbé sous la Cinquième République et, surtout, depuis que la Cour de justice de la République a vu le jour, introduite par la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993. Auparavant, la Constitution de la Cinquième République prévoyait que la responsabilité pénale des membres du gouvernement relevait de la Haute Cour de justice, composée de vingt-quatre parlementaires (douze par assemblée) et l'engagement de la procédure devait être décidé par un vote de chacune des assemblées, à la majorité absolue. Ainsi, même si les parlementaires étaient liés « par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles [résultaient] des lois pénales en vigueur au moment où les faits [avaient] été commis », l'engagement même de cette responsabilité, pourtant pénale, pouvait être profondément politique. Surtout, les rares cas où elle fut activée confirmèrent la forte politisation de cette justice. [...]

Document 6 : F.-N. Buffet, « En matière pénale, beaucoup de situations pourraient se gérer à droit constant », Le Monde, 16 mars 2022 - 1 page

Pour le président de la commission des lois du Sénat, l'arsenal disponible est déjà considérable

Le sénateur du Rhône François-Noël Buffet (LR) préside la commission des lois du Sénat depuis octobre 2020. Il reconnaît la difficulté du Parlement à limiter la production législative.

Créer de nouvelles infractions pénales est-il une fatalité ?

C'est un lieu commun de dire, surtout en début ou en fin de législature, qu'on légifère trop. Tout jeune parlementaire est décidé à moins légiférer, à mieux légiférer. Mais c'est extrêmement difficile. Le gouvernement promet de déposer moins de projets de lois, les élus moins d'amendements et de ne pas subir les pressions. Mais personne ne respecte ça.

Les difficultés de la justice ne viennent-elles pas en partie de l'inflation législative ?

L'inflation législative sur des sujets liés à la justice s'explique d'abord par des textes votés en réaction à un événement. La loi devient une réponse médiatico-politique à un problème ponctuel. L'autre problème est l'approche trop segmentée du sujet. Un jour, nous avons un texte pour modifier le quantum d'une peine, un autre jour, on crée une infraction, un troisième, on modifie la procédure pénale... C'est d'autant plus problématique que la qualité des études d'impact est très inégale.

N'y a-t-il pas d'autre solution ?

En matière pénale, beaucoup de situations pourraient se gérer à droit constant. L'arsenal est déjà considérable. Pour lutter contre certains comportements de nature délictuelle, on ajoute des circonstances aggravantes ou on crée des délits particuliers alors qu'ils pourraient être jugés avec les textes existants. Le dernier exemple est la loi sur le harcèlement à l'école. C'est de l'affichage politique ! Loin de moi l'idée de négliger l'importance du sujet, mais une belle circulaire du ministre qui met l'accent sur cet objectif de politique pénale suffirait.

On peut faire un constat identique sur la lutte contre les violences intrafamiliales. On a voté trois textes en un an. Quant à la question du quantum des peines, là aussi une circulaire peut permettre de demander aux procureurs de requérir des peines assez significatives dans telle ou telle circonstance. En revanche, si la situation sociale, l'ambiance ou les comportements changent, par exemple avec la recrudescence en matière de violences contre les élus ou les forces de l'ordre, il n'est pas inutile de modifier par la loi le quantum de peine.

**Document 7 : Audition de M. Bernard Stirn par la mission d'information sénatoriale
Judiciarisation, 8 février 2022 – 3 pages**

M. Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, membre de l'Institut. - Le dialogue entre les juges et les parlementaires est toujours utile. Nos métiers sont assez parallèles, mais, sauf pour les sénateurs qui ont l'expérience professionnelle du Palais-Royal, la manière dont nous travaillons les uns et les autres n'est pas toujours parfaitement connue.

Les préoccupations de la mission d'information sont incontestablement au coeur d'interrogations importantes qui traversent tant le monde politique que les cours suprêmes. Les enjeux sont importants en termes d'équilibre des pouvoirs, mais aussi de droits fondamentaux et de libertés publiques.

Il s'agit de maintenir un juste équilibre entre les responsabilités des uns et des autres pour continuer à consolider notre État de droit, qui suppose que les autorités politiques exercent pleinement leurs responsabilités et que les juges puissent exercer leur office dans de bonnes conditions d'indépendance et d'efficacité.

Ces préoccupations de juste équilibre se sont renforcées aujourd'hui, car, de manière très progressive, mais bien réelle, la place du droit s'est renforcée dans nos sociétés, et chacun attend davantage du juge.

Notre droit est complexe, parfois proliférant. L'accumulation, l'excès, l'instabilité et la qualité parfois imparfaite des textes normatifs - en dépit des efforts du Sénat - sont un souci pour le Parlement comme pour le Gouvernement.

Cet appareil normatif foisonnant s'inscrit lui-même dorénavant dans un univers plus complexe de mondialisation du droit, spécialement en Europe, où le droit national se mêle au droit international général et au droit européen, qui se divise lui-même en deux branches, droit de l'Union européenne d'une part, droit de la Convention européenne des droits de l'homme d'autre part.

