

De l'impartialité des juges et de la justice en France. De l'impartialité dans un monde où gravitent les droits fondamentaux

par *Simone Gaboriau*

Un voyage dans l'histoire de la pensée juridique au vu de l'expérience française, sur les traces d'un concept consubstantiel au fonctionnement de la justice et réactif aux tentatives de suppression ou de masquage aujourd'hui encore capables d'affecter le rôle du magistrat au sein de la société. Une société complexe et plurielle, dont il est acteur à part entière.

Dans le témoignage lucide et très personnel de Simone Gaboriau, l'impartialité apparaît comme un principe fondamental de l'ordre démocratique, lequel est fondé – impérativement – sur l'indépendance des pouvoirs qui le soutiennent.

1. Avant-propos / *1.1. De la naissance de l'impartialité / 1.2. Platon et la naissance de l'impartialité « rationaliste » / 2.* Préambule / *2.1. De la connexion entre ma vie professionnelle et le principe d'impartialité / 2.2. De la légitimité démocratique du principe d'impartialité à la tempête frappant le pouvoir judiciaire et les droits fondamentaux / 2.3. De l'exigence normative à l'expérience / 3.* Le surgissement de l'impartialité et de bien d'autres principes encore / *3.1. Mon entrée dans le monde judiciaire / 3.2. L'appartenance syndicale : débat et réflexion / 4.* Année 2023, histoire d'un dévoiement de l'impartialité / *4.1. Bâillonner les syndicats et plus particulièrement le SM / 4.2. Une attaque contre le SM avec Mayotte pour prétexte / 4.3. Le dévoiement du sens de l'impartialité et les réactions / 4.4. Épilogue / 5.* Les temps nouveaux des serments / *5.1. Quel sens doit-on donner à un serment ? / 5.2. Les serments dans le temps et l'espace de justice / 5.3. Impartialité, pourquoi viens-tu si tard dans le serment des magistrats ? / 6.* Intermède : quelques histoires particulières / *6.1. Le bon juge Magnaud / 6.2. La harangue de Baudot / 7.* L'antidote à la partialité : l'apparence et/ou la transparence ? / *7.1. Derrière l'impartialité la question du sens de la justice / 7.2. Le droit selon la CEDH / 7.3. La tyrannie de l'apparence / 7.4. Comment s'en sortir dans le quotidien du juge ? La mission n'est pas impossible, mais elle est difficile et elle fait partie de l'exercice professionnel que nous avons choisi / 8.* Le juge doit être « un arbitre engagé » / *8.1. La nécessité d'un rôle actif du juge à l'ère des droits fondamentaux / 8.2. La procédure allemande, un exemple pertinent / 8.3. L'impartialité élargie / 8.4. L'exemple du droit de la consommation / 9.* L'impartialité systémique / *9.1. L'approche sociale / 9.2. L'approche organisationnelle / 10.* Fin de partie provisoire : les plus hautes juridictions peuvent-elles être partiales ? / *10.1. La Cour de cassation c'est oui / 10.2. Et le Conseil constitutionnel ? C'est peut-être / 11.* Conclusion / *11.1. L'impartialité : un concept d'une forte densité et d'une large amplitude / 11.2. Un passé qui ne passe pas / 11.3. L'impartialité des magistrats face à la verticale du réarmement / 11.4. La décision du 20 février 2024 de la CEDH va-t-elle clore le débat sur la liberté d'expression des magistrats ?*

1. Avant-propos

1.1. De la naissance de l'impartialité

Nul ne peut dater, avec précision, la naissance historique de la justice comme institution même à l'état embryonnaire. Il y eut sans doute des juges avant les lois¹. Et tout porte à croire qu'est très ancien le sentiment d'injustice lié à un parti pris dans

¹ « Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois » : discours de Portalis du 23 frimaire, an X – 14 décembre 1801 –, au corps législatif pour soutenir l'article 6 du code civil, qui interdit au juge de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi.

cette fonction régulatrice de la société ; sans doute remonte-t-il à la nuit des temps. Un tel sentiment conduisit au qualificatif de *partial* vers le XV^{ème} siècle dans le sens de qui a un parti pris, des préjugés, qui n'est pas équitable. Se forma ensuite le concept d'*impartialité* pour qualifier, avec une valeur laudative, celui qui ne prend pas parti. On l'appliqua aux juges mais aussi aux historiens comme en témoigne la première version du dictionnaire de l'académie française qui le cita -la troisième édition de 1740- en donnant la définition suivante : « *Qualité de celui qui est impartial. L'impartialité est une qualité essentielle à un bon Juge, & à un bon Historien* ».

Voltaire dans « *Le Traité sur la tolérance* », œuvre publiée en 1763 tendant à la réhabilitation de Jean Calas cruellement exécuté à la suite d'une tragique erreur judiciaire² du parlement de Toulouse -sumum du parti pris fondé sur l'intolérance religieuse- employa 5 fois le mot impartial.

L'existence très ancienne des procédures de récusation des juges dans le droit français – codifiées par le Roi Louis XIV en 1667 – témoigne de cette sensibilité à « *l'impartialité* » relative à la justice et aux juges. On peut trouver des formulations comme celle-ci pour justifier la récusation d'un juge : il risquait d'accorder à l'une des parties « *une protection au-delà même de la justice*³ ».

1.2. Platon et la naissance de l'impartialité « rationaliste »

Déjà, Platon avait, toute sa vie, été hanté par le procès (399 avant JC) de son maître Socrate et par l'injustice dont il avait été victime. Parmi les approches philosophiques de l'impartialité, il a fait naître, une vision, pratiquement dominante, qualifiée d'inspiration rationaliste par Julie Allard⁴ qui la décrit ainsi « *l'impartialité implique une mise à distance des sentiments, des opinions, des convictions, des émotions, afin de fonder le jugement en raison – étant entendu que c'est la raison qui sauve la subjectivité humaine de son arbitraire* » et qui précise « *Au fond, seul un mort peut faire preuve d'une telle impartialité, où il jugerait en pur esprit rationnel, sans être jamais ni affecté ni touché par ce dont il juge. Platon pense donc la vraie justice comme une justice désincarnée (sans corps)* ». Ainsi, Platon en vint à estimer que celui qui juge pour être vraiment impartial doit être mort, ou Dieu, donc un pur esprit.

La complexité du concept est mise ainsi en lumière, d'autres philosophes l'affronteront et le juge, quant à lui, doit y faire face au quotidien.

Une des conditions préalables à cette impartialité est que le juge exerce sa fonction dans un cadre institutionnel qui lui garantit un exercice indépendant de sa fonction de juger pour qu'il soit libre de prendre ses décisions.

2. Préambule

2.1. De la connexion entre ma vie professionnelle et le principe d'impartialité

Pendant quarante ans, j'ai servi la justice à laquelle j'ai consacré beaucoup d'écrits et dont les exigences de « *la bonne justice* » continuent à me questionner.

² Protestant il fut faussement accusé d'avoir assassiné son fils afin d'éviter que ce dernier ne se convertisse au catholicisme, il fut roué vif.

³ Jurisprudence du parlement de Toulouse de 1665.

⁴ « *L'impartialité au cœur de l'autorité du Juge ? Approches philosophiques* », in « Les cahiers de la justice », 2020/4, pages 661 à 672.

Je parle de cette institution qui porte le nom d'une vertu ; j'ai toujours été habitée par la volonté de ne pas rendre des décisions injustes ; oh, bien sûr, je me garderai bien de croire que j'ai toujours atteint cet objectif !

En cela j'ose penser que j'ai rejoint Paul Ricoeur⁵ : « *C'est à dessein qu'évoquant des souvenirs d'enfance je nomme l'injuste avant le juste. Notre première entrée dans la région du droit n'a-t-elle pas été marquée par le cri : c'est injuste. Ce cri est celui de l'indignation, dont la perspicacité est parfois confondante, mesurée à l'aune de nos hésitations d'adultes sommés de se prononcer sur le juste en termes positifs* » « *Mais alors pourquoi ne pas s'en tenir à l'indignation ?* » poursuivait Paul Ricoeur. « *Qu'est ce qui lui manque pour qu'elle s'égale à un authentique sens de la justice ? Il ne suffit pas de dire que font encore défaut les critères positifs du juste. [...] Une équation majeure, où le juste commence à se distinguer du non juste, se propose : celle entre justice et impartialité. Juste distance, médiation d'un tiers, impartialité s'énoncent comme les grands synonymes du sens de la justice sur la voie duquel l'indignation nous a conduits dès notre plus jeune âge* ».

C'est bien pour donner un sens à cette indignation qu'est née chez moi, très tôt, (dès l'âge de 15 ans) ma vocation de juge pensant que j'allais, au moins tenter de trouver le chemin du « juste » en entrant dans l'institution. Et la question de l'impartialité est venue à moi après celle de l'indépendance.

Dans les quelques lignes qui suivront je vous amènerai dans bien des directions, du récit vécu aux récits historiques, en faisant des haltes plus ou moins brèves à des époques différentes, de l'ancien régime aux périodes républicaines etc... sur des lieux différents, de Mayotte à Château Thierry, en Allemagne, en Europe...

2.2. De la légitimité démocratique du principe d'impartialité à la tempête frappant le pouvoir judiciaire et les droits fondamentaux

En préalable de celles-ci, il convient de souligner que, plus généralement, l'impartialité participe de la démocratie comme Pierre Rosanvallon, l'a mis en exergue dans un ouvrage sur la « *légitimité démocratique*⁶ » en l'associant à deux indispensables compléments *réflexivité* et *proximité*. L'impartialité fait ainsi partie des principes cardinaux de la démocratie dont le fonctionnement de la justice est partie prenante.

Or cette place démocratique de la justice est de plus en plus contestée au nom de la stigmatisation du « *pouvoir des juges* » qui porte atteinte au pouvoir du peuple seul souverain.

