Julien BONNET.

C'est un réel honneur et un sincère plaisir de pouvoir ouvrir le présent colloque sur les 30 ans la Cour de justice de la République auquel l'Association française de droit constitutionnel a bien volontiers accordé son label. En effet, sous l'effet cumulé du dynamisme et des idées toutes aussi originales que bienvenues de Sylvie Salles et Florian Savonitto, nous avons la chance de pouvoir bénéficier d'une riche réflexion sur l'organisation, l'action et la légitimité d'une institution qui a rendu le 29 novembre 2023 l'une de ses décisions les plus attendues au sujet du Garde des sceaux en fonction, Monsieur Eric Dupont-Moretti. L'initiative doit donc être saluée et l'Association française de droit constitutionnel ne peut que se réjouir de la multiplication récente des manifestations scientifiques en droit constitutionnel à l'Université de Nîmes.

Il ne m'a pas été seulement donné le plaisir de pouvoir dire quelques mots d'ouverture et de remerciements à l'attention des organisateurs et des intervenants. En bonne entente avec Sylvie Salles et Florian Savonitto, je souhaiterais prononcer quelques mots sur la mise en perspective culturelle de notre sujet.

L'effort de mise en perspective est, me semble-t-il, indispensable tant la Cour de justice de la République, dans sa création, sa composition, les critiques dont elle fait l'objet, est connectée aux éléments qui structurent la culture constitutionnelle française. La « culture constitutionnelle » renvoie aux systèmes de pensées, aux cadres intellectuels par lesquels les acteurs institutionnels, les observateurs, la doctrine et le grand public pensent et expriment le réel. Ces éléments de culture constitutionnelle prédéterminent, voire surdéterminent la manière de penser le système politique et de le faire fonctionner[1]. Sans nier les redoutables défis que présente ce type de démarche, la mise en lumière des éléments sous-jacents de culture constitutionnelle contribue à réhausseur le niveau de compréhension du système institutionnel, en enrichissant l'analyse juridique d'un regard complémentaire et éclairant.

Or, la mise en perspective de culture constitutionnelle de 30 années d'existence de la Cour de justice de la République met en tension, d'une part, la culture issue de la V^{e} République de la démocratie majoritaire – stabilisée à tout prix – qui empêche d'envisager la mise en jeu effective de la responsabilité politique du gouvernement, et, d'autre part, la hantise du gouvernement des juges qui parasite tout débat sur l'intervention des juges en matière de responsabilité pénale des ministres. La tension permanente entre ces deux dimensions de la culture constitutionnelle française se retrouve depuis 1958 avec des intensités variables et selon un mouvement que l'on peut découper en trois phases de l'état des relations entre les juges et le politique.

La passivité en héritage

La mise en perspective de la culture constitutionnelle de la CJR renvoie à l'origine à un non-sujet. Dans les premières années du régime de 1958, la question de la responsabilité pénale des membres du

gouvernement était en effet totalement résiduelle, car dépendante de l'accès complexe à l'ancienne Haute Cour de Justice, et le pouvoir du juge judiciaire était en toute hypothèse trop faible sur le plan institutionnel pour envisager une intervention sérieuse et pérenne en la matière[2]. Enlisée dans la conception française de la séparation des pouvoirs, la fonction juridictionnelle pliait sous le poids du légicentrisme et du légalisme érigés en tradition hostile aux juges. Dès lors que le curseur de la réflexion se place ici au niveau de la tradition culturelle, il n'est pas utile de verser au débat les nuances inévitables de l'histoire réelle de l'état des rapports entre juges et politiques. La tradition, qui « fait du droit un ensemble où tout se tient »[3], agit sur la représentation du droit en simplifiant l'histoire : « en elle-même, la réalité historique du passé en cause n'a strictement aucune importance car il ne s'agit pas d'un passé objectif mais symbolique »[4]. Ce passé symbolique, pour reprendre les mots de Pierre Legendre, c'est celui d'une passivité institutionnelle héritée du passé qui ne peut alors rien contre la mainmise grandissante du pouvoir exécutif sur le régime de la V^{e} République.