Cet ensemble juridique complexe, parfois difficile à saisir, laisse place à une part d'appréciation plus importante du juge. Parallèlement, on note, dans toutes les démocraties, une augmentation du nombre de litiges, devant tous les juges. L'attente des citoyens est forte, comme si tout problème devait trouver sa solution dans un prétoire.

Les juges sont plus nombreux - de nouvelles juridictions sont apparues, notamment les cours constitutionnelles - et ils ont été dotés par le législateur d'instruments destinés à renforcer l'efficacité de leurs interventions. C'est ainsi la loi qui a conféré au juge administratif un pouvoir d'injonction et d'astreinte, mais aussi qui a créé les procédures de référé. Et l'on attend bien entendu des juges qu'ils fassent usage de ces différents pouvoirs.

Dans ce contexte général, la juridiction administrative occupe une place qui lui est propre. Elle entretient avec le politique des rapports sans doute moins difficiles que le juge pénal, mais elle a désormais l'occasion d'apprécier régulièrement les décisions des autorités locales, du Gouvernement, et même du Parlement.

Cette dernière dimension est très récente. Jusqu'en 1945, la loi était absolument souveraine pour le juge administratif ; elle ne pouvait être soumise à aucun contrôle. Fin 1936, la question était posée une nouvelle fois au Conseil d'État. En novembre 1936, dans l'arrêt *Arrighi*, le Conseil d'État avait jugé que, en l'état actuel du droit public français, il n'était pas possible de contrôler la conformité des lois aux lois constitutionnelles de 1875.

En 1936, alors que Hitler est au pouvoir, on mesure l'importance de cette interrogation dans l'Europe de l'avant-guerre. Il est intéressant de relire les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Roger Latournerie, qui commence par montrer toutes les raisons qui justifieraient que le Conseil d'État s'empare des principes constitutionnels pour vérifier que les lois les respectent, dans un monde où les libertés sont plus gravement en danger qu'aujourd'hui, avant de constater que l'équilibre du régime parlementaire ne le permettait pas.

On mesure le chemin qui a été parcouru après la guerre, d'abord avec l'introduction des principes généraux du droit par la jurisprudence, qui ne permettait pas d'écarter la loi, mais qui conduisait toutefois à l'interpréter avec beaucoup d'audace. Face à une loi prévoyant qu'une décision ne pourrait faire l'objet d'aucun recours administratif ni judiciaire, le Conseil d'État a jugé en 1950 que cela n'excluait pas le recours pour excès de pouvoir, car le législateur, dans sa grande sagesse, n'avait pu vouloir écarter le principe général du droit au recours pour excès de pouvoir.

Enfin, sont apparus les contrôles destinés à vérifier d'une part la conformité des lois aux traités internationaux, notamment au droit européen, d'autre part leur constitutionnalité, ce dernier contrôle étant réservé au Conseil constitutionnel, même s'il a été étendu aux juridictions judiciaires et administratives depuis l'apparition de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le filtrage des QPC par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation associe pleinement le juge administratif, pour ce qui est du Conseil d'État, et le juge judiciaire, pour ce qui est de la Cour de cassation, à la vérification de la conformité des dispositions législatives aux droits et aux libertés garantis par la Constitution. Les évolutions ont donc été profondes.

Dans ce contexte, la juridiction administrative est désormais critiquée sous deux angles. Certains considèrent que le juge, qui connaît l'administration, qui la conseille, qui a le sens du service public et qui est attaché aux prérogatives de la puissance publique peut se montrer trop indulgent, trop complaisant ou trop attaché au besoin pour l'administration de disposer de fortes prérogatives dans l'intérêt général, critiques que l'on a souvent entendues pendant la crise sanitaire. D'autres, à l'inverse, estiment que le juge tend à aller au-delà du contrôle de légalité en formulant des appréciations d'opportunité, en adressant par le biais du référé des injonctions très contraignantes aux administrations, en prenant position sur des questions de nature plus politique que juridique, qui excèdent donc son office normal.

Ces deux critiques contradictoires sont rassurantes dans la mesure où elles laissent à penser que la position prise par la juridiction administrative est relativement équilibrée. Il faut en effet une juste mesure entre un contrôle effectif de la légalité et le respect des choix qui relèvent des autorités politiques, aussi bien locales que nationales. La boussole de la juridiction administrative consiste à trouver la bonne orientation pour répondre à l'objectif de contrôler pleinement la légalité des actes administratifs, avec exigence, et dans des délais de jugement raccourcis. L'une des évolutions très positives de la juridiction administrative, ces dernières années, est d'avoir réduit très fortement les délais de jugement, malgré l'augmentation du contentieux. Il a fallu pour cela utiliser les procédures d'urgence et le succès du référé est allé au-delà de ce que l'on pouvait espérer en 2000.

Les périodes difficiles que nous venons de traverser, à savoir l'état d'urgence pour lutter contre le terrorisme, puis l'état d'urgence sanitaire ont démontré la capacité du juge administratif à garantir un équilibre entre l'état d'urgence et l'État de droit, en exerçant rapidement un véritable contrôle en référé. C'est indispensable dans ce type de circonstances. On peut citer en exemple les mesures d'assignation à résidence pendant l'état d'urgence pour lutter contre le terrorisme ou bien les 1 300 référés dont le Conseil d'État a été saisi au titre de la crise sanitaire.