Pierre Rosanvallon a eu, par ailleurs, l'occasion de souligner⁷ que « *les régimes populistes [...] veulent mettre à leurs bottes les cours constitutionnelles, supprimer les organismes indépendants, et considèrent comme ennemis les pouvoirs d'analyse, de jugement [...]. On entend ce discours aujourd'hui partout dans le monde [...]. Ce qui est en jeu, c'est une certaine conception de la démocratie [...]. Il faut défendre l'idée que la démocratie, ce n'est pas que le peuple électoral, mais aussi ses contre-pouvoirs* ».

Et cette offensive anti juges devient de plus en plus d'actualité non seulement dans les régimes dits « *populistes* » mais encore dans d'autres régimes que l'on ne qualifie pas comme tels. Ainsi, en France, au prétexte d'obtenir à tout prix une loi contre l'immigration, le gouvernement a conclu un pacte faustien avec la droite alliée à

⁵ *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995.

⁶ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, « Les livres du nouveau monde », septembre 2008.

⁷ Entretien avec Nicolas Truong, *Le Monde*, 2 mars 2017.

l'extrême droite conduisant à l'adoption d'un texte indigne. Cet acte législatif a soulevé une mobilisation générale de tous les mouvements et les personnalités attachés à la sauvegarde des droits fondamentaux. Or cette loi intégrait des mesures manifestement contraires à la Constitution venant pour partie d'amendements profondément droitiers. Ainsi, notre gouvernement a fait un usage délibéré de l'inconstitutionnalité de la loi comme technique de gouvernement. L'exercice des fonctions politiques s'est fort bien accommodé d'être hors le droit.

Et si le Conseil constitutionnel a censuré une trentaine de dispositions de la loi, c'est pour de simples raisons de fabrique de la loi sans mettre en avant « *les principes du respect de la dignité de toute personne humaine et la solidarité nécessaire à la survie d'une communauté humaine*⁸ », il n'a ainsi dressé aucun obstacle à une éventuelle présentation parlementaire d'un texte reprenant les dispositions censurées ; les dispositions restantes demeurent révélatrices d'un signe très fort envoyé au monde entier : « *la République française n'a plus de compassion*⁹ ». De la sorte, malgré cette censure, la loi est l'une des plus répressives depuis 1945, date du premier texte postérieur à la libération de la France relatif à l'immigration¹⁰. Et pourtant, après cette censure ne portant pas sur le fond, on a entendu la ritournelle de certains politiciens sur le « *gouvernement des juges* » ou la dénonciation d'un « *hold up démocratique* ». L'un d'eux -pourtant très au fait des questions juridiques- a même osé proposer une réforme -juridiquement impossible -permettant au parlement d'avoir le dernier mot après une censure du Conseil constitutionnel. Combien de débordements de ce style révèlent l'hostilité de plus en plus grande envers une décision de juges fussent-ils constitutionnels (lesquels en France ne sont pas des juges professionnels qui sont les cibles habituelles des anti « *pouvoir judiciaire* » appelé « *autorité judiciaire* » par la Constitution Française).

Pourquoi cet exemple dans ce préambule ? Pour mettre en exergue la tempête frappant en France le droit et les institutions judiciaires avant de faire le récit de la situation de notre pays au regard de l'exigence d'impartialité.

2.3. De l'exigence normative à l'expérience

Du point de vue normatif, en France, le principe d'impartialité s'appuie fondamentalement sur l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme, intitulé « *droit à un procès équitable* » : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un Tribunal indépendant et impartial, établi par la loi* ». Cette convention, signée par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953 fut ratifiée tardivement, le 3 mai 1974, par la « *patrie des droits de l'homme* ». Et moi, j'ai commencé ma carrière le 13 juillet 1971 avant même cette ratification, étant souligné que le droit au recours individuel a été reconnu seulement le 2 octobre 1981 alors qu'était ministre de la justice le très regretté Robert Badinter¹¹

⁸ *Mediapart.fr*, billet de blog, 27 janvier 2024, par Laureline Fontaine, Professeure de droit public à la Sorbonne Nouvelle – [Le Conseil constitutionnel « sauve » les droits, au prix d'une incroyable lâcheté | Le Club \(mediapart.fr\)](#), billet ayant inspiré mon analyse.

⁹ *Ibid.* Voir aussi [Loi « immigration » : « Des digues ont sauté face à la xénophobie et à la remise en cause de l'État de droit » \(lemonde.fr\)](#), tribune signée notamment par la présidente du SM.

¹⁰ Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

¹¹ Décédé le 9 février dernier ; voir [Hommage à Robert Badinter : l'exigence de justice Christine Lazerges Hommage à Robert Badinter : l'exigence de justice \(openedition.org\)](#).

qui vient de nous quitter le 9 février, ce très grand homme a marqué son époque par son idéal humaniste et sa fougue à défendre l'abolition de la peine de mort.

Et je vais commencer en évoquant ce moment personnel de confrontation avec la réalité judiciaire. En effet, si l'impartialité est un principe elle est aussi une expérience. L'expérience ne fait pas preuve mais elle met à l'épreuve les principes.

3. Le surgissement de l'impartialité et de bien d'autres principes encore

3.1. Mon entrée dans le monde judiciaire

Entrée à l'Ecole nationale de la Magistrature (ENM) en 1969, après avoir passé le concours en 1968, et installée dans mes premières fonctions en juillet 1971, je puis dire que la déontologie, l'impartialité, l'éthique et toutes ces choses-là, on n'en parlait pas. A l'école pas de réflexions particulières sur ce thème, tout au plus, très vaguement, quelques allusions aux règles de déport.

Je puis même dire qu'une certaine partialité nous était enseignée. C'est ainsi que le magistrat enseignant la fonction du parquet nous faisait part de sa pratique, à ses yeux manifestement exemplaire : il classait sans suite les plaintes pour violences conjugales, moyens selon lui, pour les femmes, de se fabriquer une preuve dans une procédure de divorce à venir (à l'époque seul le divorce pour faute existait). Je précise qu'en France est appliqué le principe de l'opportunité des poursuites et non de la légalité des poursuites comme en Italie.

Régnait, d'une façon générale, une belle hypocrisie : l'interventionnisme était loin d'être rare : pressions hiérarchiques sur les magistrats du parquet pour classer telle ou telle procédure impliquant une personnalité, coups de fil à un juge pour apporter, hors débat judiciaire, des informations prétendument utiles pour la solution d'un litige, voire ostensiblement pour influencer la solution etc... Je pourrais citer de nombreux exemples où l'on a tenté de m'influencer pour prendre des décisions en faveur de telle ou telle partie. Mais très vite l'on a compris que cela ne marchait pas avec moi.

L'impartialité, en tant que concept on n'en parlait pas vraiment ; elle était présumée exister sans que l'on ait besoin d'en justifier. Certes des procédures de récusation et de déport existaient mais elles étaient rarement utilisées.

En revanche, j'ai moi-même fait l'objet de critiques, plus ou moins frontales, pour manque d'impartialité : juge d'instruction intraitable sur les violences policières, très rigoureuse sur le respect des règles d'enquête par la police, l'on me considéra comme de parti pris à l'égard de celle-ci ; très attachée à la défense des plus faibles, des pauvres, des consommateurs, etc... à la recherche de certaines pratiques prenant mieux en compte leur situation vécue... j'ai parfois été considérée comme étant de parti pris idéologique ; il en a été de même en ce qui concerne mes réponses en matière pénale, lesquelles n'étaient pas nécessairement fondées sur la prison et d'une façon générale – sans que je puisse bien sûr prétendre toujours avoir réussi – s'appuyaient sur une quête du respect des droits fondamentaux.

Mais aussi, j'ai rencontré des partenaires de la justice et de collègues ouverts à ces préoccupations. Ainsi, en ce qui concerne le thème de l'impartialité, les choses bougèrent en raison, notamment, de la montée en puissance de la formulation des attentes des justiciables et des citoyens peu confiants envers la justice.

Alors, au milieu des années 1990, a été créée, à l'ENM, une formation continue sur le thème de l'impartialité à laquelle j'ai participé ; animée par un ancien premier président de la cour de cassation, réunissant un petit groupe de magistrats à la parole libre, elle déboucha sur un colloque. Ce fut une vraie première mais quand il s'est agi

d'écrire un livre sur ce thème, nous manquâmes de matières car, manifestement, notre réflexion méritait de s'approfondir encore et toujours plus.

Chacun continua à essaïmer sur ce thème devenu de plus en plus sensible. Pour ma part, j'ai participé – après la chute du mur de Berlin – à des rencontres avec des collègues de « nouvelles » démocraties y compris en Russie en 2002 – alors tout le monde espérait une démocratisation de ce pays. J'ai toujours à l'esprit un souvenir très émouvant : lors d'une rencontre avec une centaine de collègues russes, moi-même et deux magistrats français, nous avons décrit la théorie de la distance, de la non implication personnelle, en rappelant quelques règles de base du déport. Un collègue russe appartenant à une minorité asiatique maltraitée et ostracisée sous Staline, puis théoriquement réintégrée dans le « peuple russe » tout en continuant à affronter le racisme, nous posa cette question : « *dois-je me déporter quand quelqu'un appartenant à ma communauté est jugé ? Si je le fais, qui dans le délibéré fera connaître sa culture, ses difficultés de vivre, les réactions racistes subies au quotidien ?* ». Bien sûr nous n'avons pas prêché pour une conception communautaire de l'impartialité ; lui, manifestement, s'efforçait d'être présent dans la composition de jugement lorsque l'un des membres de sa communauté était jugé et peut être avait on tendance à l'évincer. La parole de nos collègues n'étant pas libre nous ne pouvions pas appréhender toutes les réalités.

Cette réaction est toujours restée présente dans mon esprit car elle démontrait avec pertinence qu'un juge n'est pas impartial s'il ne connaît pas la réalité sociale de la personne qu'il juge, car alors il ne peut pas lui donner sa part de justice. C'est ainsi que progressivement j'ai construit ma réflexion sur l'impartialité qui est, je dois le dire, toujours en cours.

3.2. L'appartenance syndicale : débat et réflexion

Entre temps – 1982 1986 – j'avais occupé les fonctions de présidente du Syndicat de la Magistrature et contribué, en juin 1985, à créer MEDEL (Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés).