Le surplus de déséquilibre apporté par la pratique présidentialiste du Général de Gaulle, pérennisée par la révision de 1962, n'y changera rien. Le fait majoritaire stabilise les gouvernements et les mécanismes constitutionnels de l'article 49 de la Constitution sont seulement utilisés par l'opposition comme une tribune politique sans espoir de résultat. Dans ce schéma, la mise en cause de la responsabilité pénale du personnel politique devant les juges de droit commun n'est pas un véritable sujet de préoccupation et la procédure exceptionnelle devant la juridiction politique qu'était la Haute Cour de Justice était bien trop verrouillée pour être déclenchée dans un contexte de fait majoritaire. Tel est l'héritage pesant sur les épaules des juges. Cependant, un héritage n'étant pas un testament, les juges se sont extraits progressivement de leur passivité originelle.

La conquête au prix de la confusion

Au fil des décennies, un phénomène nouveau et commun à la plupart des démocraties contemporaines apparaît : la montée en puissance du pouvoir des juges. L'origine de ce mouvement est évidemment complexe et plurifactorielle. À la confluence de l'internationalisation et de l'européanisation du droit, ainsi que du développement des mécanismes de garantie des droits et libertés, spécialement au niveau interne avec le contrôle de constitutionnalité des lois, le discours de promotion de l'État de droit a incontestablement fourni une référence culturelle favorable au développement des compétences des juges. Le pouvoir politique est d'ailleurs en partie complice de cette montée en puissance, au regard des interventions qui en ont accéléré son rythme, la réforme de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel en 1974 et le droit de recours individuel de la Cour européenne des droits de l'homme en 1981 en constituent les illustrations les plus évidentes en France.

En parallèle de la montée en puissance des juges, un nouvel encadrement de la vie politique émerge par le vote de textes destinés à moraliser la vie publique, notamment en encadrant le financement des partis politiques. La culture de l'exemplarité du personnel politique se diffusa ainsi progressivement[5].

L'ensemble de ces éléments nourrit le mouvement bien connu de judiciarisation et de pénalisation de la vie publique[6], à l'aube des années 90, qui ne s'est pas produit sans heurts au regard de l'entrechoquement des cultures qui en découlait. C'est dans ce contexte tendu et spécifique que l'affaire du « sang contaminé » éclate et que la Cour de Justice de la République est créée il y a 30 ans. Avec, déjà, une confusion entre une responsabilité politique inexistante du gouvernement et une responsabilité pénale difficile à établir. D'ailleurs, les choix opérés en 1993 dans la composition hybride de la CJR, constituée de 12 parlementaires (6 députés et 6 sénateurs) et de 3 magistrats, illustrent l'état de tension entre juges et politiques.

Le mouvement de pénalisation de la responsabilité des membres du gouvernement s'est renforcé et étendu à l'ensemble de la sphère politique. Ainsi, selon une pratique politique regroupée sous l'expression « jurisprudence Bérégovoy Balladur », les ministres mis en examen étaient contraints de démissionner, que les faits reprochés relèvent ou non de la compétence de la CJR. Le mouvement s'est par ailleurs développé au-delà de la sphère gouvernementale, à l'ensemble des élus nationaux et locaux, jusqu'à l'apparition plus récente d'une logique déontologique, avec la multiplication de régimes de déclarations et de contrôles au niveau national puis local, grâce à l'action des autorités déontologiques et de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique surgie des décombres de l'affaire Cahuzac.

La démultiplication des leviers de responsabilisation des membres du gouvernement n'a cependant pas entraîné une culture de responsabilité et a au contraire entraîné une confusion entre les différents registres de responsabilité. La conquête institutionnelle des juges s'est donc opérée au prix d'une confusion. Une confusion entre les cas authentiques de responsabilité pénale et les hypothèses de mises en cause médiatique et morale (ex. de l'affaire du scooter du Président Hollande), morale et déontologique (ex. des homards de François de Rugy), voire simplement du poids du scandale privé rendu public (ex. du chantage contre Benjamin Grivaux). Le malaise démocratique et institutionnel provient du fait que l'ensemble de ces leviers de responsabilisation, parmi lesquels la CJR figure, ont en quelque sorte compensé puis remplacé la responsabilité politique dans l'esprit public. Les 20 000 plaintes individuelles devant la CJR lors de la crise sanitaire le démontrent aisément. Or, dans une logique saine sur le plan institutionnel et démocratique, c'est la responsabilité politique qui devrait jouer à titre premier et principal, la responsabilité pénale intervenant à titre exceptionnel et les autres registres de responsabilisation ne devraient avoir qu'un rôle subalterne. La Cour de Justice de la République a d'ailleurs accompagné cette confusion des genres, par sa composition et certaines décisions en demi-teintes, pas toujours cohérentes et rarement comprises par le grand public, à l'image des deux dispenses de peines prononcées en 1999 et 2016.

