

CHAPITRE 3

ANALYSER LA JUSTICE POLITIQUE

Justice politique : accoler ces deux termes, c'est déjà faire apparaître l'ambivalence de la notion travaillée par l'indépendance recherchée des pouvoirs politique et judiciaire. Justice de l'entre-deux, elle offre une vaste palette de procédés se déclinant sur des registres variés en fonction de la place respectivement attribuée à la justice de droit commun et aux considérations politiques. Ce riche nuancier ne peut donc être ramené à une typologie construite à partir de quelques paramètres institutionnels tant les combinaisons concrètes sont variées et tributaires des pratiques suivies : à structure constante, la politique jurisprudentielle comme la politique pénale peuvent sensiblement changer, au point de ne plus permettre la caractérisation d'une justice comme étant politique. Ces évolutions, procédant de chaînes causales différentes mais convergentes, sont difficiles à démêler¹. Le sens général de cette dynamique est lui aussi particulièrement compliqué à saisir : alors que la juridiction administrative se rapproche, par touches successives, depuis le début de la III^e République, de la justice ordinaire, l'année 1958 voit l'apparition d'une justice constitutionnelle fondamentalement politique ; et si cette dernière a engagé un mouvement similaire à celui de la juridiction administrative à partir de 1972, elle est très loin d'être arrivée à un niveau de *dé-particularisation* aussi avancé qu'elle. Quant aux juridictions pénales, leur politisation évolue en fonction des rapports de force très fluctuants existant entre l'exécutif et le judiciaire, et de la conception que magistrats et gouvernants se font de leurs missions respectives. Reste que la justice politique gagne en extension, tout en perdant progressivement son caractère politique (Sect.1), tandis que la justice, dans son ensemble, connaît des formes de *néo-politisation*

1. Pour une tentative d'historicisation : M. KALUSZYNSKI, « La fonction politique de la justice : regards historiques », in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, 2007.

liées aux stratégies des juges, des justiciables, de leurs conseils et de leurs soutiens (Sect. 2). Ces dynamiques contradictoires sont au cœur de l'approche retenue pour cerner l'état actuel de la justice politique (Sect. 3).

Section 1 La dépolitisation de la justice politique

Plusieurs facteurs concourent à cette dépolitisation. Le premier tient aux effets induits sur la longue durée par l'exigence d'égalité² de traitement de tous les justiciables, consubstantielle au processus de démocratisation. Soulignée par Tocqueville, l'élévation de cette sensibilité aux différences de traitement mine la légitimité de la justice politique, perçue comme accordant des avantages exorbitants et infondés aux gouvernants. Est également jugé essentiel le droit de chacun à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, selon des règles garantissant le caractère équitable du procès. À mesure que les valeurs découlant du principe d'égalité s'imposent dans l'univers de la justice, il devient inadmissible que les dirigeants soient purement et simplement soustraits au droit, ou que les victimes de leurs agissements ne puissent pas les traduire en justice. L'affaire du sang contaminé illustre bien les effets de ce changement de sensibilité du public dont la compassion pour les victimes et, corrélativement, l'intolérance à toute forme d'impunité, s'accroît : dépôts de plaintes de personnes lésées par des agissements imputés à des hommes politiques, mobilisation des victimes, activisme de militants, de juristes³, d'hommes politiques et d'associations de défense ont conduit à une révision constitutionnelle instituant une juridiction politique – la Cour de justice de la République – compétente pour juger les ministres impliqués dont le procès a pu se tenir. La création de juridictions pénales internationales, comme la revendication d'une compétence universelle permettant aux tribunaux nationaux de juger certains crimes internationaux⁴, sont le signe

2. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, La Pléiade, 1961, t. 2, p.104.

3. Sur l'intérêt professionnel des avocats à ce que s'ouvrent de nouveaux marchés du droit autour des droits de l'homme : Y. DEZALAY, B. GARTH, *La mondialisation des guerres de Palais*, Seuil, 2002.