Ma quête du sens de la justice et ma volonté de résister à l'état délétère ambiant avaient trouvé très tôt une convergence avec une organisation syndicale, le Syndicat de la Magistrature, qui s'était créé en mai 1968. Tous les jeunes magistrats avaient été frappés par l'énorme décalage existant entre la réalité judiciaire qu'ils découvraient, comme moi, et l'idée – très haute - qu'ils s'étaient faite de la justice avant de la connaître. En effet, peu d'années d'exercice professionnel suffisaient aux magistrats débutants, pour, en toute lucidité, constater, avec stupéfaction, le caractère théorique de la proclamation de « l'indépendance de la justice » et de « l'égalité de tous devant la justice ».

En brisant le silence sur le fonctionnement réel de la justice, le SM fut la tête de pont de l'indépendance de la magistrature et d'une recherche d'une authentique impartialité.

Et si la question de l'indépendance était une des priorités de nos combats, c'est qu'elle constituait une urgence vitale pour la justice. Il faut rappeler, à cet égard, les propos du premier ministre Georges Pompidou, qui lors d'un discours télévisé du 16 mai 1968, avait dit : « *J'ai fait la preuve de ma volonté d'apaisement. [...] J'ai libéré les manifestants arrêtés* ». Or c'était une décision de justice de la Cour d'appel de Paris qui avait mis fin à la détention provisoire des prévenus ! Propos tellement révélateurs de la confusion des pouvoirs !

La libération inédite d'une parole forte des magistrats et son retentissement dans les médias, ont forcément déplu à certains qui préféraient un corps de magistrats muets. Ainsi, très tôt le SM fit l'objet de vives critiques, voire d'attaques virulentes.

L'accusation de politisation de la justice – c'est-à-dire de partialité- par des présumés idéologiques a, souvent, servi de support à ces attaques. Ainsi dès 1975, elle avait été portée par ancien garde des sceaux dans un article publié dans le Figaro, sous le titre « *des juges contre la justice* » ; il accusait le SM « *d'organisation subversive gauchiste* ». Nous étions « les juges rouges » !

Périodiquement l'accusation de politisation se renouvelle, souvent véhémentement. Le SM fait peur parce qu'il a intégré la question sociale dans le fonctionnement de la justice.

Or, de plus en plus, nos gouvernements s'éloignent de la République sociale pourtant proclamée par l'article 1 de la Constitution¹². Et règne une tendance forte des mouvements politiques dominants qui, délaissant cette dimension sociale, prêchent un populisme pénal fondé sur une hyper-répression et, d'une façon générale, ont recours à la méthode forte pour répondre à la détresse sociale d'une partie de la population. Et bien sûr le SM – et ses adhérents- est la cible privilégiée de leurs attaques.

Ainsi, dans les lignes qui vont suivre ma préoccupation centrale sera l'impartialité qui se loge au confluent des convictions du juge et de la théorie des apparences élaborée par la CEDH : l'engagement du juge, voire son militantisme, par sa manifestation extérieure ne trahirait-elle pas « un parti pris » ou, en tout cas, ne laisserait-elle pas la place à une crainte légitime du défaut d'impartialité du juge ? Question que je n'ai pas voulu éluder.

4. Année 2023, histoire d'un dévoiement de l'impartialité

4.1. Bâillonner les syndicats et plus particulièrement le SM

Comme vu précédemment, tout ce qui représente « *le pouvoir judiciaire* » est honni et au sein du fonctionnement de l'institution judiciaire, plus particulièrement, les magistrats du SM.

Sous couvert de faire respecter l'impartialité par les juges -dont l'exigence est une évidence- une partie des élus ont voulu bâillonner les magistrats et tout particulièrement les syndicats, le SM étant manifestement la cible.

Cet été a été votée une loi organique relative « *à l'ouverture, la modernisation et responsabilité du corps judiciaire* » ; lors du dépôt du projet de loi, le 3 mai, aucune mention du mot « impartialité » ni au niveau des principes généraux ni au niveau du serment des magistrats ne figurait. Il s'agissait de dispositions nombreuses en appui d'une loi, également soumise au vote du parlement, de refonte importante du fonctionnement de la justice en vue d'un « *plan d'action pour une justice plus rapide et plus efficace* ».

Au cours de la première lecture par le Sénat, le 8 juin, fut proposé, par un élu « union centriste » (mouvement de droite), un amendement exigeant le respect du principe d'impartialité pour les magistrats syndiqués, amendement qui fut voté par le Sénat. L'élu le justifia ainsi « *Nous considérons que tout syndicat de magistrats à une liberté totale d'expression [...] Reste la notion d'impartialité. Elle est tellement importante qu'elle doit irriguer l'action individuelle des magistrats mais également l'action*

¹² « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

collective des magistrats. Nous ne voyons pas en quoi il pourrait y avoir une entrave à la liberté d'expression au travers de la notion d'impartialité ? ».

Symptomatiquement, cet amendement avait reçu un avis favorable de la rapporteuse du texte, « *Avec ce qui vient de se passer à Mayotte, inscrire l'impartialité des magistrats dans la loi n'est pas sans utilité* », avait-t-elle souligné.

Cet amendement caractérisait manifestement une confusion juridique majeure. En effet, l'impartialité s'impose aux juges *dans* l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles et cela n'a rien à voir avec la liberté d'expression syndicale, qui s'exerce *hors* de ces fonctions.

4.2. Une attaque contre le SM avec Mayotte pour prétexte

La référence mahoraise¹³ visait une ordonnance de référé rendue le 24 avril précédent par la présidente du Tribunal judiciaire de Mamoudzou qui avait ordonné au préfet de « *cesser toute opération d'évacuation et de démolition des habitats* » dans une certaine zone géographique, laquelle était prévue le lendemain en exécution de la décision préfectorale.

Alors que la légitimité et la légalité de l'intervention du juge judiciaire n'étaient pas discutables, monta en puissance une cabale d'une partie de la presse et de certains élus. La présidente de ce tribunal décrite comme ancienne vice-présidente du SM fut en conséquence accusée d'être partielle dans sa décision¹⁴.

Bien sûr, comme toute décision de justice elle pouvait être critiquée et réformée en appel ; ce fut, au reste, le cas par un arrêt du 17 mai de la Cour d'appel de Saint Denis qui n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation. La notion juridique de « *voie de fait* » fondement de la décision mahoraise est complexe et a donné lieu à des variations jurisprudentielles ; or une jurisprudence, même fixée, peut toujours évoluer. Pour faire simple, cette notion permet au juge judiciaire de censurer une décision préfectorale dont la contestation, hors la caractérisation de ladite voie de fait, est du ressort de la juridiction administrative, la régulation de cette appréciation est faite, en dernier ressort, par une haute juridiction, le Tribunal des conflits, composée paritairement de magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Les opérations d'expulsion et de démolition commencèrent fin mai et entre temps, des décisions du juge administratif complétèrent les conditions nécessaires à son exécution.

La décision préfectorale¹⁵, exprimait la volonté de démanteler un habitat indigne et de lutter contre l'immigration illégale. En fait ces lieux, des logements de fortune, étaient occupés par des familles depuis de longues années ; par ailleurs, bien des

¹³ Mayotte, territoire départemental de la République Française, justifierait à lui seul de nombreuses explications et une réflexion sur la volonté des pouvoirs publics d'une partialité systémique tant ce département constitue le terrain des exceptions légales encore accentuées par la dernière loi concernant l'immigration et d'autres lois en perspectives. Petite île de l'Océan indien, appartenant à l'archipel des Comores faisant en entier partie de notre empire colonial, elle avait, en 1974, dans le cadre d'un référendum, refusé l'indépendance alors que les autres îles l'avaient souhaitée et acquise. Cette scission d'une entité territoriale cohérente a conduit l'ONU à ne pas reconnaître la souveraineté française sur cette île en raison de la nécessité de respecter l'unité et l'intégrité territoriale de l'archipel des Comores.

¹⁴ Exemple le 30 avril : « *Le gouvernement fait ce qu'il peut pour y ramener l'ordre en envoyant des renforts de gendarmerie. Il a également décidé de détruire un bidonville insalubre et abritant des migrants comoriens. Cela ne se fera pas. En effet, X, présidente du Tribunal de Mayotte, lui a opposé son veto. Sa personnalité éclaire sa décision. Elle est membre du Syndicat de la magistrature et en a été la vice-présidente. Elle prétend défendre ainsi « les droits humains des migrants »* [Mayotte : le Syndicat de la magistrature à la manœuvre... | Atlantico.fr](#).

¹⁵ Arrêté n° 2022-SGA-1441 du 2 décembre 2022 le préfet de Mayotte.

familles, compte tenu de la spécificité de Mayotte et de son histoire commune avec les Comores, sont pour partie françaises pour partie comoriennes.

Si cette décision préfectorale emportait l'adhésion d'une partie de la population, une autre partie, représentée notamment par des associations, dénonçait l'absence de réelle solution de relogement et le risque d'éclatement des familles pour partie françaises pour partie comoriennes ; elles se plaignaient, aussi, de pratiques d'expulsions illégales par le rattachement arbitraire d'enfants à des adultes tiers, qu'ils ne connaissaient pas, en vue de leur éloignement etc...

4.3. *Le dévoiement du sens de l'impartialité et les réactions*

Dans les débats accusatoires que cette décision juridictionnelle suscita dès son prononcé, on alla jusqu'à demander le déport des magistrats membres du SM.

Pour faire taire les accusations de partialité, par un communiqué du 4 mai, le CSM s'exprima ainsi « *Le Conseil supérieur de la magistrature tient à rappeler que, dans un État de droit démocratique, la critique d'une décision de justice ne doit en aucun cas s'exprimer par la mise en cause personnelle du magistrat auteur de la décision. Il réaffirme que la liberté syndicale est reconnue aux magistrats et rappelle que les prises de position d'une organisation syndicale ne sauraient servir de fondement à la mise en cause de l'impartialité d'un magistrat au seul motif qu'il serait membre de cette organisation. Il tient enfin à rappeler que ces principes, qui participent de l'indépendance de la justice, fondent l'État de droit dans tous les territoires de la République* ».