L'autre objectif à tenir est qu'il faut respecter les choix qui relèvent des autorités politiques, le juge n'ayant pas à prendre leur place ni au niveau local ni au niveau national, car il ne lui revient

pas de définir les politiques publiques. Leur cadre est tracé par des traités internationaux, par des directives européennes ou par la loi, dans le respect des principes constitutionnels. La jurisprudence a cette exigence de ne pas donner une sorte d'habillage juridique à des choix politiques qui relèvent des élus locaux pour les collectivités territoriales, ou des élus nationaux pour ce qui est du Gouvernement et du Parlement.

Les exemples sont nombreux, parmi lesquels on peut citer la question de l'environnement et le contentieux climatique en matière de lutte contre le réchauffement et de préservation de la qualité de l'air. La jurisprudence est venue rappeler, sans aller au-delà, que les normes supérieures doivent valoir en tant que telles, qu'elles figurent dans la Constitution, dans la Charte de l'environnement, dans les nombreuses directives européennes ou dans les traités internationaux, depuis les Conventions de Rio jusqu'à l'Accord de Paris. Ces règles ne sont pas des symboles, mais doivent être respectées comme de véritables règles, de sorte que le juge peut être conduit à constater que les autorités publiques n'ont pas accompli les efforts qu'elles prescrivaient. Il dispose alors du pouvoir d'injonction et du pouvoir d'astreinte pour agir. Je considère qu'il ne s'agit pas d'un empiètement sur le politique, dès lors que le juge ne fait que rappeler que les normes doivent être prises au sérieux. Ces normes n'ont pas été édictées par le juge, elles sont dans la Constitution, dans les traités du droit de l'Union européenne et dans la loi.

2.2.2.3. Organiser un débat exceptionnel sur certaines « affaires phares » : la « procédure interactive ouverte »¹

Les domaines juridictionnel et politique² ne sont pas séparés de façon hermétique mais sont en osmose par une multitude d'interactions. Certains pourvois font apparaître cette connexion de façon très intense. La Cour de cassation, dont le rôle et le fonctionnement sont mal connus, fait alors une irruption remarquable dans des questions très médiatisées, sans transparence suffisante sur son processus décisionnel, provoquant ainsi des mises en cause de sa légitimité et des accusations répétées de « gouvernement des juges ». Pour dissiper ces malentendus, la commission propose que, chaque année, quelques « affaires phares » soient traitées selon une procédure exceptionnelle, désignée par l'expression de « procédure interactive ouverte ». Les pourvois concernés seraient choisis pour l'interférence qu'ils impliquent entre les champs juridique et politique, l'ampleur de leurs conséquences potentielles, l'intensité des débats qu'ils suscitent dans l'opinion et, pour autant qu'elle ne soit pas excessive, la complexité qu'ils comportent. Ces pourvois pourraient concerner tous les domaines et notamment, à titre d'exemples, les nouvelles formes de filiation, l'environnement, la santé, la laïcité, les discriminations, la responsabilité sociale des entreprises, etc. Cette procédure se déroulerait en deux temps. La Cour procéderait d'abord à une « séance préparatoire publique », marquée par l'oralité, l'interactivité et l'ouverture. En plus des parties et de leurs conseils, elle y entendrait, selon les besoins, le point de vue de tiers intervenants, d'autorités extérieures, d'experts et d'amicus curiae. A cet effet, les conditions de recevabilité des interventions volontaires pourraient être assouplies. Cette séance préparatoire serait suivie d'une audience, dont les plaidoiries et les échanges dialogiques prépareraient une première réunion de délibéré, au cours de laquelle la Cour arrêterait sa décision et, le cas échéant, choisirait les opinions séparées dont elle accepterait l'intégration à la motivation. Le projet d'arrêt serait préparé par un comité de rédaction et validé au cours d'une seconde séance de délibéré ne portant que sur la formulation de l'arrêt. En conjuguant ainsi ouverture, profondeur et pédagogie, la Cour de cassation ferait du traitement d'une affaire difficile et sensible un « moment de justice » accessible au plus grand nombre et offrirait à la justice tout entière un surcroît de visibilité et de légitimité.

[...]

4.1.2 Créer un conseil de juridiction de la Cour

Dans un même souci de transparence et d'ouverture de la Cour, la commission préconise la création au niveau national d'une instance de concertation, sur le modèle des conseils de juridictions, co-présidés par les chefs des tribunaux judiciaires et conçus comme des lieux « d'échange et de communication entre la juridiction et la cité »³. Il s'agirait pour la Cour de réunir cette instance, à raison d'une à deux fois par an, pour participer au dialogue concret nécessaire entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire, communiquer de manière interactive sur son action, son fonctionnement et ses principales orientations, recueillir les observations de ses membres et mieux saisir ainsi les attentes de ses principaux interlocuteurs, des autres

¹ Cette proposition est développée dans l'annexe 1.6.