4. Sur cette « cosmopolitisation des tribunaux » : J. SEROUSSI, *Les tribunaux de l'humanité*, Thèse de sociologie, Université Paris Sorbonne, 2007, p. 10.

d'une mondialisation de ce refus de l'impunité, portée et parfois exploitée par des mouvements sociaux nationaux et des ONG de défense des droits de l'homme. Parallèlement, la justice politique est de plus en plus controversée : elle perd en crédibilité et les décisions qu'elle rend, suspectées d'être le fruit de calculs politiques, sont sans réelle légitimité. Ce facteur se conjugue avec la volonté d'autonomisation de la magistrature. La professionnalisation de la justice, consacrée par la création de l'École nationale de la magistrature, a permis aux juges d'acquérir une légitimité propre. Recrutés à l'issue d'un concours très sélectif, ils acquièrent une compétence juridique incontestable et un statut fondé sur les valeurs de neutralité et d'impartialité par lesquelles le champ judiciaire s'oppose radicalement au champ politique⁵. L'édification de cette frontière disqualifie la justice politique en ce qu'elle ne peut satisfaire aux exigences minimales de cette justice. Ce phénomène est renforcé par les transformations auxquelles conduit la mondialisation du droit ; se développe en effet un « dialogue des juges » intervenant dans la production du droit à l'échelle internationale et invoquant pour ce faire une légitimité commune⁶. L'universalisation du modèle d'une justice dépolitisée va de pair avec la relativisation de la légitimité du politique dans les sociétés démocratiques, et spécialement dans la démocratie représentative. Dès sa création, celle-ci a commencé à être discréditée par le jeu des partis, des intérêts particuliers dont ils assurent le courtage, et des rivalités entre hommes politiques lancés à la conquête des positions de pouvoir. Au lieu d'être l'enceinte dans laquelle, à l'issue d'une discussion raisonnable, l'intérêt général est dégagé, le Parlement apparaît comme le théâtre de tractations entre les intérêts particuliers des électeurs dont la majorité gouvernementale a obtenu le soutien et qu'elle doit satisfaire en leur attribuant des avantages spécifiques si elle veut conserver leur appui⁷. Ces marchandages incessants au cours desquels sont admises les prétentions d'un groupe en échange de celles d'un autre débouchent sur des compromis indispensables pour gouverner, mais qui ne satisfont véritablement personne et dont le résultat n'aurait sans doute pas

5. P. Bourdieu définit un champ comme « des espaces de positions (ou de postes) dont les propriétés dépendent de leur position dans ces espaces et qui peuvent être analysées indépendamment de des caractéristiques de leurs occupants (en partie déterminées par elles) » : *Questions de sociologie*, Minuit, 1980, p. 113.

6. J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Seuil, 2005, p. 25.

7. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 4.

reçu l'assentiment populaire⁸. Bref, les productions normatives issues de telles coalitions d'intérêts n'ont que peu à voir avec l'intérêt général ; et il y a dans la révélation publique de ces pratiques si éloignées des « fictions fondatrices »⁹ – lors des scandales politiques, mais aussi dans les mécanismes quotidiens de la « politique politicienne » –, tous les ingrédients d'un désenchantement de la politique¹⁰. Le déclin de la « légitimation par les urnes », la « désacralisation de l'élection » et le souci de respecter le droit des minorités, indissociable de l'exigence de pluralisme, ont structurellement affaibli le politique. En France, cette relativisation du politique s'est accélérée au cours de la V^e République. À la fin des années 1960, c'est l'idée de proximité qui commence à s'imposer comme condition d'une gestion légitime. Déclinée sous les thématiques de la participation, puis de l'établissement d'une véritable décentralisation et enfin de l'approfondissement d'une démocratie participative, cette approche remet en cause la capacité de la loi abstraite et générale à se saisir des situations concrètes dans leur diversité et leur complexité¹¹. Se trouve ainsi contestée la capacité même d'un gouvernement centralisé, d'essence jacobine, à traiter des affaires locales ; c'est l'aptitude d'une institution à prendre en compte les intérêts particuliers et à arbitrer entre eux au plus près qui fonde sa légitimité à intervenir. Dans les années 1970 – avec l'accession au pouvoir d'un courant politique plus libéral – la neutralité et l'indépendance de certaines institutions vis-à-vis des autorités gouvernementales sont érigées en qualités indispensables pour assurer des fonctions de régulation, de contrôle et de médiation¹². Voient alors le jour les premières autorités administratives