Par ailleurs, le CSM fut saisi, le 2 mai, par le ministre de la justice, d'une demande d'avis sur la liberté d'expression des magistrats ; dans sa saisine, il citait entre autres, l'expression syndicale. Bien sûr, le SM était dans son viseur mais sans le nommer. Le CSM répondit¹⁶, après six mois de réflexion, que la liberté d'expression syndicale caractérise un droit de s'exprimer « *encore plus large que celui qui résulte du droit commun* », un « *ton polémique* » et une « *certaine vigueur* » « *sont même possibles* » tout en respectant « *une certaine mesure* » et en excluant toute injure ou propos dénigrant. Il s'appuyait, pour justifier sa réponse, sur la jurisprudence du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

A cet égard, mérite d'être particulièrement souligné un arrêt, rendu par un curieux hasard le 6 juin deux jours avant le dépôt de l'amendement scélérat : CEDH, affaire Sarisu Pehlivan c. Turquie¹⁷ (requête n. 63029/19).

Il s'agissait de critiques d'une secrétaire générale d'un Syndicat de Magistrats turc sur des réformes touchant au fonctionnement de la justice, critiques qui lui avaient valu d'être sanctionnée. La CEDH a rappelé que les sujets relatifs à l'indépendance de la justice vis-à-vis du pouvoir politique relèvent, d'une façon ou d'une autre, de la politique globale concernant la structure et le fonctionnement de l'État. Elle a souligné que la mise en cause, certes tenue de respecter le devoir de réserve et de retenue inhérent à sa fonction de magistrat, assumait, par ailleurs, en tant que secrétaire générale d'un syndicat de magistrats, un rôle d'acteur de la société civile. Ainsi, l'intéressée avait le droit et le devoir de donner son avis sur des réformes constitutionnelles susceptibles d'avoir une incidence sur la magistrature et sur l'indépendance de la justice. Et pour la première fois, à ma connaissance, la CEDH a

¹⁶ [Avis de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature du 13 décembre 2023 | Conseil Supérieur de la Magistrature \(conseil-superieur-magistrature.fr\)](#)

¹⁷ [SARISU PEHLIVAN c. TÜRKIYE \(coe.int\)](#)

évoqué la fonction de « *chien de garde social* » de l'organisation non gouvernementale que constitue un Syndicat de magistrats.

Le 13 juin de MEDEL¹⁸ a exhorté les autorités françaises de renoncer à leur projet de restriction de la liberté d'expression des membres du corps judiciaire notamment en ces termes : « *C'est avec la plus grande inquiétude que MEDEL prend acte de la volonté des autorités françaises de remettre en cause la liberté d'expression des magistrats et, à travers elle, de porter atteinte à l'indépendance de la justice française* ».

4.4. Épilogue

La version définitive de ce texte fut la suivante : « *L'expression publique des magistrats ne saurait nuire à l'exercice impartial de leurs fonctions ni porter atteinte à l'indépendance de la justice* ».

La notion d'« *expression publique des magistrats* » a fait, assurément, naître une confusion entre les différents contextes dans lesquels l'expression publique des magistrats peut intervenir et entre les contenus autorisés ou non de celle-ci. L'expression publique des magistrats peut, en effet, aussi bien intervenir dans un contexte collectif, syndical ou individuel, professionnel ou extra-professionnel ; elle peut porter sur des sujets relatifs à des affaires en cours (ex : communication institutionnelle du Procureur de la République sur l'état d'une procédure), à des politiques pénales ou juridictionnelles (ex : discours tenus par les chefs de juridiction lors des audiences solennelles de rentrée), à l'organisation de la justice, ou encore à des sujets plus généraux en lien avec l'indépendance de la justice ou le rôle de gardienne de la liberté individuelle confié à « l'autorité judiciaire » par la Constitution. Certains y classeraient volontiers l'expression syndicale et particulièrement celle du SM comme l'ont démontré quelques propos politiques lors de la séance de vote solennel de la loi.

Pour l'ensemble de ces motifs, était souhaitable une réserve d'interprétation permettant de rappeler cette impérieuse nécessité du respect de la liberté syndicale. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a vu dans cette formulation législative aucun risque d'arbitraire en mettant en avant ceci : « *Ces dispositions, qui se bornent à rappeler certains des devoirs qui s'imposent à tout magistrat, ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle* ».

Il ne faudra pas, à l'occasion, manquer de rappeler l'analyse très motivée du CSM située dans le cadre de « *l'exigence constitutionnelle* » de même que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

5. Les temps nouveaux des serments

5.1. Quel sens doit-on donner à un serment ?

En France, aucun responsable politique, quelles que soient ses fonctions institutionnelles, ne doit prêter serment. Le serment politique a parfois été envisagé par des propositions de lois mais elles n'ont jamais abouti.

¹⁸ [Après la Pologne et la Hongrie, la France ? - MEDEL - Magistrats européens pour la démocratie et les libertés \(medelnet.eu\)](http://medelnet.eu)

Les historiens (Robert Jacob¹⁹ par exemple) nous apprennent qu'après la fin des ordalies et autres rituels du même ordre, les juges sont devenus des décideurs et non plus de simples notaires du résultat du duel judiciaire. Pour légitimer cette nouvelle fonction, ils durent prêter serment. Ce serment était, aussi, une garantie, fortifiée par un rituel religieux, de la fidélité au pouvoir du Roi ; il comportait, en outre, un engagement qui consacrait l'obligation de conserver les secrets de la Cour.

Cette obligation de conserver le secret resta au centre du serment avec la loyauté dont le sens a nécessairement évolué avec le temps. Dans notre régime de démocratie républicaine, seul un engagement au service des principes fondateurs de la démocratie peut être légitimement exprimé ; cet engagement fut rompu pendant l'occupation nazie avec une promesse de partialité par la subordination au chef de l'état (voir *infra*).

5.2. Les serments dans le temps et l'espace de justice

Le « pouvoir judiciaire », « l'autorité judiciaire » depuis la Constitution de 1958, est constitué, de façon implicite²⁰, de deux ordres de juridictions, l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Au sommet de l'ordre administratif se situe le Conseil d'État, figure institutionnelle très importante dans le système français. La justice administrative²¹ a son statut propre qui n'appartient pas à l'ordre juridique formel de la constitution.

La loi organique promulguée après le contrôle du Conseil constitutionnel comporte une nouvelle formulation du serment des magistrats judiciaires qui, pour la première fois, comporte une référence à l'impartialité.

Le nouveau serment des magistrats judiciaires est : « *Je jure de remplir mes fonctions avec indépendance, impartialité et humanité, de me comporter en tout comme un magistrat digne, intègre et loyal et de respecter le secret professionnel et celui des délibérations* ».

Le serment que j'ai prêté fut celui-ci : « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ». À l'exception de la suppression, en 2016, de la référence religieuse – déplacée dans une République laïque – il resta immuable pendant une bonne centaine d'années.

Cependant lors de la période de « *l'État français* », au temps de la collaboration avec l'occupant nazi, fut rajouté ce préambule « *Je jure fidélité à la personne du chef de l'État* », c'est-à-dire le Maréchal Pétain. Ce serment fut prêté par tous les magistrats à l'exception d'un seul. Même si certains firent du zèle dans la collaboration, ce serment n'empêcha pas certains magistrats²² d'entrer, selon des modalités variées, dans la Résistance. Ainsi, l'un d'eux lança, fin 1943, un appel depuis Radio-Londres aux

¹⁹ *Id.*, *Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire*, in Raymond Verdier, *Le Serment*, Paris, Éditions du CNRS, « Hors collection », 1992, pages 439 à 457.

²⁰ Le seul article de la Constitution qui évoque la fonction juridictionnelle du Conseil d'État est issue de la création de la QPC en 2008 qui a créé l'article 61-1 (Article 61-1 de la Constitution : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* » – soulignement ajouté).

²¹ Voir « *Brève présentation du système de la justice en France* » in mon article « *La Repubblica francese sconvolta* », *Questione giustizia* (édition spéciale) 2016, page 320, www.questionegiustizia.it/speciale/pdf/QG-Speciale_2016-1_22.pdf.

²² « *Le serment de fidélité au maréchal Pétain, péché originel des juges ?* », Jean-Paul Jean in *Cahiers de la Justice*, 2013/2, pages 7 à 11.

magistrats de France, leur demandant de refuser d'appliquer les lois alors en vigueur : « *Magistrats de France, il n'est pas de texte qui puisse vous lier. Au-dessus de la loi écrite, il y a la loi morale. Dans la carence des lois, un magistrat n'a pour guide que sa conscience. Vous n'avez qu'un devoir, suivre ses ordres* ». Combien l'ont entendu ? Combien l'ont écouté ? Combien l'ont suivi ? Soixante magistrats ont été décorés de la médaille de la Résistance et l'un d'eux, mort sous la torture, fut nommé Compagnon de la libération.

La seconde loi relative à la justice, promulguée le même jour, a créé, fait historique²³, un serment pour les juges administratifs y compris les membres du Conseil d'État. Désormais, ils prêteront serment de « *remplir leurs fonctions en toute indépendance, probité et impartialité, de garder le secret des délibérations et de se conduire en tout avec honneur et dignité.* »

Ainsi désormais, les magistrats tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif prêteront un serment avec un engagement de respect de l'impartialité.

Ils rejoignent ainsi les membres du Conseil Constitutionnel qui prêteront serment devant le Président de la République « *de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil* » (soulignement ajouté).

En revanche le serment des jurés d'assises est taisant à cet égard, il ne comporte aucune référence expresse à l'impartialité. Pourtant, cette exigence figurait dans le serment des premiers jurés populaires, introduits au sein de la justice française lors de la révolution de 1789, puis dans celui des jurés d'assises créés, sous l'empire, dans le cadre juridique du code d'instruction criminelle de 1808.

Cette référence à l'impartialité ne figure dans aucun autre serment de divers acteurs de la justice en France ni pour les membres de la Cour de justice de la république, ni pour les juges des tribunaux de commerce, ni pour les Conseillers prud'homme.

Ainsi, il n'y a pas de cohérence déontologique dans les serments correspondant pourtant à diverses fonctions de juger lesquelles exigent le respect de l'impartialité.

