

## **Introduction**

### **La légitimité des institutions est affaire de liens et de croyances**

« En démocratie quiconque exerce du pouvoir, doit le détenir du peuple. De quelle légitimité peuvent se prévaloir nos juges ? Voilà bien une question qui irrite ces derniers. » (Jacques Krynen)<sup>1</sup>

« Il n’y a pas de raison méthodologique de considérer que le fascisme soit mort en 1945. » (Zeev Sternhell)<sup>2</sup>

De longue date, le monde judiciaire réclame, sans grand succès, des budgets conformes à la satisfaction des missions de la justice, contre l’austérité. Mais il revendique aussi, contre les tentatives d’ingérence du monde politique, le respect de son indépendance, ce statut essentiel, voulu par les Constituants et la Convention européenne des droits de l’homme, qui désigne sa capacité structurelle à résister aux pressions de tous ordres, politiques ou économiques, individuelles ou collectives. Parfois la critique est frontale et s’exprime dans les médias. Parfois les magistrats et les avocats manifestent et organisent des actions communes. Récemment, ils ont tenté de se mobiliser contre les menaces qui pèsent sur l’équilibre institutionnel de certains pays du Conseil de l’Europe ou de l’Union européenne où les majorités en place ont retrouvé les chemins de l’autoritarisme, avec une viralité sidérante.

Pour discréditer leur action, le reproche de *militance* est souvent porté par les politiques aux juges qui s'exposent dans l'espace public. Parfois même, est soupçonnée une sympathie inadéquate pour « la gauche ». Certains sont alors qualifiés de « juge rouge »<sup>3</sup> ou de juge « politique ». Et d'aucuns, y compris dans le monde judiciaire, insistent sur un point qui semble *a priori* déterminant : cette militance ou cette politisation serait incompatible avec l'exigence de neutralité qui pèse sur leur office et surtout avec le fait qu'ils ne sont pas élus. Voilà le vice : les juges critiquent, contrarient ou condamnent les élus alors qu'ils ne sont pas élus.

L'incompréhension indignée des hommes politiques et de certains commentateurs est identique lorsque la justice invalide une loi, fruit de la « Représentation nationale », présentée comme la quintessence de l'expression démocratique. Mais aussi lorsque l'institution donne des injonctions aux élus, ainsi en France quand le 19 novembre 2020, le Conseil d'État a prononcé une décision qualifiée « historique » en donnant au Gouvernement français un délai de trois mois pour prouver qu'il respecte ses engagements climatiques<sup>4</sup>. C'est parfois un flagrant mépris qui s'affiche, ainsi quand le ministre belge de la santé s'est dit « pas impressionné », le 31 mars 2021, à la suite de la décision – pourtant qualifiée « impressionnante » par le professeur Franklin Dehousse<sup>5</sup> – prononcée par le tribunal de première instance de Bruxelles, en référé, concluant à l'illégalité de bon nombre des mesures sanitaires prises par le gouvernement.

L'accusation est également ancienne qui fait grief à la justice d'usurper le pouvoir législatif. On parle d'arrogance et de démesure : la célèbre *Hubris*<sup>6</sup>. Face aux juges qui se comporteraient en « décideurs politiques », le principe de la séparation des pouvoirs est alors convoqué pour faire voir la gravité des blessures et des insultes que lui infligerait le fameux et honni « Gouvernement des juges ». Sans parler des affaires qui donnent lieu à l'inculpation ou à la condamnation pénale d'un homme politique. A cette occasion, les juges auraient « perdu la tête », ou bien au choix, seraient coupables « d'acharnement », mais aussi de « raid » ou de « coup d'état » judiciaire. Est encore pointée une justice politique et partisane qui nourrirait l'inquiétante ambition de « voler le choix politique » des

électeurs, ou de vouloir « fausser les élections », en cherchant, en définitive, à « étouffer » le politique. Ce sont les éléments de langage entendus en France à l'occasion de l'affaire Fillon en 2017. Quand Nicolas Sarkozy a été condamné, le 1<sup>er</sup> mars 2021, à une peine de trois ans d'emprisonnement, dont un an ferme, c'est un autre tombereau d'anathèmes qui a envahi le débat public tel qu'il se pratique sur les chaînes d'information en continu ou certains médias privés, par les éditorialistes et les experts, auto-proclamés pour l'occasion en droit pénal financier. Tous estimant avec une belle unanimité qu'il n'y avait « rien dans le dossier ». Tout de même, un jugement de 254 pages<sup>7</sup>.