² Le terme « politique » est employé ici au sens de « relatif à la gestion de la cité ».

³ Article R.272-64 du Code de l'organisation judiciaire, modifié par le décret du 30 août 2019.

institutions et plus largement du corps social. La commission ne s'est pas estimée en mesure de formuler une proposition précise pour la composition de cette instance mais il lui paraît qu'elle devrait réunir des membres permanents, en nombre réduit, notamment des représentants des assemblées parlementaires (présidents des commissions des lois notamment), du ministère de la Justice (par exemple le secrétaire général), de l'Ordre des avocats aux Conseils, des conférences des premiers présidents et procureurs généraux, du Conseil national des barreaux, auxquels pourraient être adjoints ponctuellement et en fonction des thématiques traitées d'autres personnalités (le Défenseur des droits, le président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, des représentants des professions du droit, de la conférence des doyens des universités de droit, de la presse judiciaire, etc.). Il conviendrait en outre d'assurer une communication adaptée sur la tenue des réunions de cette instance.

[...]

Document 9 : F. Blanc, « La justice : un pouvoir qui doit collaborer avec le législatif », Droit administratif, juin 2022 – 1 page

Le Sénat a mené une intéressante réflexion sur « l'incontestable renforcement du pouvoir juridictionnel » et ses conséquences pour la démocratie représentative. Plusieurs des personnes auditionnées, « notamment Bertrand Mathieu, professeur de droit public à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, Pierre Steimmetz, ancien membre du Conseil constitutionnel et Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, estiment que l'équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est en passe d'être rompu au bénéfice du pouvoir du juge qui s'étendrait au point d'empiéter sur les prérogatives du politique ». Le rapport invite les parlementaires à « reprendre la main ». Est envisagé en particulier un encadrement plus ferme de l'office du juge : « on pourrait imaginer que le Parlement décide que certaines décisions redeviennent des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours. Il pourrait décider que certains domaines relèvent d'un contrôle restreint du juge administratif ».

En effet, certaines décisions du juge, spécialement du juge administratif, « paraissent, en opportunité, se substituer aux pouvoirs publics ». Par exemple, « dans le champ social, après avoir suspendu en juin 2021, la réforme de l'assurance-chômage fixant de nouvelles règles de calcul de l'allocation, au motif que les conditions du marché du travail n'étaient pas réunies pour atteindre "l'objectif d'intérêt général" poursuivi par le Gouvernement de réduction du recours aux contrats courts, le juge des référés du Conseil d'État a finalement validé en octobre de la même année, le décret en cause, considérant qu'une évolution favorable est observée depuis plusieurs mois, la tendance générale du marché de l'emploi ne constitue ainsi plus un obstacle à la mise en place de la réforme ». Or, de telles décisions, suivant le rapport, « ne manquent pas d'interroger sur l'office du juge des référés ». Les sénateurs doutent de « la légitimité du juge pour décider que la situation économique n'est pas propice à l'entrée en vigueur de telle ou telle réforme. La frontière entre le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle en opportunité de la décision publique apparaît bien tenue ». L'audition, par le Sénat, de conseillers d'État n'a pas dissipé cette impression : les explications recueillies « donnent le sentiment que le juge administratif a substitué, dans des délais très courts, son appréciation de la situation économique à celle du Gouvernement. Et l'idée d'une "erreur manifeste" ne convainc guère puisque le juge administratif a été obligé de convenir, seulement trois mois plus tard, que la réforme était finalement adaptée à la situation économique... Le Gouvernement aurait-il seulement eu le tort de se situer dans une démarche un peu plus prospective que le Conseil d'État et d'anticiper sur le trimestre suivant ? ».

L'une des recommandations principales du rapport est la suivante : « reconnaître que les juridictions exercent un véritable pouvoir et développer de nouveaux espaces d'échanges et de dialogues, notamment avec le pouvoir législatif, afin de surmonter les tensions et les incompréhensions ». Ainsi est-il envisagé, par exemple, « pour certaines affaires à fort enjeu, que les parlementaires puissent adresser au cours de la procédure des observations écrites à l'avocat général [près la Cour de cassation] ou au rapporteur public [devant le Conseil d'État]. Ces observations devraient garder un caractère exclusivement général pour ne pas être vues comme une forme de pression sur l'institution judiciaire et ne pas porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs ». Par exemple aussi, notons cet encouragement à développer « la procédure d'amicus curiae » en tant que « voie d'expression pour les parlementaires au cours d'une procédure contentieuse » ; et, inversement, « il serait souhaitable que les chefs de cour de la Cour de cassation et le vice-président du Conseil d'État viennent présenter devant le Parlement leur rapport annuel ».