8. Selon F. A. HAYEK, ces résultats sont généralement contraires aux principes dont les membres de la majorité se réclament : *ibid.*, p. 18.

9. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, p. 10-11.

10. J. Schumpeter montre qu'un intérêt n'a de chance d'être pris en charge sur le champ politique que s'il peut servir de matière première à la compétition politique : *in Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, 1972.

11. Sur le sentiment d'impuissance du politique parmi les autres facteurs de la crise continue de la représentation : Y. SINTOMER, *Le pouvoir au peuple*, La Découverte, 2007, p. 20 et s.

12. Sur le déclin de la souveraineté, la séparation du pouvoir et de l'autorité et la montée en puissance des autorités de régulation : A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 228 et s. ; le discrédit du politique est aussi le fruit du travail d'émancipation du capital transnational des contraintes étatiques. Les États sont ainsi pris entre les logiques de transnationalisation dépolitisantes et de renationalisation impliquant une « re-politisation de la politique » : U. BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Champs, 2009, p. 315 et s., spécialement, p. 390 et s.

indépendantes dont le champ d'intervention a depuis lors été considérablement étendu.

À partir des années 1980, alternances politiques et cohabitations aidant, le développement du contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel à l'instigation des parlementaires d'opposition multipliant les saisines, a instauré le circuit d'une « démocratie continue »¹³ : la volonté générale législative exprimée par la majorité parlementaire du moment doit s'incliner devant la volonté générale constitutionnelle qu'a exprimée la majorité constituante. Ce déclin de la loi est amplifié par le contrôle de sa conformité, à l'occasion de l'examen des affaires dont sont saisis les tribunaux aux manifestations supérieures de la volonté générale inscrites dans les traités internationaux, spécialement les traités communautaires et la Convention européenne des droits de l'homme. Gouvernement et Parlement deviennent des composantes d'une démocratie procédurale¹⁴ dont les circuits s'allongent et comprennent l'intervention de juridictions nationales et internationales. Cette relativisation de la légitimité électorale par les « légitimités de proximité, d'impartialité et de réflexivité »¹⁵ favorise le rapprochement de la justice politique des standards de la justice ordinaire. Dernier facteur d'évolution, la perte de spécificité des branches du droit régissant les différentes dimensions de la vie politique. Sans perdre complètement leur originalité, elles connaissent une réduction plus ou moins marquée de leur périmètre d'application et une banalisation de leur contenu normatif. Ainsi du droit administratif, dont l'objet se brouille, au point que la doctrine hésite à y voir un irrésistible déclin ou une refondation tendant à sa modernisation¹⁶. Il en va de même du droit constitutionnel, qui, du fait de la constitutionnalisation des différentes branches du droit, connaît une réduction de son particularisme en tenant compte des logiques spécifiques de chacune d'elles¹⁷. Tout porte à penser que l'institution d'une saisine directe au Conseil constitutionnel à la requête du justiciable dans les instances en cours devant toutes les

13. D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ, 1995.

14. J. HABERMAS, « La souveraineté nationale comme procédure », *Lignes*, n° 7, 1989.

15. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, op. cit., p. 18.

16. J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008, p. 407.

17. Y. POIRMEUR, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in J. CHEVALLIER (dir.), *Droit et politique*, PUF, 1993 ; sur le cas du droit administratif : B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, 2006.

juridictions va accentuer ce phénomène, en amenant le Conseil à apprécier *in concreto* la constitutionnalité des lois.