5.3. Impartialité, pourquoi viens-tu si tard dans le serment des magistrats ?

« *Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir* », écrivait Jean de La Fontaine dans « *Les Animaux malades de la peste* ». C'était à la fin du XVII^e siècle en 1678. Certes, certains parlements prêtaient serment « *de faire justice aux pauvres comme aux riches*²⁴ » mais l'on ne saurait prétendre que la justice royale était un modèle d'impartialité ; notre célèbre fabuliste a talentueusement dénoncé sa partialité et, plus tard, Voltaire a démontré comment les partis pris d'un parlement pouvaient provoquer le drame d'une tragique erreur judiciaire.

« *Jadis [...] les législateurs et les magistrats se recrutaient dans la même classe sociale et ils étaient d'accord pour que les bienfaits du droit ne profitent qu'à ceux qui leur ressemblaient. Les juges manifestaient leur impartialité en se soumettant à la loi et en s'interdisant de douter d'elle : le juridique pouvait être différent du juste* ». Parole

²³ Dans un lointain passé, sous le Consulat, des présidents du Conseil d'État avaient prêté serment aux Consuls.

²⁴ Serment prêté par les magistrats de Normandie à l'Échiquier – en quelque sorte le parlement de Rouen, 1485.

de Paul Martens président honoraire de la Cour Constitutionnelle de Belgique²⁵. Voilà pourquoi le serment des juges était vide de référence à l'impartialité.

La question de l'impartialité ne se posait pas dans la mesure où, à travers la justice, c'était le pouvoir politique qui s'exprimait et où régnait l'adage « *dura lex, sed lex* », impitoyable maxime qui permettait les jugements injustes sans aucune culpabilité de ceux qui les prononçaient. Le juge n'était-il pas « *la bouche de la loi* » selon une interprétation littérale des mots de Montesquieu ! On oublie souvent que pour Montesquieu « *les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* » (*L'esprit des lois*) et qu'ainsi sa célèbre formule mériterait un sérieux approfondissement, cela d'autant qu'il a aussi écrit : « *Une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi [...], mais elle doit être loi parce qu'elle est juste* » (*Cahiers posthumes*).

Il faut dire que la culture politique française a été très marquée par la philosophie politique de la période révolutionnaire. Se méfiant des parlements qui avaient fait preuve d'indépendance vis-à-vis du pouvoir royal et craignant de se heurter à la reproduction d'une telle manifestation, les révolutionnaires français mirent en congé définitif les parlements. N'accordant aucun pouvoir propre à la justice, ils déniaient toute légitimité démocratique aux tribunaux rêvant, en rendant le pouvoir au peuple, de créer un droit « *simple comme nature* ». C'est ainsi qu'ils rejetèrent le concept même de jurisprudence.

Et la proclamation dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en son article 16, de la séparation des pouvoirs a dû s'accommoder de la hantise, poussée jusqu'à l'obsession, du « *gouvernement des juges* ». La justice n'était qu'un levier permettant d'étendre la « *volonté générale* » exprimée par les lois, jusqu'aux dernières extrémités de la Nation. On postulait que la loi parvenait à l'expression d'un intérêt nécessairement un de la Nation une. La loi ne pouvait être que fondamentalement raisonnable et bienfaitrice. Cette loi, la même pour tous, tous les citoyens étant égaux à ses yeux (article 6 de la Déclaration des droits de l'homme) ne pouvait qu'exprimer les garanties indispensables d'impartialité mécaniquement exprimées par les juges. Et seuls les jurés, juges non professionnels, prêtèrent des serments comprenant un engagement d'impartialité.

Certes ces conceptions peuvent apparaître comme appartenant au passé dans une société se réclamant de la démocratie, cependant, elles imprègnent, toujours, une grande partie de la culture politique ambiante.

6. Intermède : quelques histoires particulières

Deux récits – sans doute parmi d'autres moins connus – démontrent des approches dissidentes de la théorie dominante d'une neutralisation de l'intervention du juge fondée sur un positivisme juridique traduisant une conception mécaniste de l'acte de juger.

6.1. *Le bon juge Magnaud*

Alors que la République était solidement et définitivement installée, le juge Magnaud²⁶, président du Tribunal Correctionnel de Château Thierry, rendit, le 4 mars 1898, le jugement d'acquiescement suivant :

²⁵ www.justice-en-ligne.be/article188.html.

²⁶ [Le bon juge Magnaud et l'imaginaire de la magistrature à l'aube du XXe siècle | Cairn.info](http://Le_bon_juge_Magnaud_et_l'imaginaire_de_la_magistrature_a_l'aube_du_XXe_si%C3%A8cle_|_Cairn.info) [Le juge Magnaud, défenseur de la cause des femmes \(lemonde.fr\)](http://Le_juge_Magnaud,_d%C3%A9fenseur_de_la_cause_des_femmes_(lemonde.fr))

« Attendu qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute. Que, lorsqu'une pareille situation se présente, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi. Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoindrir en lui la notion du bien et du mal. Qu'un acte, ordinairement répréhensible, perd beaucoup de son caractère frauduleux lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité. (...) Que l'irresponsabilité doit être admise en faveur de ceux qui n'ont agi que sous l'irrésistible impulsion de la faim. Qu'il y a lieu, en conséquence, de renvoyer la prévenue des fins de la poursuite, sans dépens ».

La prévenue était accusée d'avoir volé du pain pour nourrir son fils. Le juge Magnaud avait inventé pour elle « l'état de nécessité » intégré plus tard dans le code pénal. Ce jugement fut très largement publié, y compris à l'étranger, et très vite « le bon juge Magnaud », qui rendit de très nombreuses décisions ayant la même inspiration, devint célèbre et vénéré. Quand il termina sa carrière en 1912, son supérieur hiérarchique le nota ainsi : « Monsieur Magnaud est resté le « bon juge », c'est-à-dire un magistrat pitoyable qui n'entend rien du devoir social du magistrat et qui ignore tout de la loi qu'il a reçu mission d'appliquer ».

Il revendiquait expressément une part d'interprétation pour rendre une « justice équitable ». Il disait : « J'estime que le juge n'est pas fait pour appliquer la loi d'une façon mécanique, comme un écolier copiant des pages d'écriture²⁷ » rejetant, en anticipant l'appréciation précitée de Paul Martens, « la justice juridique, cette plaie sociale ».

6.2. La harangue de Baudot

En plein été 1974, Oswald Baudot, alors substitut du procureur de la République de Marseille et membre du (SM), a poussé le même cri d'indignation que celui de Paul Ricoeur, évoqué supra, dans une « Harangue à des magistrats qui débutent²⁸ ». Ce texte très personnel, diffusé de sa propre initiative par son auteur, eut un certain retentissement à la suite d'une campagne de presse orchestrée par les détracteurs du SM.

Frappé du sceau de la réalité quotidienne de la justice, ce beau texte, plein d'humour mâtiné de philosophie, ne fut pas un coup de tonnerre anti-déontologique dans un ciel serein mais un arc-en-ciel humaniste dans un ciel trouble. Il dévoilait l'impensable, ou plutôt l'informulé, ce que l'on ne voulait pas dire (ni entendre) : le traitement judiciaire différentiel des riches et des pauvres, l'inégalité dans l'accès aux droits et à la justice, la surreprésentation en prison des catégories sociales les plus démunies et... l'omerta déontologique ambiante. Bref ce que, à peine 3 ans plus tôt, j'avais découvert en devenant magistrat.

« *Soyez partiaux Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté* » : les détracteurs du SM ne cessent, encore et toujours, de nous stigmatiser en rappelant notamment ce passage²⁹. Par cette formule, certes provocatrice et paradoxale, Oswald Baudot exprimait sa volonté d'exercer son métier avec le souci de

²⁷ Paul Magnaud, « Le juge contemporain », Le Journal, 16 juillet 1905.

²⁸ [La harangue de Baudot, plaidoyer pour une impartialité réelle | Cairn.info.](#)

²⁹ Tel que Jean-Éric Schoettl (ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel), « La démocratie au péril des prétoires : de l'État de droit au gouvernement des juges », Paris, Gallimard, 2022, coll. « Le débat ».

l'égalité réelle devant la justice, imposant une attention particulière à la partie faible. En isolant cette injonction du reste du texte, ses contempteurs se refusaient (et se refusent toujours, des dysfonctionnements méritant toujours d'être dénoncés) à regarder en face la réalité concrète du fonctionnement de la justice passée au crible d'un idéal du juste. Au fond, à la manière du peintre belge Magritte, Baudot disait ironiquement l'inverse de ce qu'il fabriquait dans son écrit : celui-ci était bien un plaidoyer pour l'impartialité – une impartialité qui ne saurait être de pure forme.

7. L'antidote à la partialité : l'apparence et/ou la transparence ?

7.1. Derrière l'impartialité la question du sens de la justice

Une enquête³⁰ datant de l'été 2021 révèle que près d'un quart des sondés ressentent la justice comme injuste, inégale, à deux vitesses, donc ployant sous le joug d'une partialité sociale déjà dénoncée par le fabuliste La Fontaine. Comme le révèle bien des écrits³¹ actuels la population française est de plus en plus sensible au sentiment d'injustice. Ce sentiment n'est, bien sûr, pas nouveau mais l'injustice apparaît incompatible avec les promesses de la démocratie et de notre devise républicaine « liberté, égalité, fraternité ».

Certes le sentiment d'injustice de la personne condamnée ou qui perd son procès n'est pas forcément révélateur d'une partialité du juge même si le justiciable le vit ainsi. Une décision judiciaire tranche nécessairement entre plusieurs intérêts au civil comme au pénal et par conséquent, prend le risque de mécontenter une partie. Et cela, même si le juge s'efforce de faire preuve de pédagogie mais, il faut l'avouer, ce n'est pas toujours le cas des décisions judiciaires en France. La tentation de celui à qui le juge a donné tort sera grande d'aller chercher dans la personne même du juge les causes de son insatisfaction et de considérer qu'il, elle, avait un parti pris.