Document 10 : Audition de M. Bertrand Mathieu par la Mission d'information sénatoriale Judiciarisation, 18 janvier 2022 (extraits) – 2 pages

M. Bertrand Mathieu, conseiller d'État en service extraordinaire, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. - Monsieur le président, Monsieur le rapporteur, Mesdames et Messieurs les sénateurs, je prendrai une position qui sera opposée à celle de mes deux collègues. Je commencerai par quelques considérations théoriques. Tout d'abord, nous sommes dans un système mixte, démocratique et libéral. La démocratie consiste en des mécanismes de légitimation du pouvoir tandis que le libéralisme consiste en des mécanismes de contrôle du pouvoir. Le pouvoir politique est l'émanation du pouvoir démocratique tandis que le juge s'inscrit dans une logique libérale.

Pour moi, il existe un problème de politisation de la justice, notamment du fait du poids de syndicats politisés au sein de la magistrature, comme j'ai pu l'observer de manière pratique en siégeant au Conseil supérieur de la magistrature (CSM). En outre, je me tiens à une obligation de réserve sur le Conseil d'État.

Toute la construction d'un système politique vise à trouver un équilibre entre ces deux composantes, démocratique et libérale. Or notre histoire est une succession de déséquilibres.

Selon moi, la désaffection des citoyens vis-à-vis du pouvoir politique est liée au fait que les citoyens prennent progressivement conscience que le pouvoir échappe au politique, puisqu'il est en partie entre les mains des juges, de la Commission européenne, de la Banque centrale ou encore des agences de notation. À force de mettre en exergue le contrôle, qui est évidemment nécessaire, nous arrivons à un point de déséquilibre où le contrôle l'emporte sur l'action. Or, dans une démocratie, il est important de pouvoir agir avant de pouvoir contrôler.

Si l'on prenait les programmes des candidats à l'élection présidentielle aujourd'hui et qu'on les examinait à l'aune des différents contrôles qui s'exerceront, je crois qu'aucun candidat ne pourrait réaliser entièrement son programme. Nous connaissons une crise profonde de la démocratie, car si un candidat dit ce qu'il va faire, mais qu'un juge l'en empêche, la confiance dans le politique se réduit. Le décalage entre des programmes politiques qui se présentent comme libres et les contrôles qui s'exerceront après l'élection est problématique.

Quelles sont les manifestations de l'intervention du juge dans la vie politique ? La Cour européenne des droits de l'homme est très peu liée à la Convention européenne des droits de l'homme, dont elle interprète le texte librement. Elle peut aussi introduire des principes qui n'y figurent pas et choisit entièrement ses normes de référence. Pour moi, cela est la manifestation de l'exercice d'un pouvoir.

S'agissant du Conseil constitutionnel, la QPC, à laquelle j'ai été très favorable, est un système vertueux, mais qui permet au juge de participer à la détermination du calendrier parlementaire en fonction de l'idée qu'il se fait de l'évolution des circonstances de fait. S'il faut adapter le droit à certaines évolutions de la société, cela n'est pas une fonction du juge, mais une fonction politique.

En outre, concernant la pénalisation de la vie politique et de la vie publique, la question est celle de la responsabilité politique, qui est une des conditions essentielles de la démocratie. Toutefois, il n'y a plus de responsabilité politique puisque la responsabilité pénale l'a remplacée. On a mis en cause un ministre de la justice dans une affaire de conflit d'intérêts dans laquelle les juges sont eux-mêmes en situation de conflit d'intérêts. On a condamné une ancienne ministre pour imprudence. On poursuit un ancien Premier ministre pour empoisonnement. On perquisitionne une assemblée parlementaire sans l'autorisation de son Président ou de son Bureau. On

détermine ce que doit être le rôle d'un assistant parlementaire. Ce sont autant d'exemples du renforcement des interventions de la justice dans le champ politique. Ce phénomène d'ailleurs se conjugue avec la perte de confiance des citoyens dans le politique.

J'aimerais évoquer quelques solutions, qui sont peut-être caricaturales et sommaires. L'équilibre du pouvoir normatif entre le pouvoir politique et les juges sera difficile à rétablir parce que le système juridictionnel est un ensemble. En effet, le juge constitutionnel s'appuie sur le juge européen et le juge judiciaire s'appuie sur le juge européen et sur le juge constitutionnel. S'il l'on touche à un des maillons de cet ensemble, le système résistera par un phénomène d'imbrication.

S'agissant du Conseil constitutionnel, il convient de maintenir le principe d'une composition mixte de juristes et de politiques, car juger la loi n'est pas un acte comme les autres. Le système de nomination pourrait néanmoins évoluer, en prévoyant par exemple la nomination d'un conseiller d'État, d'un conseiller à la Cour de cassation, d'un conseiller maître à la Cour des Comptes, d'un avocat et d'un professeur de droit, tandis que les autres membres seraient nommés librement par le pouvoir politique.

Il conviendrait aussi que, dans certains cas, le Parlement, à une majorité qualifiée, puisse demander au Conseil constitutionnel de réexaminer une de ses décisions. Dans le cas où le conflit ne pourrait pas être résolu, il faudrait que la question puisse être tranchée par le pouvoir politique selon des procédures prévues pour la révision de la Constitution. Selon moi, le politique doit toujours avoir le dernier mot en démocratie.