Le temps des aveux et des « passions tristes »

La troisième phase de la mise en perspective culturelle de la CJR a débuté au milieu des années 2010 et se structure autour de deux mouvements intimement liés : les juges judiciaires ont changé de discours en assumant le pouvoir qu'ils détiennent ; en réaction, de plus en plus de responsables politiques vont

piocher dans le passé les ressorts d'une contestation globale et radicale de l'État de droit et de la fonction juridictionnelle. Ainsi, entre les aveux des juges et les « passions tristes »[7] d'une partie du politique, le choc culturel est complexe, saisissant, parfois violent, toujours stimulant à analyser.

À l'origine de l'aveu institutionnel du juge judiciaire se trouve la politique de rupture de la Cour de cassation impulsée par le Premier Président Bertrand Louvel ainsi que les évolutions organisationnelles et juridiques qui ont transformé la juridiction judiciaire ces dernières années[8].

La mutation concerne en premier lieu le pouvoir prétorien, désormais totalement assumé dans la motivation enrichie et modifiée d'arrêts dans lesquels la Cour de cassation n'hésite plus à citer ses propres précédents et à évoquer expressément le bilan coût avantages d'une jurisprudence pour justifier un revirement.

La mutation affecte en deuxième lieu le rapport à la loi du juge judiciaire. Désormais accoutumé à l'usage de l'évaluation du caractère sérieux des QPC, une nouvelle culture constitutionnelle anime le juge judiciaire et les audaces contentieuses en tant que juge de la QPC se multiplient, à l'image de la banalisation de l'interprétation conforme des lois au regard de la Constitution ou des renvois directifs de QPC motivant précisément les motifs d'inconstitutionnalité. En parallèle, le développement du contrôle concret de conventionnalité des lois fournit une puissante arme contentieuse au juge judiciaire, lui permettant d'écarter du litige toute application particulière de la loi jugée contraire à une norme internationale ou européenne invocable en justice. Si la « Glorification de la loi » orne toujours le plafond de la Grand'Chambre de la Cour de cassation, le tableau de Paul Baudry ne colle plus vraiment à la réalité des rapports que le juge judiciaire entretient avec la loi.

La mutation se situe en troisième lieu au niveau des discours institutionnels tenus par les représentants de l'institution judiciaire. Davantage offensif et revendicatif, accompagné d'une communication soutenue et orientée vers la défense d'une légitimité déclinante, le discours institutionnel du juge judiciaire s'est littéralement transformé.

Résultat de cette triple mutation, le juge judiciaire développe ses compétences et assume désormais le pouvoir créatif qu'il a toujours eu mais qu'il taisait par timidité institutionnelle et par respect d'une tradition juridique et institutionnelle. Si la logique de ce mouvement était poussée à son paroxysme, il conviendrait, simple hypothèse, de céder à la proposition consistant à supprimer la CJR afin de confier aux juges de droit commun le soin de juger les membres du gouvernement, moyennant un filtrage des requêtes.

Cependant, la situation est rendue complexe en raison d'un mouvement contraire au précédent qui s'est enclenché, en réaction du premier, à la fin des années 2010 : la montée en puissance des discours hostiles à l'État de droit et au juge. Ces discours à tendance illibérale tenus par une partie du personnel politique et une minorité – visible – de la doctrine, se sont radicalisés sous l'effet cumulé des états d'urgence et des crises. La tendance n'est pas propre à la France. Elle anime la politique étatique de pays