« *Le plaideur qui gagne trouve que son sentiment de justice est comblé et le plaideur qui perd trouve que son sentiment de justice est froissé, La victime n'a jamais assez d'expiation du responsable, la peine est toujours trop lourde pour celui qui aime le coupable* », souligne la professeure Marie Anne Frison Roche³².

On a coutume de dire, en France, que le plaideur mécontent a 48 heures (ou 24, selon les versions) pour maudire son juge (outre bien sûr les voies de recours). Cela ne dispense, cependant, pas le juge de prendre une décision dont les règles juridiques sont l'instrument nécessaire, décision qui doit entrer en résonance avec un sentiment objectif de justice, gage de réussite de la fonction du juge de pacifier les conflits. « *Le juge ne doit pas rendre des décisions incompréhensibles et doit organiser une participation des personnes impliquées dans les procédures, ce qui lui permet d'accroître sa propre connaissance, définition objective du principe du contradictoire. Le juge doit fondamentalement créer un espace dans lequel est recevable celui qui accepte la loi*

³⁰

www.senat.fr/fileadmin/import/files/fileadmin/Fichiers/Images/redaction_multimedia/2021/2021-Documents_PDF/20210928_Rapport_complet_CSA.pdf.

³¹ Pierre Rosanvallon, « *Les Epreuves de la vie Comprendre autrement les Français* », Éd. Le Seuil, 2021 ; Nicolas Duvoux, « *L'Avenir confisqué* », Paris, Éd. PUF, 2023 ; « *La Clinique de la dignité* », Cynthia Fleury, Paris, Éd. Le Seuil, 2023.

³² « *Le juge et le sentiment de justice* », in « *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard: le juge et le droit de l'économie* », Paris, Montchrestien, 2002, pp. 41-53.

de la discussion, admettant par avance que les arguments qu'on lui opposera ne sont pas dénués de toute pertinence », préconise fort justement la même professeure³³.

Pour répondre à cette quête du juste, la CEDH a inventé la théorie de l'apparence.

7.2. Le droit selon la CEDH

Le cadre jurisprudentiel de notre droit relatif à l'indispensable impartialité est désormais bien identifiable, la CEDH affinant au cas par cas son application.

Les principes généraux de l'exigence d'impartialité au sens de l'article 6, § 1 de la Convention sont les suivants : la Cour distingue l'appréciation objective qui consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter le manque d'impartialité de ce dernier. Il en résulte que pour caractériser un défaut d'impartialité, l'optique de la personne concernée entre en ligne de compte sans jouer un rôle décisif. Il faut établir si les appréhensions de l'intéressé apparaissent comme objectivement justifiées. Alors, il convient de rechercher d'éventuels liens de dépendance entre un des acteurs du procès et le juge et/ou la juridiction impliqués. En ce domaine, la CEDH retient que même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais, « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (« *il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous* »). Il y va, à ses yeux, de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables.

7.3. La tyrannie de l'apparence

En mettant l'accent sur l'apparence, la CEDH nous a rendu sensible à ce concept. Cependant, comme le souligne Paul Martens, il faut se méfier de « *La tyrannie de l'apparence* » analysant l'arrêt « Procola » il a écrit, fort opportunément³⁴ :

« *Il n'est pas vrai que le juge ne puisse jamais aborder une affaire vierge de toute opinion.* » Il conteste « *qu'il existât un droit fondamental à la virginité intellectuelle du juge que celui-ci devrait garder intact jusqu'au jour du prononcé de la décision* ». Pour lui, « *ce qui rend insupportable le préjugé c'est quand le juge l'a conçu en dehors du débat judiciaire sur la base d'éléments qui n'ont pas subi l'épreuve de la contradiction* ». Soulignant que « *le délibéré n'est qu'une succession de convictions provisoires* », il fustige « *les juges passifs, les sphinx impénétrables* », il incite « *les juges à exprimer, au cours des débats, des opinions pour les livrer à la contradiction* ».

7.4. Comment s'en sortir dans le quotidien du juge ? La mission n'est pas impossible, mais elle est difficile et elle fait partie de l'exercice professionnel que nous avons choisi

La professeure Marie Anne Frison Roche a écrit³⁵ : « *L'impartialité se définit comme le principe pour une juridiction ou pour un juge de donner pertinence aux arguments et aux interprétations que l'on va développer devant lui. [...] À l'inverse il y a partialité lorsque quels que soient les faits, les arguments et les interprétations qu'une partie fait valoir, leur articulation n'aura aucune influence car l'appréciation par le juge du fond de l'affaire est déjà définitivement acquise* ».

³³ *Ibid.*

³⁴ « *La tyrannie de l'apparence* », R.T.D.H. p. 627, sous C.E.D.H., 22 fevr. 1996, analysant l'arrêt « Procola ».

³⁵ Recueil Dalloz, 1999, pp. 53 à 57 – « *L'impartialité du juge* », article très pertinent.

On ne peut se cacher que le juge peut feindre d'écouter et de prendre en considération les arguments mais dans son for intérieur interdire à ceux-ci d'influer sur l'issue du litige. A cet égard, la motivation doit être un moyen efficace de combattre la tendance, éventuel, d'un juge de s'enfermer dans ses préjugés ; cependant, nous connaissons les motivations stéréotypées, induites souvent par la poussée « productiviste » et la gouvernance de la justice par le nombre. Grâce à une motivation authentique, la partie au procès, et aussi le public – en raison de la publicité – peuvent s'assurer de l'impact des arguments échangés qu'ils soient adoptés ou écartés.

De la sorte, afin que la confiance en la justice puisse se bâtir, la seule façon d'être impartial c'est de l'être de façon publique et contrôlable en s'adossant spécialement sur une motivation d'un haut niveau de qualité. C'est ainsi que je conçois le concept « d'apparence » pour qu'il ne soit pas une tyrannie ; à cet égard, il convient de souligner que le rôle actif et engagé du juge qui sera évoqué infra est parfaitement compatible avec la conception qui vient d'être développée.

Au nom de l'impartialité, certains voudraient cantonner le juge dans un « hors monde » aux motifs que tout engagement dans le monde conduirait à des partis pris.

Or le juge a forcément des opinions personnelles, ce n'est pas un être désincarné. Fait de chair sang, il a nécessairement des convictions ; nul ne souhaite que les juges perdent contact avec l'humain. Souvenons-nous de la conclusion de Platon, seul un homme mort ou Dieu pourrait être impartial !

Nous savons tous, pourquoi le taire, nous les juges, que nous avons des préférences personnelles, issues de notre culture, de notre éducation, des valeurs auxquelles nous croyons. Les juges votent, en France ils peuvent adhérer à un parti et se présenter à des élections politiques (sauf dans leur ressort juridictionnel) sont croyants ou athées ou agnostiques etc... Certains juges sont plus sensibles aux droits des propriétaires, ou plutôt ceux des locataires, ou, encore ceux des employeurs ou des salariés, à la cause de l'environnement ... L'impartialité ne consiste pas à cesser d'avoir des opinions mais tout simplement exige d'être apte à être touché par un fait, à être convaincu par des arguments ou une interprétation juridique proposés par une partie. Ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion c'est de ne pouvoir en changer en présence d'une situation donnée et d'une argumentation, c'est d'être hors de portée du débat judiciaire.

Là encore, les conditions de travail des juges, les modalités des formations de jugement (collégiale ou non), le développement des audiences à juge unique poussé par la logique de la rentabilité à tout prix, sont autant d'obstacles à la concrétisation d'une vraie impartialité ; en particulier, le débat en collégialité (réelle), est un facteur fort de mise en œuvre de l'impartialité.

En conclusion je dirais que tout autant que l'apparence, voire plus, je choisis la transparence. De la sorte, le juge doit être en capacité de se connaître, le « *connais-toi toi-même* » de Socrate s'impose ; on ne demande pas au juge de juger hors de « lui-même » mais de juger avec lui-même, en capacité d'être touché par le débat judiciaire, en soumettant au contradictoire tous les éléments qui peuvent être de nature à fonder sa décision.

8. Le juge doit être « un arbitre engagé »

8.1. La nécessité d'un rôle actif du juge à l'ère des droits fondamentaux

Ayant écrit en 2008, un article dans un petit livre collectif³⁶ de MEDEL, intitulé « *l'impartialité du juge n'est pas la neutralité : pour une conception engagée de la fonction judiciaire* », j'ai eu l'agréable surprise de trouver une citation de celui-ci dans une revue juridique canadienne où un article reprenait à son compte ma réflexion, cœur de ma pensée, en la situant dans un univers où gravitent les droits fondamentaux ; la voici « *il faut avoir une capacité à appréhender l'ensemble de la réalité sociale, à être touché par toutes les composantes de cette réalité sociale, afin d'être en capacité de percevoir la pertinence factuelle et juridique des développements de chacun* ».

Pourquoi arbitre engagé ? J'ai appliqué au juge l'expression de Raymond Aron qui avait titré un de ses livres « *le spectateur engagé* » pour signifier que l'on peut être à la fois tiers et engagé. Le juge doit être « un arbitre engagé », c'est-à-dire engagé professionnellement pour percevoir cette réalité sociale et, aussi, être actif dans la procédure.

8.2. La procédure allemande, un exemple pertinent

Les allemands ont à cet égard une conception du rôle du juge particulièrement intéressante rejoignant la position citée supra de Paul Martens. Pour résumer cette pratique procédurale, le juge civil allemand a l'obligation de faire connaître son analyse juridique aux parties dans la finalité, obligatoire pour lui, d'éviter les décisions surprenant les parties.

Voici comment une collègue allemande décrit cette pratique³⁷ :

« *Le § 139 du ZPO contient une obligation qui s'applique à toutes les procédures civiles, y compris lorsque les deux parties au procès sont toutes les deux représentées par des avocats. L'obligation du § 139 du ZPO englobe l'obligation d'examiner ou de discuter avec les parties - si nécessaire. Cette obligation, qui concerne seulement la demande principale, confère au juge un rôle très actif dans l'audience. Le juge est censé faire un résumé des faits du litige et poser des questions pour clarifier certains aspects.*

En outre, le juge est censé livrer son appréciation juridique du litige. Dans la pratique, cela se traduit souvent par une discussion ouverte entre le juge et les avocats sur les problèmes juridiques que pose l'affaire. Au moment de l'audience, le juge n'a pas d'obligation de livrer une appréciation juridique ferme - le juge peut exposer son raisonnement, ses arguments tout en précisant que cela n'est pas encore la décision finale sur le plan juridique. De plus, le juge n'est pas lié par son raisonnement, il peut le réviser ou le modifier. Si tel est le cas, il a l'obligation d'informer les parties de cette nouvelle situation. Cette obligation révèle un autre objectif du § 139 du ZPO : celui d'éviter les décisions de surprise. Dans cette situation, le juge va rendre une ordonnance explicative et continuer la procédure ».