Section 2 Les logiques de néo-politisation de la justice

Cette dé-particularisation de la justice politique, qui gagne en justice et perd en politique, se double, sur fond de judiciarisation accrue des rapports sociaux¹⁸, d'une néo-politisation de la justice ordinaire dont les causes sont multiples. La première est la complexification continue du droit, dont les sources se sont diversifiées – nationales, européennes, internationales –, ce qui entraîne une atténuation de sa normativité au profit de standards juridiques et de règles floues ou à géométrie variable. La détermination du contenu des règles applicables, en laissant place à un large pouvoir d'interprétation, accroît considérablement le rôle du juge¹⁹. Traditionnellement considéré comme « bouche de la loi », qu'il se bornerait à appliquer au litige, le juge est aujourd'hui devenu un organe créateur de droit. L'affaiblissement de la valeur du droit légiféré, de plus en plus mouvant et incertain, transforme les juridictions en forums où la loi est discutée et contestée par les justiciables cherchant chacun à convaincre le juge de se ranger à son avis. Plus fondamentalement encore, le gouvernement a souvent recours au juge pour résoudre des questions de société épineuses²⁰ – affaire du voile²¹, bioéthique – ou pour participer à des actions publiques complexes conçues ainsi comme de véritables politiques judiciaires²². Il fait ainsi de la justice une instance davantage impliquée dans la régulation politique, mais n'hésite pas si elle ne lui

18. J. COMMAILLE, « La juridicisation du politique », in J. COMMAILLE et alii (dir.), *La juridicisation du politique*, LGDJ, 2000, p. 242.

19. Pour une présentation d'ensemble des effets : A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Bari, Laterza, p. 12 et s.

20. Voir « La judiciarisation des questions de société », *Après demain*, octobre 1997.

21. C. DE GALEMBERT, « La fabrique du droit entre le juge et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique », in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, op. cit.

22. A. WYVEKENS, « Entre politique et droit, la politique judiciaire de la ville », in J. COMMAILLE et alii (dir.), *La juridicisation du politique*, op. cit., p. 209 et s. Sur le rôle des juges dans les politiques pénales : S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, *Les politiques pénales*, L'Harmattan, 1998.

donne pas satisfaction à en « déjuridicialiser le traitement »²³. Quant aux solutions jurisprudentielles qui lui déplaisent ou le gênent comme les règles de prescription en matière d'abus de biens sociaux, il n'hésite pas à les neutraliser en réformant la loi et si besoin est, la constitution. Enfin, dans une autre perspective, la gravité de la menace terroriste attestée par les attentats du 11 septembre, a favorisé le développement d'une politique sécuritaire dont la conduite passe par un contrôle renforcé de l'exécutif sur la justice, par l'intermédiaire des parquets. La lutte contre le terrorisme, désormais « hyper criminalisée »²⁴, justifie une relativisation de l'ensemble des libertés fondamentales par ses exigences, la définition d'infractions largement entendues et de procédures spéciales pour les poursuivre qui, au-delà des mouvements terroristes eux-mêmes, permettent d'atteindre des mouvements sociaux et politiques²⁵ et de les soumettre ainsi à une *nouvelle justice politique* d'exception qui tait encore son nom. Dans le contexte de relativisation généralisée des règles de vie collective, accentuée par la remise en cause de la légitimité du politique à les forger, apparaît aussi une politisation de la justice par les juges eux-mêmes²⁶. Certains magistrats du parquet se montrent mieux disposés qu'autrefois à accueillir les plaintes contre les politiques et les décideurs publics²⁷. Forts de leur pouvoir d'appréciation et d'interprétation, il arrive aux juges de motiver leurs décisions par des considérations

23. A. VAUCHEZ, « Le pouvoir judiciaire », in A. COHEN et alii, (dir.), *Nouveau manuel de science politique*, op. cit., p. 248 ; Voir par exemple le rapport « La dépenalisation de la vie des affaires », La Documentation française, 2008 ; pour une évaluation de leur rôle dans les politiques publiques » : J. COMMAILLE, L. DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines », *L'Année sociologique*, n° 1, 2009, p. 79 et s.