La justice serait donc politique et illégitime lorsqu'elle condamne les puissants, mais « neutre » et légitime lorsqu'elle se montre sévère envers les démunis, les étrangers, et les sans masques. Ou lorsqu'elle frappe la délinquance liée à la misère sociale. En réalité n'est-ce pas dans ce second cas, selon nos politiques et une certaine opinion publique, qu'elle serait « à sa place » : docile et conforme à ce qu'ils attendent d'elle ?

Tout ceci ne serait rien si depuis quelques années, partout en Occident, les tensions entre le pouvoir politique, la justice et une partie de la société civile ne s'étaient considérablement aiguës. Bien au-delà de l'incompréhension ou des querelles classiques observées au XX<sup>e</sup> siècle, c'est une sorte de détestation belliqueuse des acteurs judiciaires qui s'exprime désormais, couplée à une forme de haine du Droit et des droits de l'homme mais aussi des valeurs de solidarité et d'égalité<sup>8</sup>. Les juges soucieux du respect des libertés et des droits – y compris des droits des personnes poursuivies, voire coupables – sont désignés, littéralement et parfois nommément, comme les adversaires ou les « ennemis » des élus, et corrélativement des peuples, et donc de la démocratie. Les décisions contrariantes qu'ils prononcent sont-elles motivées par le respect qui est dû aux droits fondamentaux ? Les juges seraient alors « droits-de-l'hommes », selon un glissement sémantique identique à celui trouvé dans le concept d'islamo-gauchisme, et qui signifie à peu près qu'ils seraient, à l'instar d'autres élites « hors sol », totalement déconnectés des réalités qu'affrontent le peuple et ses élus, essentiellement dans ces domaines particuliers que sont l'immigration et l'insécurité.

Au début de l'année 2020, sur les réseaux sociaux, un concept d'origine grecque, la Dikastocratie, est réapparu sous l'hashtag #KastaExit, au travers des messages d'internautes polonais, pour dénoncer les juges qui tiennent tête au Gouvernement du PiS et seraient coupables, avec l'Union européenne, de « voler » la démocratie polonaise et de mettre en péril jusqu'à l'autonomie du pays<sup>9</sup>. Le terme est aussi employé en 2019 par le populiste néerlandais Thierry Baudet qui reproche aux juges de favoriser le retour aux Pays-Bas des enfants du Califat<sup>10</sup>. Taper sur *Twitter* l'hashtag #gouvernementdesjuges permet de palper la gravité de l'accusation d'illégitimité qui est portée par certains internautes, spécialement sur ces questions qui font l'actualité de notre post-modernité<sup>11</sup>. Ainsi cet internaute actif sous le pseudo *Monsieur Frexit* et qui compte plus de 10.000 abonnés, a-t-il posté, le 30 octobre 2020, un message révélateur de la tendance à l'œuvre :

« Les juges français et européens nous empêchent de lutter efficacement contre l'islamisme, alors que le peuple le demande ».

Un dessin illustre le propos : celui d'une femme, la République, en colère et prête à en découdre mais entravée par quantité de liens représentant la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État, la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation – mais aussi le « décolonialisme » – et face à elle : un islamiste barbu et narquois, tenant à la main un couteau ensanglanté<sup>12</sup>. Et l'un des commentateurs de ce poste d'ajouter : « Pas que contre l'islamisme, mais aussi contre la pédophilie ». La justice serait donc une menace pour la démocratie et la sécurité des populations qui justifierait l'avertissement souvent lancé par certains politiciens de retrait de leur État de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>13</sup>.