8.3. L'impartialité élargie

³⁶ Que je recommande à toutes et tous de lire et tout particulièrement les articles de deux de nos grandes figures à qui nous devons beaucoup et qui, à nos grands regrets, nous ont quitté tous les deux en 2019, Salvatore Senese et Christian Wettinck – « Livre Medel - Ouvrage collectif », Convex Oradea, 2008.

³⁷ Gabrielle Scotten, juge au Tribunal d'instance de Cologne, in La semaine juridique, édition générale, supplément au n° 24, 19 juin 2023 : « *La conciliation par le juge : vers quels horizons ?* », Actes de la journée du 30 mars 2023, pages 45 et 46.

Antoine Garapon dont la préoccupation me paraît, également, rejoindre cette nécessité d'un rôle actif du juge a écrit³⁸:

« *Le sens de sa [du juge] nouvelle mission politique est de garantir non plus personnellement comme juge mais collectivement, la capacité reconnue à tous de se comporter comme des hommes* ». Pour cela, il faut, à mon avis, pouvoir connaître tous les hommes ; il parle, à cet égard : « *d'émergence de l'impartialité élargie comme nouvelle qualité du juge* », qui requiert « *d'abandonner la conception par trop traditionnelle de l'impartialité pour davantage s'intéresser à l'aspect concret des situations des parties et vérifier qui a accès à la justice et à quel coût* ».

N'est-ce pas, pour un juge, une préoccupation de tous les jours, cet accès indispensable à la justice, cette égalité nécessaire dans la défense, cette équité impérieuse dans l'impartialité ! Quel juge ne s'est trouvé en présence d'un déséquilibre dans la qualité des prétentions développées devant la justice ? Lequel n'a jamais détecté ce moyen de droit essentiel pour une partie –en général la plus démunie- qui a été omis ? Alors si le juge s'avance dans le débat judiciaire et introduit dans celui-ci l'argument qui change tout ! Partial lui dit-on ? Parti pris ? Non parce que l'impartialité ne s'identifie pas à la neutralité. Trop souvent, les deux concepts sont confondus. Neutre, qu'est-ce ? En cas de guerre, ne pas prendre parti entre les belligérants. Le juge, par essence, doit prendre parti par sa décision. Neutre, au sens physique du terme, c'est n'être le siège d'aucun courant. Le juge n'est pas extérieur à la société, neutre par rapport à elle ; il est dans le courant social.

On doit par contre exiger cette neutralité dans le fonctionnement du service public de la justice mais c'est un autre débat ; en ce cas, sont en question l'accueil des justiciables, les informations fournies sur le déroulé d'une procédure, les décisions rendues, l'accès à celles-ci, l'accès au droit en général, à la justice...

8.4. L'exemple du droit de la consommation

A propos du rôle directif du juge peut être cité un exemple, particulièrement topique, dans le champ du droit de la consommation et plus particulièrement du droit des contrats de crédit.

Il y a quelques années, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge ne pouvait pas soulever d'office un moyen de nullité dans un tel contrat ; des juges confrontés à la réalité sociale de justiciables qui, par l'application de cette jurisprudence se trouvaient devoir subir un endettement insurmontable, décidèrent, à la fin de l'année 2000, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des communautés européennes CJCE) d'une question préjudicielle sur le fondement de « La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 ». Dans le mémoire présenté devant la CJUE par la société de crédit, partie à l'instance soutenant la conformité européenne de la jurisprudence de la Cour de cassation, il était dénoncé un « *climat de rébellion improductif* » et la « *fronde entretenue par certains juges relayés par certains syndicats et même par certains membres du Syndicat de la magistrature* ».

Le 21 novembre 2002³⁹, la CJUE invalida la jurisprudence française et décida que « *la protection que la directive assure aux consommateurs s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat conclu entre eux, interdit au juge national à*

³⁸ Colloque de MEDEL des 29 et 30 janvier 1999 – « *Pour une nouvelle justice civile. La crise d'efficacité de la justice en Europe* ».

³⁹ Arrêt Cofidis contre Fredout [showPdf.jsf?jsessionid=FB3AA70449B8B66B42D1BBC78E122515\(europa.eu\)](http://showPdf.jsf?jsessionid=FB3AA70449B8B66B42D1BBC78E122515(europa.eu)).

l'expiration d'un délai de forclusion de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat ».

Que s'était-il passé ? Les « forces imaginantes du droit » chères à Mireille Delmas Marty⁴⁰ s'étaient mise en marche ! Des juges⁴¹ ayant la volonté de prendre connaissance de la réalité sociale du contentieux qu'ils traitaient, ont pris conscience que dans la plupart des dossiers les débiteurs ne se présentaient pas à l'audience et dans les rares cas où ils étaient présents, n'étaient pas assistés d'un avocat ; par suite, ces juges se mobilisèrent pour rechercher une solution juridique satisfaisante. Pour bâtir une question préjudicielle, ils s'inspirèrent, après de multiples prospections, d'un arrêt de la CJCE concernant l'Espagne.

Cet exemple démontre aussi combien l'office du juge a changé grâce à la mise en œuvre d'un droit international et spécialement du droit européen que ce soit au niveau de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Le juge peut désormais se faire juge de la loi. Par ailleurs, la CEDH l'invite à mettre en balance tous les droits en cause dans une affaire, comme, par exemple, le droit de propriété d'une part et le droit à la vie privée d'autre part.

9. L'impartialité systémique

9.1. L'approche sociale

Elle vient d'être mise en avant et mérite d'être approfondie. Au fil de l'histoire, en effet, la justice a été, souvent, vécue comme partielle car elle était globalement le reflet de la classe dominante, de la classe dirigeante. Ainsi, Jean Jaurès, en 1895, avait-il interpellé le ministre de la justice dans le contexte d'une grève très symbolique de l'histoire du mouvement ouvrier en France, celle des verriers de Carmaux ; il dénonçait la répression excessive du mouvement ouvrier en s'en prenant aux juges et au gouvernement qui profitait des inclinations à la sévérité des premiers : « *Ces magistrats, enveloppés des luttes politiques et sociales qui sévissent nécessairement sur notre pays, se laissent aller à leurs impressions, à leurs émotions et à leurs colères, ils se grisent peu à peu, si on ne les rappelle pas au respect de la loi et de leur propre dignité*⁴² ». Sans doute, ces juges appliquaient-ils, mécaniquement, la loi pénale avec toute la latitude de répression qu'elle leur donnait mais leur « préculture » les prédisposait à une sévérité très forte et en définitive excessive.

La question de la représentation au sein du corps de la magistrature de l'ensemble des origines sociales reste d'actualité même si la création, en 1958, d'une école de la magistrature républicaine a, incontestablement, permis, à l'origine au moins, une plus grande diversité sociale de recrutement mais elle reste infiniment limitée. Comme le concours d'accès à l'ENM se prépare massivement avec des classes « prépa » payantes, l'Ecole nationale de la magistrature a instauré, depuis 2008, des classes préparatoires « talent » réservées aux élèves boursiers. Cependant, la proportion des admissions issues de ces classes reste infime. Ainsi, en cette année 2024, où une promotion historique de 459 auditeurs vient d'être accueillie, parmi elle seuls 25 élèves proviennent de ces classes. D'autres recrutements massifs sont prévus dans les années

⁴⁰ « *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit* » tome 1, Paris, Le Seuil, 2004.

⁴¹ [Comment deux « petits juges » ont mis à terre les sociétés de crédit \(lemonde.fr\)](https://www.lemonde.fr).

⁴² Cité in « *Mouvement ouvrier et système judiciaire* », N. Olszak, thèse, Strasbourg, 1987, p. 223.

à venir, on devra être attentif à l'évolution – ou non- de la mixité sociale des futurs magistrats.

Reste une autre question fondamentale, quoique occultée, celle de la représentation infinitésimale des « minorités visibles » (la question de notre collègue russe précédemment évoquée était bien de cet ordre). La France, du fait même de son histoire, est un pays multiculturel avec des origines ethniques très variées. La diversification des origines sociales et culturelles dans la magistrature est éminemment souhaitable même si, théoriquement, le juge n'a pas besoin de venir des quartiers difficiles pour comprendre les banlieues ni d'être d'origine africaine pour comprendre la réalité d'un justiciable de cette origine etc... Tout être, doué de raison, doit normalement être en capacité d'appréhender une situation même s'il elle ne lui est pas sociologiquement proche, même s'il ne peut entrer en fusion communuelle avec elle. Une telle connaissance se construit grâce à l'imagination qu'Hannah Arendt⁴³ décrit ainsi : la faculté qui « *transforme un objet en une chose à laquelle je n'ai pas besoin d'être directement confronté mais que j'ai en un sens intériorisée* » ; Hannah Arendt convoque la pensée élargie : « *penser en se mettant à la place de tout autre* » et elle affirme que « *l'imagination dispose au jugement* ». Alors, le juge ne peut rester dans la distance vis à vis du « monde », de la réalité sociale ; il faut qu'il aille vers celle-ci. Ainsi, « *prendre part au monde* » conduit à cette nécessaire appréhension « du monde », par la justice et à donner à chacun sa part de justice. Un pluralisme social de la magistrature faciliterait une telle appréhension et contribuerait à assoir la si indispensable confiance envers la justice. La justice est rendue au nom du peuple français⁴⁴ avec toute sa diversité ; elle l'est, aussi, au nom du respect dû par l'État à ses engagements internationaux traduits notamment par la Convention Européenne des droits de l'homme et d'une façon générale par tous les textes européens et internationaux qui engagent la France.