24. S. DIMITROULIAS, « La normativité de l'ordre juridique européen à l'épreuve de la terreur », in S. WAHNICH (dir.), *Une histoire politique de l'amnistie*, PUF, 2007, p. 170 et s. ; sur le renforcement de l'exécutif justifié par la lutte contre le terrorisme et la forme de gouvernement autoritaire qu'elle permet (état d'exception) : J.-C. PAYE, « L'état d'exception : forme de gouvernement de l'empire », *Multitudes*, n° 16, 2004, p. 179 et s.

25. Comme le montre l'affaire de Tarnac : « L'obsession de l'ultra-gauche », *Le Monde*, 31 déc. 2008.

26. L. ISRAËL, « Quand les professionnels de la justice revendiquent leur engagement », in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, op. cit., p. 128 et s. ; ils se comportent parfois comme des groupes de pression internationaux, ce dont témoigne « l'appel de Genève » (1^{er} oct. 1996) demandant un renforcement de la lutte contre la corruption et la délinquance financière.

27. V. ROUSSEL, *Affaires de juges*, op. cit.

politiques²⁸ ou d'élaborer leur propre politique jurisprudentielle. De leur côté, les justiciables, dont les possibilités d'intenter des recours en justice ont été sensiblement accrues²⁹, se mobilisent pour obtenir l'accès de la cause qu'ils défendent au prétoire³⁰. Ils utilisent parfois les tribunaux – notamment dans les affaires de désobéissance civile³¹ – comme chambre d'écho et se servent de leurs procès pour populariser leurs idées ou pour disqualifier la justice, devant laquelle ils répondent, comme leur faisant un procès politique³². Donnant à la justice un rôle politique accru, cette néo-politisation se double logiquement d'une contestation de sa légitimité à le jouer et des modes d'engagement de la responsabilité de ses membres, en rouvrant la question des façons de « garder ces gardiens »³³.

Section 3 L'étude d'une justice de l'entre-deux

Pour saisir les logiques ambivalentes de dépolitisation et de néo-politisation à l'œuvre dans les différentes institutions judiciaires, il faut combiner l'approche historique – pour en repérer les changements –, le point de vue juridique – pour en saisir la nature et la portée –, et l'analyse politique pour en expliquer les formes et les usages. Une telle démarche exige la prise en compte des trois niveaux auxquels se manifeste le caractère politique de la justice : la composition de l'organe qui la rend, la nature des procédures qu'elle met en œuvre et le contenu du droit qu'elle applique. Et comme l'un des traits les plus marquants de la justice politique a été, au cours du XX^e siècle, son internationalisation, il faut en saisir la traduction au niveau national et au niveau international.

28. Pour des exemples de motivations politiques : C. HENNION, Y. LEMOINE, *Juges et procureurs, Recherches*, n° 40, 1980.

29. Sur la justiciabilité accrue des décisions publiques : P. WARIN, « Mise en œuvre des politiques et production normative : angle mort de l'analyse des politiques publiques ? », in J. COMMAILLE et alii (dir.), *La juridicisation du politique, op. cit.*, p. 178.

30. Sur les mobilisations pour faire juger les crimes internationaux : J. SEROUSSI, *thèse citée* ; sur les procès *pour la mémoire* : A. WIEVIORKA, *L'ère du témoin*, Plon, 1998.

31. S. TURENNE, « Le discours judiciaire face à la désobéissance civile », in D. HIEZ, B. VILLALBA (dir.), *La désobéissance civile*, Presses universitaires du Septentrion, 2008, p. 86 et s.

32. Sur les techniques de politisation d'un procès et la *plaidoirie de rupture* : J. VERGÈS, *De la stratégie judiciaire*, Minuit, 2006.

33. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La puissance de juger, op. cit.*, p. 23 ; sur la contestation par le droit et les façons de le « retourner contre l'État » : L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009, p. 22 et s.