Document 11 : J.-M. Sauvé, « L'étendue et les limites du pouvoir du juge », intervention au Colloque européen sur le juge et la politique, 31 octobre 2014 – 5 pages

Je remercie les organisateurs de cette conférence de m'inviter à m'exprimer ce soir sur un des sujets classiques de la théorie politique, qui se renouvelle profondément dans la période actuelle, en particulier dans le contexte de la construction européenne. Les relations qu'entretiennent la justice et le politique interrogent en effet notre conception de l'État de droit et de la démocratie et elles posent avec acuité la question des prérogatives, mais aussi de l'exercice légitime de l'une des grandes fonctions régaliennes, la justice : quelle est aujourd'hui l'étendue et quelles sont les limites de l'office du juge dans une démocratie ?

Le concept de « séparation des pouvoirs » qui surplombe notre thème de réflexion revêt les apparences d'une illusoire simplicité dont l'histoire des régimes démocratiques a pourtant démontré la fragilité théorique et la complexité pratique. Il désigne moins une spécialisation fonctionnelle de chaque organe constitué qu'un partage entre eux - avec certes de fortes dominantes - des trois fonctions législative, exécutive et judiciaire. Quel que soit le mode d'organisation constitutionnelle, la séparation des pouvoirs repose sur un équilibre dynamique dans lequel le pouvoir judiciaire occupe une place particulière : il est tout à la fois l'un des pouvoirs constitués et le garant – suprême dans le cas du juge constitutionnel – du partage de leurs compétences et du respect de la loi fondamentale.

Cette place particulière a paradoxalement expliqué la faiblesse historique du pouvoir judiciaire au regard des deux autres. Les tensions inhérentes à la séparation des pouvoirs se sont souvent résolues par une hiérarchisation de ces pouvoirs au bénéfice du Gouvernement et du Parlement. Or notre époque s'inscrit dans une perspective inversée : les juges contrôlent désormais de manière approfondie le respect par la loi des normes constitutionnelles et internationales ainsi que tous les actes et toutes les activités des décideurs publics. Alors que s'étend le champ de compétence d'intervention des juges, et aussi des juges européens, faut-il craindre une "politisation" de la justice, c'est-à-dire un empiètement des juges dans le champ de compétence des autres pouvoirs, mais aussi des prises de position par les juges dans des débats politiques, économiques et sociaux encore non tranchés ?

Je reviendrai sur les facteurs de cette affirmation du pouvoir judiciaire pour en montrer les bénéfiques, mais aussi les limites. D'un pouvoir affaibli et dominé, est-il devenu, comme certaines caricatures le font croire, un pouvoir dominateur et hybride ? Alors qu'est à nouveau agitée la menace d'un « gouvernement des juges », quelle juste et légitime place faut-il attribuer à la justice dans ses rapports avec le politique ?

I. L'indépendance de la justice et l'extension de ses pouvoirs de contrôle ont accompagné la maturation de l'État de droit en Europe.

A. Dire le droit applicable, l'interpréter, pallier ses obscurités, trancher une situation d'incertitude ou de conflit et, enfin, édicter toutes mesures utiles à la résolution durable d'un litige : telle est la mission de la justice. Pour l'assurer en toute impartialité, les juges bénéficient de garanties d'indépendance au regard des pouvoirs politiques : ils sont inamovibles et ne reçoivent aucune instruction dans l'exercice de leurs fonctions. Leur nomination, leur promotion et leur carrière relèvent le plus souvent de conseils supérieurs de justice, eux-mêmes indépendants des autres pouvoirs. Leurs décisions sont respectées et exécutées.

Longtemps dépendants et encore visés ici ou là par des lois destinées à les évincer, les assujettir ou remettre en cause leurs décisions, les juges ont globalement conquis en Europe dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle un statut conforme aux exigences de la séparation des pouvoirs. Ce siècle a aussi été marqué par deux autres évolutions : la promotion des droits fondamentaux et l'émergence de nouveaux droits en matière économique, sociale et environnementale –, comme dans les relations avec les administrations publiques. Cette double évolution a tiré les conséquences des expériences totalitaires du XX^{ème} siècle et de l'impuissance des juges à y faire face, mais aussi de la volonté que le droit encadre et sécurise davantage les relations sociales. Elle est allée de pair avec la modification du rôle des juges : leurs compétences ont été élargies ; leurs procédures, diversifiées ; leurs pouvoirs, renforcés, notamment par des pouvoirs nouveaux d'injonction et d'astreinte et leur contrôle est devenu plus rigoureux et effectif. Dans cette perspective, la légitimité contemporaine de la justice tient à sa capacité à assumer et mettre en œuvre la garantie des droits fondamentaux et l'emprise du droit sur les relations sociales.

B. Cette affirmation du pouvoir judiciaire s'est réalisée dans le contexte d'une crise de la représentation politique, qui a affaibli des parlements nationaux, et d'une perte d'influence, voire d'une impuissance à agir des autorités publiques nationales face à la globalisation. Mais cette affirmation a été aussi le fruit de transformations internes à la sphère du droit, que je veux retracer.