comme l'Argentine, la Hongrie, la Russie ou la Turquie, et demeure encore vivace, malgré l'alternance politique, au Brésil, aux États-Unis ou en Pologne. Bien qu'il soit impossible ici de prétendre résumer la diversité de ce mouvement, le dénominateur commun des messages consiste à contester non seulement la manière dont les juges exercent leur office – ce qui est inévitable et nécessaire en démocratie – mais également à contester le fondement même de la légitimité des juges tout en réduisant autant que possible leurs compétences. En ce qui concerne plus particulièrement la France, la source de ces discours se trouve probablement dans l'angoisse de l'avenir et la nostalgie d'une période mythifiée du légicentrisme où les juges n'avaient ni la compétence ni la légitimité qu'ils détiennent à présent. Cependant, ce n'est pas seulement le curseur juridictionnel qui a bougé ces dernières années, la mutation concerne l'ensemble du système institutionnel, médiatique, social, international, technologique… : sauf à tomber dans les « passions tristes » qui ruinent l'âme sous l'effet de raccourcis anachroniques, isoler un élément d'une évolution globale est totalement contre-productif sur le plan de la connaissance. La question de l'évaluation objective et impartiale de la fonction juridictionnelle, et en particulier de la mise en jeu de la responsabilité pénale des membres du gouvernement, ne peut s'envisager que de manière systémique et non selon un prélèvement partiel et partial. Dans ce cadre d'analyse, il est évidemment possible d'adopter une posture de compréhension critique du phénomène juridictionnel, tenter d'en saisir les ressorts, d'en dénoncer les excès, sans pour autant céder à la démagogie et l'invective visant à détruire l'un des fondements de l'équilibre institutionnel des démocraties contemporaines.

Signe de la rencontre chaotique entre les aveux des juges et les passions tristes d'une partie du politique et de la doctrine, les points de crispation se sont accumulés, au niveau pénal par exemple avec les affaires Fillon et Sarkozy ou les débats sur le parquet national financier, sans compter les remises en cause de plus en plus violentes des arrêts de la CEDH et des décisions du Conseil constitutionnel, sous l'effet d'une rhétorique du « coup d'État »[9] et de l'invocation systématique de l'atteinte à la souveraineté. Dès lors que le ridicule ne tue pas et qu'un message simpliste a davantage de chances d'imprimer dans le débat public que les nuances de la conciliation, il arrive même que des présentations objectivement et incontestablement erronées d'une décision soient avancées par des responsables politiques[10].

L'appareil d'État n'est pas étranger à ces points de crispation, comme l'illustre l'expulsion fin 2023 d'un étranger en passant outre une décision de la CEDH et ce de manière inédite[11]. À Nice, entre fin octobre et mi-décembre, le préfet interdisait tous les samedis une manifestation, feignant d'ignorer l'annulation systématique de l'arrêté par la justice administrative[12]. Enfin, point d'orgue de cette évolution concernant les rapports entre responsabilité politique et responsabilité pénale des membres du gouvernement, le Président de la République et le Premier ministre ont officiellement remis en cause la « jurisprudence Bérégovoy Balladur » puisque désormais seule une condamnation d'un ministre peut conduire à le contraindre à la démission. Ce changement ne saurait être mis sur la même ligne que les discours à tendance illibérale précédemment évoqués, mais il reflète de toute évidence un état de tension entre juges et politiques, tout en suscitant des interrogations. En effet, il n'est pas précisé si la condamnation doit être définitive ou non, ce qui laisse entrevoir des situations potentiellement délicates, sur le plan politique, d'un ministre condamné et maintenu en fonction le temps de l'épuisement des voies

de recours.

Contesté dans sa légitimité en dépit de l'onction du suffrage universel, dépossédé d'une partie de ses marges d'action, le politique se sent impuissant. Bouc émissaire des angoisses du présent, dévalorisé par un passé traditionnellement hostile à son émancipation, le juge a tout du coupable idéal. Quand une logique ne trouve que des perdants sur son chemin, c'est qu'il est temps d'en changer. Il est dès lors urgent de repenser les mécanismes permettant à notre système institutionnel de trouver un équilibre qui s'est progressivement perdu et a entraîné une confusion des genres à l'origine d'une crise de légitimité du politique mais aussi des juges. Sauf à ce que le contexte politique issu des législatives de 2022 affecte durablement les pratiques en la matière, ce dont on peut douter à l'heure actuelle, la responsabilité du gouvernement pourrait être réformée[13], sur le plan pénal par une réforme de la CJR, sur le plan politique par un assouplissement des conditions de l'article 49 de la Constitution et par la mise en jeu de la responsabilité individuelle des membres du gouvernement devant l'Assemblée nationale.