De telles accusations, ou insultes, sont aussi portées par une partie de l'élite socio-culturelle. Le 4 mai 2017, Alain Zenner, avocat, professeur d'université et ancien sénateur, publiait dans *La Libre*, une tribune intitulée « Gouvernement des juges : le coup d'état permanent ? »<sup>14</sup>. Et à la suite de la décision du Conseil constitutionnel français qui a censuré une loi incriminant l'aide et la solidarité manifestées à l'égard des migrants, et qui a érigé en principe constitutionnel l'idéal de fraternité porté par

la devise de la République<sup>15</sup>, le rédacteur en chef du *Figaro Magazine*, Guillaume Roquette – qui avait signé en mai 2018 un éditorial sobrement intitulé « Les juges contre les peuples »<sup>16</sup> –, a cru pouvoir dénoncer une grave « dérive anti-démocratique » menée par des juges farouchement soucieux de se placer « au-dessus des lois », et à la tête desquels se situerait la Cour européenne des droits de l'homme, ce « repère d'activistes non élus »<sup>17</sup>. Pas moins.

« Enemies of the people », c'est aussi la spectaculaire *Une* du *Daily Mail* du 3 novembre 2016, publiée en réaction à la décision prise, à la requête de trois citoyens britanniques, par la Haute Cour de Londres rendant obligatoire la saisine du Parlement avant d'enclencher la procédure du Brexit, à la suite du référendum du 23 juin 2016. Le *Daily Express* évoquant lui le « jour où la démocratie est morte », et le *Sun* lançant cette adresse aux juges : « Who do EU think you are ? ».

Le viril et vibratoire discours populiste pénètre les mentalités y compris dans les milieux intellectuels, et bien mieux, porte généralement aux responsabilités, tels de véritables champions de lutte, ceux qui le tiennent souvent avec le moins de scrupules. Depuis le début de ce siècle « inauguré » par les attentats du 11 septembre 2001 et qui a consacré le triomphe totalisant du néolibéralisme et du *New Management public*, jusque dans la justice, bon nombre de majorités électorales occidentales ont mis en pièces différents acquis sociaux, démocratiques ou liés à l'État de droit, au prétexte de répondre, contre les corps intermédiaires ou le fameux « Deep State »<sup>18</sup>, aux attentes supposées – parfois suggérées – des citoyens. Sous couvert de réalisme, ou de ce fameux pragmatisme broyeur d'humanisme, et avec l'alibi de lutter « efficacement » contre le terrorisme ou, désormais, les épidémies.

L'outrance de certains propos et l'indignité des politiques explicitement menées contre certaines catégories de la population, ne peuvent pas être combattues d'un simple revers ou d'une répartie cinglante sur les réseaux sociaux. Lorsque les questions de légitimité et d'équilibre des pouvoirs – et la question des droits de l'homme qui leur est intrinsèquement liée –, sont à ce point maltraitées dans les faits et discréditées au travers de tels slogans dans le débat public, y compris par

des médias comme *Le Figaro*, il convient de prendre acte de ce qu'un consensus s'est dessiné depuis une vingtaine d'années avec toujours plus de précision, qui entend régler son compte, idéologiquement, au Droit mais aussi aux juges, comme d'ailleurs à certaines ONG, au prétexte qu'ils seraient devenus des obstacles à l'accomplissement des projets – et des rejets de l'héritage des Lumières et des droits de l'homme –, portés par l'opinion publique. En ces matières, ce qui est excessif n'est donc pas dérisoire.

Les acteurs judiciaires, juges et avocats, pas plus que les autres démocrates, ne peuvent rester indifférents, inactifs ou « neutres » face à cette tendance lourde qui refuse la possibilité d'agir, de procéder ou de juger en contrariant les élus et les lois ou l'opinion publique, au nom du Droit et des valeurs dégagées au sortir de la Seconde guerre mondiale. Il convient au contraire qu'ils affrontent ce climat intellectuel, politique et émotionnel, dans l'exercice de leur métier mais aussi en s'engageant dans le débat public avec pédagogie et conviction, mais aussi avec fermeté, pour rendre leur pleine légitimité, et l'attractivité qui doit s'en déduire, à la justice, au Droit et aux droits fondamentaux.