En premier lieu, il ne suffit pas de relever que, désormais, peu de décisions publiques échappent par nature au contrôle du juge. Il faut encore relever que le contrôle juridictionnel s'est partout approfondi et sophistiqué : ainsi lorsqu'une opération d'utilité publique est contestée devant lui, le juge analyse l'éventuelle contrariété entre intérêts privés et publics mais aussi entre intérêts publics ; il évalue le degré d'atteinte au droit de propriété, le montant prévisible du coût et des inconvénients d'ordre social pouvant résulter de cette opération ; dans son évaluation, il tient compte, le cas échéant, des risques d'atteinte grave et irréversible à l'environnement, des inconvénients supplémentaires et du coût des mesures de précaution envisagées par les autorités publiques ; enfin, le juge procède à la mise en balance de ces éléments, se montrant ainsi intrusif, voire subjectif, dans l'exercice de son contrôle de proportionnalité. En aval, le juge se soucie davantage de l'effectivité de ses décisions qui peuvent intervenir en urgence dans le temps même des décisions politiques : dans un nombre croissant de pays, les décisions politiques sont suspendues aux décisions judiciaires.

En deuxième lieu, l'affirmation des pouvoirs du juge s'est réalisée non seulement à l'égard des autorités administratives, mais aussi du législateur lui-même, grâce à la consécration des droits fondamentaux aux niveaux constitutionnel et international, alors même que la loi était, dans la plupart des traditions constitutionnelles, à l'abri de tout contrôle et de toute censure. Sans se reconnaître un « pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », les juges constitutionnels et même ordinaires contrôlent de plus en plus souvent et de manière approfondie que les décisions éminemment politiques qui sont au fondement des lois respectent les normes constitutionnelles et internationales dont ils sont les gardiens et les interprètes. Les juges sont ainsi investis d'une nouvelle légitimité démocratique : celle de veiller au-delà du temps court des cycles électoraux au respect, à la cohérence et à la stabilité des principes placés par le pouvoir constituant ou le législateur lui-même au sommet de la hiérarchie des normes.

En troisième lieu, les ordres juridiques nationaux sont désormais articulés avec les ordres juridiques européens, voire intégrés dans ceux-ci, ce qui confère en principe aux juges

européens le dernier mot, lorsque l'interprétation et l'application du droit européen sont en cause. Certes, les constitutions nationales, d'une part, et la convention européenne des droits de l'Homme, comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'autre part, protègent des droits matériellement proches et même souvent identiques dans leur formulation. Mais les obligations concrètes qui en découlent pour les autorités publiques sont précisées affaire après affaire par les juges nationaux, mais aussi européens. Il appartient aux uns et aux autres d'exposer leur interprétation de ces normes et de trancher les situations concrètes dont ils sont saisis, l'interprétation du juge européen s'imposant en principe, en raison des principes de primauté et d'effectivité, aux juges nationaux.

C. Ces trois transformations fondamentales expliquent l'apparition d'une proximité et une porosité nouvelle entre le pouvoir judiciaire et le politique. Parce que le champ d'intervention des juges recouvre de plus en plus celui du politique, aucune de ses branches, exécutive ou législative, ne pouvant plus échapper à un contrôle judiciaire de plus en plus substantiel. Mais aussi parce que les principes inhérents à la procédure judiciaire – les principes d'impartialité, de débat contradictoire et de transparence – innervent de plus en plus le fonctionnement des institutions publiques et sont ainsi devenus le modèle d'une « éthique de la délibération collective », distincte du débat parlementaire. Il est ainsi difficile d'en rester à une confrontation entre justice et politique, car l'une et l'autre sont traversées par une même dynamique de proximité et de participation, faisant davantage de place à la consultation des parties prenantes et à la délibération collective.

II. Dans ce contexte nouveau, la légitimité du pouvoir judiciaire en démocratie impose aux juges de nouvelles responsabilités et une vigilance accrue dans l'exercice de leurs missions.

A. L'intervention du juge dans le champ des affaires publiques - qui est saine dans son principe, car tout pouvoir doit être contrôlé - fait peser le soupçon d'une ingérence illégitime, voire antidémocratique, ce qui pourrait en retour susciter des crispations des autres pouvoirs publics ou, à l'échelle européenne, des attitudes non coopératives à l'égard des juridictions européennes. Pour parer à ces risques, de nouvelles responsabilités incombent aux juges tant nationaux qu'européens, dont voici les principales :

1- Un devoir renforcé de motivation des décisions de justice : lorsque les juges motivent leurs décisions, ils doivent avoir pleinement conscience qu'ils s'adressent aux parties qui les ont saisis, mais aussi au parlement et au gouvernement, aux autres juges, à la communauté juridique dans son ensemble et aux opinions publiques. Il leur appartient de rendre compte, face à ce vaste auditoire, de ce qu'ils font et décident. C'est un aspect de la responsabilité qui leur incombe et une contrepartie du pouvoir qui leur est confié. La motivation des décisions de justice est de fait un exercice de justification auprès des autorités publiques contrôlées comme des citoyens. Cet effort de pédagogie est d'autant plus important que sont en cause des sujets de société pour lesquels il n'existe pas de consensus entre les États ou au sein de ceux-ci.