En toute hypothèse, les débats sur la Cour de Justice de la République méritent d'être connectés aux éléments de culture constitutionnelle qui prédéterminent et surdéterminent l'appréciation de l'intervention d'une logique pénale et juridictionnelle dans la mise en jeu de la responsabilité des membres du gouvernement.

Julien BONNET,

Professeur à l'Université de Montpellier

Président de l'Association française de droit constitutionnel

---

[1] G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, LGDJ, 2021, p. 19 ; Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, 1999, p. 36.

[2] En ce sens, cf. l'interprétation extensive de la compétence de la Haute Cour de Justice par la Cour de cassation, Cass. crim., 14 mars 1963, Bull. crim., n° 122 et Crim., 28 mai 1986, 85-91.606.

[3] C. Atias, « Présence de la tradition juridique », *RRJ*, 1997, n°1, p. 391.

[4] P. Legendre, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Editions de Minuit, 1978, p. 49.

[5] Cf. « L'exemplarité des gouvernants », *Jus Politicum*, n°28, 2022.

[6] O. Beaud, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, coll. Béhémoth, 1999, 171 p.

[7] Expression employée par Gilles Deleuze au sujet de la théorie des affects de Spinoza, cf. G. Deleuze, « affects » in G. Deleuze, *Spinoza philosophie pratique*, Editions de Minuit, 2003, p. 70-72.

[8] Les éléments rappelés ici sont développés avec davantage de précisions in J. Bonnet, « La politique de rupture de la Cour de cassation », *JCP*, 2019, n° 903, pp. 1594-1601.

[9] Voir par ex., au sujet de la décision du Conseil constitutionnel du 25 janv. 2024 concernant la loi immigration : Laurent Wauquiez, *Le Parisien*, 25 janv. 2024 ; « Censure de la loi immigration : François-Xavier Bellamy dénonce « un coup d'État institutionnel », *Public Sénat*, 26 janvier 2024. Au sujet de la CEDH, cf. M. Afroukh (dir.), *En finir avec les idées reçues sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Mare & Martin, 2024, 374 p.

[10] Par ex, au sujet de la décision n° 2024-6 RIP du 11 avril 2024, cf. L. Wauquiez, Réseau X (ex-Twitter), 11 avril 2024, : « Nouvelle illustration du « coup d'État de droit » : le Conseil constitutionnel invente un droit des étrangers à bénéficier de la solidarité nationale sans limitation possible. Ce n'est que par une révision constitutionnelle que nous sortirons de l'impuissance et retrouverons le pouvoir d'agir. » Comp. CC, n° 2024-6 RIP du 11 avril 2024 : « Si les exigences constitutionnelles précitées ne s'opposent pas à ce que le bénéfice de certaines prestations sociales dont jouissent les étrangers en situation régulière sur le territoire français soit soumis à une condition de durée de résidence ou d'activité, cette durée ne saurait être telle qu'elle prive de garanties légales ces exigences » (§12).

[11] « L'État n'a rien à gagner au non-respect par le ministre de l'intérieur des décisions de justice », Tribune, *Le Monde*, 11 janv. 2024.

[12] « Les arrêtés à répétition du préfet des Alpes-Maritimes contre les manifestations propalestiniennes », *Le Monde*, 16 déc. 2023.

[13]C . Guérin-Bargues, *Juger les politiques. La Cour de justice de la République*, Dalloz, 2017 et « Supprimer la Cour de Justice de la République et revivifier les mécanismes de responsabilité politique », in M. Caron, J.-F. Kerléo, *La déontologie gouvernementale*, IFJD, 2022 ; J. Padovani, «L'affaire Eric Dupond-Moretti et les tribulations de la pénalisation de la vie politique sous la V^{e} République », *Blog droit administratif*, 5 déc. 2023, disponible sur https://blogdroitadministratif.net/2023/12/05/laffaire-eric-dupond-moretti-et-les-tribulations-de-la-penalisation-de-la-vie-politique-sous-la-ve-republique/#_ftn22