Dans cette entreprise à mener urgemment pour empêcher la réduction de leur rôle à la portion congrue, voire leur disparition, il me semble possible d'appuyer l'argumentation sur un recadrage historique des relations entre la justice et les gouvernants mais surtout sur la révolution copernicienne qui est intervenue après la Seconde guerre mondiale. Révolution qu'il est impératif de mettre à nouveau en lumière car elle a totalement changé la donne en désossant le pseudo monopole de la légitimité démocratique des élus et de la loi, par la consécration de la primauté des droits de l'homme sur toute politique qui serait projetée sans considération pour le désastre avvenu au travers du nazisme et pour les conditions qui l'ont permis. Primauté qui conditionnerait dès lors la légitimité du politique.

Ce recadrage historique ne peut toutefois s'opérer sans apercevoir que la nature de la disqualification des magistrats – et avec eux, des droits fondamentaux – ou de leur légitimité, du rôle qu'ils sont appelés à jouer dans l'espace public ou qui leur y est refusé, et de leur relation antagoniste à la loi et aux gouvernants élus, varie selon les époques et les États. Mais qu'elle varie aussi, et essentiellement, en fonction des *dogmes*

liés à l'organisation de la vie collective qui y sont à l'œuvre. En effet, quel que soit le contexte historique, envisager la place des juges et du Droit implique nécessairement de la confronter à celle de l'État, de la loi, du monde politique, des gouvernants élus mais aussi à celle de l'opinion publique. C'est donc affaire de relation et de lien dont il est question. Or toutes les relations sont tissées par des croyances et des mythes auxquels le collectif adhère, qui leur donne à la fois un sens et des limites, et qui expliquent la place réservée à certaines institutions, parfois aussi à certaines catégories de citoyens, comme les femmes ou les immigrés.

Je propose d'examiner d'abord cette notion de dogme pour décrire ensuite son évolution et ses métamorphoses, en quatre périodes-clés que j'ai identifiées depuis la Révolution française jusqu'à la « judiciarisation » que nous avons connue depuis un demi-siècle. En accordant une place particulière à l'étude du nazisme et à la commission de la *Shoah* car le totalitarisme allemand et l'ensemble des exactions qu'il a permises partout en Europe forment la séquence fondatrice par excellence de la modernité occidentale. Il convient donc d'y revenir du fait du mal absolu qui s'y déploie et contre lequel elle a voulu se prémunir par la justice, sociale et institutionnelle. Et hélas aussi du fait des nombreux symptômes que notre post-modernité présente d'une redite de ce totalitarisme tel qu'il a été diagnostiqué par Hannah Arendt, mais aussi du fait des différentes figures du mal auxquelles nous sommes à nouveau confrontés et qui menacent la pérennité même du Droit et de la justice.

Si la *Shoah* a été rendue possible en effet, c'est évidemment grâce à l'arrivée au pouvoir du parti racialisé *NSDAP*<sup>19</sup> qui a remporté les élections législatives de mars 1933 après qu'Hitler ait accédé au poste de Chancelier en janvier de la même année. Mais c'est aussi grâce à la faillite morale de la société européenne et des institutions et spécialement à la faveur du zèle appliqué et parfois enthousiaste généralement observé au sein d'une institution judiciaire marquée par deux caractéristiques : d'une part son intime connexion à l'esprit nazifié ou fascisé du temps, soit à la pensée *mainstream* ou au *Zeitgeist*<sup>20</sup> observé alors en Europe ; d'autre part son statut de pouvoir subordonné au politique. Pouvoir subordonné et zèle de ses acteurs à servir

la politique des gouvernants, à ressentir et à satisfaire les attentes racistes de la population : voilà l'équation dont la deuxième moitié du XXe siècle a postulé la fausseté, étant acquis qu'il ne faut attendre d'un pouvoir croupion aucun supplément d'âme à insuffler dans l'espace public, au service de la démocratie et des gens.

Quant à la « judiciarisation » souvent décrite au XXe siècle par la presse et les politistes, on verra qu'elle est intrinsèquement liée à la mission de *gardien des promesses*<sup>21</sup> démocratiques qui a été confiée aux magistrats précisément après le traumatisme de la *Shoah* et qui les a dotés d'une pleine légitimité démocratique. Elle serait, selon certains, marquée par une sorte de syndrome : *l'audace des juges*<sup>22</sup>. Je conteste fermement ce concept d'audace que je remplace par ceux d'honneur et de fidélité. Honneur et fidélité à ces promesses instituées à la Libération en principes supérieurs et qui obligent en définitive autant les élus que les juges, ceux-ci étant chargés de le rappeler à ceux-là, à la requête des citoyens.