2 - Un devoir de coopération loyale et transparente entre les juges nationaux et européens : il peut certes exister entre les uns et les autres des différences ou des divergences d'appréciation légitimes, mais elles ne doivent pas être sources d'insécurité juridique. Il est important qu'en pareil cas, un dialogue approfondi – formel par la voie de questions préjudicielles ou informel – puisse se développer entre ces juges. Mais, lorsqu'une juridiction suprême européenne a pris une position, il est souhaitable, il est même nécessaire que, sauf motif particulièrement grave et impérieux, les juges nationaux ne s'en éloignent pas.

3 - Un devoir de modulation du contrôle juridictionnel afin de préserver les marges d'appréciation des autorités politiques : le contrôle des juges doit s'arrêter là où commence le pouvoir discrétionnaire des Parlements et des Gouvernements. Il ne peut en effet conduire ni à la substitution du juge au politique, ni à l'immixtion du premier dans l'office du second : si l'un et l'autre sont les détenteurs d'une légitimité démocratique propre et en réalité complémentaire, ni l'un ni l'autre ne peuvent, ni ne doivent entrer dans un conflit des légitimités. Le juge constitutionnel ne saurait ainsi, sous couvert d'interprétation, s'engager dans la voie d'un contrôle vétilleux qui rendrait rigides à l'excès les règles constitutionnelles et briderait indûment le pouvoir d'appréciation du Parlement. De même, les juges européens doivent se garder, sans justifications suffisantes, d'interprétations extensives des transferts de compétence consentis par les États de l'Union et faire preuve de prudence dans les interprétations téléologiques ou finalistes du droit primaire ou dérivé, au détriment d'une lecture littérale des textes. Ces juges doivent s'attacher, sans mettre en cause l'unité et la cohérence du droit européen, à faire vivre le principe de subsidiarité, ce qui suppose de laisser des marges d'appréciation aux États et à leurs juridictions et de faire preuve d'une certaine réserve dans l'identification des points de consensus entre les traditions constitutionnelles nationales. Cette « respiration » entre principes de primauté et de subsidiarité permettra de faire vivre le projet européen dans la durée.

Qu'il soit national ou européen, le juge ne peut donc trouver sa juste place dans la séparation des pouvoirs sans une certaine forme de « retenue » ou de « déférence judiciaire » à l'égard des organes démocratiquement élus ou responsables, déférence dont naturellement l'étendue peut varier selon les États, mais qui est indispensable à l'équilibre d'ensemble des pouvoirs.

4 – Enfin, des obligations déontologiques plus fortes et des devoirs personnels plus contraignants : parce que le juge devient un régulateur de premier plan des relations sociales et de la vie économique et qu'il est appelé à contrôler l'exercice de leurs prérogatives par des pouvoirs démocratiquement élus, il doit s'astreindre à un devoir spécial de réserve dans l'expression de ses opinions en dehors des débats judiciaires et il doit aussi veiller à faire preuve de la plus grande impartialité et à prévenir tout risque de conflit d'intérêts.

B. Ces responsabilités anciennes, mais d'une intensité et d'une portée nouvelles, représentent des garanties sérieuses contre toute puissance judiciaire illimitée et conquérante. Par elles, la justice s'impose un devoir d'auto-limitation, sans pour autant renoncer à une protection exigeante et même à une promotion ambitieuse de l'État de droit. Ceux qui aujourd'hui défendent la figure d'une justice jupitérienne ou herculéenne, pour reprendre les métaphores de François Ost, pourraient bien, selon le sens de leurs intérêts, devenir demain les contempteurs d'un « gouvernement des juges ». La légitimité de la justice ne peut se maintenir que si, tout en assumant pleinement ses compétences, elle parvient à identifier, à préserver et à sécuriser les marges d'appréciation des deux autres pouvoirs. Au demeurant, la justice tirant son autorité et sa légitimité de la Constitution et de la loi - et donc de la volonté populaire -, il est toujours loisible au souverain, c'est-à-dire au peuple, de préciser le sens de sa volonté et d'écarter pour l'avenir certaines interprétations jurisprudentielles de la Constitution ou de la loi. Il n'y a en fait rien de plus démocratique que ce mode de résolution des désaccords entre le juge et le politique, à condition naturellement qu'il ne serve pas de prétexte à des atteintes à l'indépendance des juges et à la mission de la justice.

Depuis plus de vingt ans, à mesure que s'affirmait l'autorité du pouvoir judiciaire, les relations entre ce pouvoir et le politique n'ont pas cessé de se transformer et de se complexifier, sans forcément entrer en crise. Je ne doute pas que les travaux de cette conférence permettent d'analyser ce phénomène, de clarifier ses enjeux, de relever les risques qu'il comporte mais aussi d'identifier les voies d'une coexistence harmonieuse et même d'une coopération pacifiée entre la justice et les autres pouvoirs publics qui soit bénéfique pour nos sociétés et pour l'État de droit.