L'analyse va mettre en évidence une donnée politique et désagréable : de longue date et par consensus, dans le chef de nos gouvernants, la justice institutionnelle voit sa mission assignée au seul rôle de « bouche de la loi ». Attention, parfois avec la connivence, subjective ou objective, des juges, ou à la faveur de leur inconscience ou de leur paresse, ou encore de leurs peurs, comme cela a été généralement le cas en 2020 pendant la crise sanitaire. L'assignation des juges à ce seul rôle « inanimé » est contraire, comme on va le voir, à l'héritage laissé par la Libération mais il relève presque viscéralement d'un soupçon et d'une crainte : que les magistrats servent d'autres objectifs que ceux définis par les gouvernants. Le Tribunal constitutionnel polonais l'a bien compris qui a prononcé, le 22 octobre 2020, une décision qui s'oppose frontalement au droit des femmes à l'IVG, en déclarant inconstitutionnelle la disposition d'une loi de 1993 permettant l'accès à l'avortement en cas de malformation ou de maladie grave du fœtus. Cette décision régressive a choqué sans surprendre tant le Tribunal constitutionnel est sous la tutelle de l'exécutif polonais et n'a fait qu'appliquer en somme la politique conservatrice menée par le parti *Droit et justice (PiS)* depuis 2015<sup>23</sup>. En juge « ami » des

gouvernants et d'une certaine opinion publique. Rappelons que fidèle à Montesquieu qui en 1748 dans *L'esprit des lois*, faisait injonction aux juges de se conduire en êtres « inanimés »<sup>24</sup>, Cesare Beccaria écrivait dans son *Traité des délits et des peines* publié en 1764<sup>25</sup> :

« Les juges des crimes ne peuvent avoir le droit d'interpréter les lois pénales, par la raison même qu'ils ne sont pas législateurs. Les juges n'ont pas reçu les lois comme une tradition domestique, ou comme un *testament de nos ancêtres* qui ne laisserait à leurs descendants que le soin d'obéir. Ils les reçoivent de la société vivante, ou du souverain, qui est le représentant de cette société, comme dépositaire légitime du résultat actuel de la volonté de tous (...). De tels principes déplairaient sans doute à ces despotes subalternes qui se sont arrogé le droit d'accabler leurs inférieurs du poids de la tyrannie qu'ils supportent eux-mêmes. J'aurais tout à craindre, si ces petits tyrans ne s'avisait jamais de lire mon livre et de l'entendre ; mais les tyrans ne lisent pas. »<sup>26</sup>

Je reviendrai sur cette notion de « testament de nos ancêtres » pour montrer qu'après 1945, le consensus qui a marqué l'action concertée des gouvernants, survivants et témoins du nazisme, pour garantir absolument l'impossibilité d'une redite de la catastrophe morale, institutionnelle et politique intervenue, constitue très précisément un testament qui à la fois oblige et légitime l'office des juges. Qu'il y va là de leur honneur.

Enfin, je tenterai de répondre à cette question simple et urgente à la fois, notamment, au regard des périls sociaux et environnementaux qui menacent nos sociétés et de l'inertie des élus généralement pointée à cet égard : que peuvent aujourd'hui les acteurs de justice pour la démocratie ? Il s'agira de rappeler leur rôle et leur place dans le champ institutionnel et de tenter de les convaincre, eux mais aussi la société civile, qu'au regard des défis posés par le monde tel qu'il est, englué depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle dans ses renoncements politiques et moraux qui pourraient bien aboutir à la fin de l'État de droit, ils doivent désormais véritablement agir en militants tant au sein des palais que dans l'espace public. Dans une modernité qu'il est permis de qualifier irrévocablement de « post-Shoah », et face

à l'application de la loi quelle qu'elle soit ou face à l'esprit des temps, le positivisme politique et juridique de même que la neutralité axiologique ne pourront dès lors plus être invoqués par aucun juge, ni par aucun acteur institutionnel. Tant ils relèvent de la *banalité du mal* qu'a décrite Hannah Arendt après avoir assisté au procès d'Eichmann.