En vue d'assurer de telles finalités, des politiques publiques volontaristes et innovantes sont absolument nécessaires afin d'assurer un accès aux droits et à la justice pour la population vivant en France dans toute sa pluralité.

9.2. L'approche organisationnelle

Le principe du juge naturel n'existe pas en France.

Reconnu dans la culture juridique française⁴⁵ depuis au moins le XVI^e siècle et consacré dans tous les textes révolutionnaires, le principe du droit au juge naturel n'est toujours pas respecté par le système français tel qu'organisé par le Code de l'organisation judiciaire alors qu'il est aujourd'hui inscrit dans la constitution de nombreux États européens (Italie, Allemagne, Espagne, Portugal notamment). Il a été abandonné en France dans des circonstances historiques emblématiques de sa

⁴³ Dans « *Juger. Sur la philosophie de Kant* », cité par Myriam Revault d'Allonnes, « *L'impartialité du juge. Une problématique de tous les temps* » – qui m'a beaucoup inspirée –, in « *L'Éthique des gens de justice* ». Textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat Pulim, *Entretiens d'Aguesseau*, Presses Universitaires de Limoges, 2001 (www.daguesseau.fr/lethique-des-gens-de-justice/).

⁴⁴ « *La justice en France a originellement été rendue au nom de Dieu puis du Roi et par la suite, comme sous le second empire notamment, au nom du chef de l'État. Ce n'est que peu à peu (dès la Première République pour les juges judiciaires et, bien plus tard pour la justice de droit public), qu'il a été reconnu que la justice se rendait « au nom du peuple français »* » : M. Touzeil-Divina in « *Institutions juridictionnelles en 9 thèmes* », Éd. Dalloz, 2022. L'Auteur est professeur de droit public à l'université de Toulouse 1 Capitole, préfacé par Simone Monthieux-Gaboriau.

⁴⁵ « *Le juge naturel, un principe oublié en France et sacré par la Constitution en Allemagne* », par Simone Gaboriau et Hans-Ernst Böttcher, in « *L'administration de la justice : un enjeu démocratique* », Colloque MEDEL, Bordeaux, 24 juin 2022 – à paraître.

fonction de protection de l'indépendance des juges et du respect du principe d'impartialité puisque c'est le régime de Vichy qui lui a porté un coup fatal.

C'est en effet une loi du 14 août 1943, signée par Pierre Laval⁴⁶, qui a remis en cause cette longue tradition en décidant que l'ordonnance de roulement, jusqu'alors établie par une sorte de commission restreinte, serait désormais l'œuvre du seul premier président pour les cours et du président pour les tribunaux de grande instance (dénommés actuellement tribunaux judiciaires) : la maîtrise du choix des juges était stratégiquement importante pour le régime de Vichy. Par la suite, le texte de Vichy ne sera pas remis en cause dans sa disposition essentielle confiant aux présidents le choix de l'affectation des juges. L'article L121-3 du code de l'organisation judiciaire est l'héritier de ce texte : « *Chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal judiciaire répartissent les juges dans les différents pôles, chambres et services de la juridiction* ».

L'avis de l'assemblée générale de ces juridictions, qui est obligatoire, ne lie pas le président. Des exemples de volonté d'écarter des juges « déplaisants » en raison de leur façon de juger ou d'en placer d'autres en raison de la prévisibilité de leur jurisprudence peuvent être cités. De la sorte, un supérieur hiérarchique peut choisir un juge, ou des juges, pour traiter tel ou tel contentieux en fonction de la jurisprudence que l'on sait qu'ils vont adopter, voire que l'on présume qu'ils vont adopter en raison de leurs pratiques judiciaires déjà connues. Le justiciable se trouve ainsi dans un face à face avec un juge qui a été choisi pour une certaine appréhension de son affaire. Rappel : recommandation sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités CM/Rec(2010)12 du Conseil de l'Europe en date du 17 novembre 2010 – « *La répartition des affaires au sein d'un tribunal devrait obéir à des critères objectifs préétablis, de manière à garantir le droit à un juge indépendant et impartial. Elle ne devrait pas être influencée par les souhaits d'une partie à l'affaire ni de toute autre personne concernée par l'issue de cette affaire* ».

10. Fin de partie provisoire : les plus hautes juridictions peuvent-elles être partiales ?

10.1. La Cour de cassation c'est oui

Dans un arrêt rendu le 14 décembre 2023, affaire Syndicat National des journalistes et autres c. France (requête n. 41236/18)⁴⁷, la France a été condamnée pour violation du droit à un procès équitable en raison du non-respect de l'exigence d'impartialité par la Cour de cassation fondé sur le non-dépôt de trois conseillers composant la Cour.

Les débats sur l'impartialité de la Cour de cassation dans l'affaire Wolters Kluwer en cause avait défrayé la chronique doctrinale et médiatique française en 2018. La chambre sociale de la Cour de cassation avait, le 28 février 2018, cassé, sans renvoi, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles condamnant en 2016 l'éditeur Wolters Kluwer France (WKF)-Kluwer (informations professionnelles, notamment juridiques). La Cour d'appel avait estimé que Wolters Kluwer avait artificiellement endetté sa filiale

⁴⁶ Chef du gouvernement sous Philippe Pétain et un des maîtres d'œuvre de la politique de collaboration avec l'Allemagne nazie, il s'enfuit à la Libération ; arrêté, et condamné à mort par la Haute Cour de justice, il fut exécuté le 15 octobre 1945 ; Philippe Pétain, également condamné à mort, fut gracié par le Général De Gaulle.

⁴⁷ [SYNDICAT NATIONAL DES JOURNALISTES ET AUTRES c. FRANCE \(coe.int\)](https://www.coe.int/fr/press/2023-12-14-18-41236-18).

française dans une opération d'optimisation fiscale pour ne pas, de 2007 à 2015, verser de participations aux bénéficiaires dues aux salariés.

Tout en soulignant que la contribution des magistrats à la diffusion du droit s'inscrit dans le cadre de leurs fonctions, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que les relations professionnelles de trois conseillers, ayant composé la Cour, avec l'une des parties à la procédure étaient régulières, étroites et rémunérées et en a déduit que cela suffisait à établir qu'ils auraient dû se déporter et que les craintes des requérants quant à leur manque d'impartialité pouvaient passer pour objectivement justifiées en l'espèce. Il s'en est suivi un constat de violation de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le 19 décembre 2019, le CSM, qui avait été saisi par une plainte des syndicats, avait rendu une décision, sur laquelle s'est beaucoup appuyé la CEDH, celle-ci n'ayant, toutefois pas, contrairement à celui-là, à se prononcer sur la caractérisation d'une faute disciplinaire des trois conseillers en cause. Le CSM considérant que la participation régulière et rémunérée des trois conseillers aux formations juridiques organisées par WKF constituait un lien d'intérêt entre eux et cette partie au pourvoi, a estimé que l'existence de ce lien avait pu créer un doute légitime quant à leur impartialité ; il avait, conséquemment, estimé que les trois magistrats auraient dû se déporter. Le CSM estima, cependant, que l'inobservation des règles déontologiques par les trois magistrats n'était pas suffisamment grave pour constituer une faute disciplinaire.

10.2. Et le Conseil constitutionnel ? C'est peut-être

Un comité des Nations Unies, le comité d'Aarhus en charge du suivi de l'application de la Convention sur l'accès à la justice en matière environnementale, a été saisi par l'action de trois associations françaises, France Nature Environnement, Greenpeace France et la Sphinx, d'une contestation concernant le fonctionnement du Conseil constitutionnel.

Les professeurs⁴⁸ Laureline Fontaine, Thomas Perroud, Dominique Rousseau ont, à ce sujet, déposé des observations devant le comité en octobre dernier⁴⁹.

Dans une tribune du Monde⁵⁰ en date du 17 janvier, ils résument leur position, en soulignant, les failles, selon eux, du Conseil constitutionnel, en particulier sa composition et par-là même son manque d'impartialité :

« il importe de rappeler que des entorses de principe à la démocratie résultent de la composition et du fonctionnement du Conseil constitutionnel : partialité et incompétences des « juges », absence d'indépendance réelle vis-à-vis des pouvoirs qu'il contrôle, graves insuffisances dans la rédaction de ses décisions. Ces critiques ont déjà été portées, mais le constat demeure. Une affaire nous en donne l'occasion. La situation du Conseil se trouve actuellement examinée par un comité des Nations unies, le comité d'Aarhus, dont la mission est de suivre l'application de la convention du même nom. Cette convention porte notamment sur la question de l'accès à la justice à des fins de protection de l'environnement. Ce sont les trois associations France Nature Environnement, La Sphinx et Greenpeace France qui ont porté l'incurie du Conseil constitutionnel devant cette instance. Celui-ci avait en effet rendu

⁴⁸ Laureline Fontaine (voir note 8), Thomas Perroud, Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas, et Dominique Rousseau, Professeur émérite de droit public à l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne.

⁴⁹ [L'impartialité des membres du Conseil constitutionnel en question - Questions Constitutionnelles \(questions-constitutionnelles.fr\)](https://www.questions-constitutionnelles.fr/).

⁵⁰ [« Incompétence des “juges”, absence d'indépendance réelle : les entorses du Conseil constitutionnel à la démocratie » \(lemonde.fr\)](https://www.lemonde.fr/).

une décision le 1er avril 2022 à propos de la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique sur une question prioritaire de constitutionnalité posée par l'association La Sphinx, le Conseil confirma alors la constitutionnalité de la disposition qui privait les associations de la possibilité d'exercer un recours contre les permis de construire, dès lors qu'elles étaient constituées depuis moins d'un an [...]. Parmi les griefs adressés par les trois associations au Conseil constitutionnel devant le comité onusien figurent les conditions dans lesquelles il a rendu sa décision du 1er avril 2022 : est ainsi mise en avant l'absence d'impartialité du Conseil, une absence aggravée par des règles de procédure inadéquates et une forme de dépendance aux pouvoirs contrôlés [...] ».

La décision, quelle qu'elle soit, revêtira un intérêt certain.

11. Conclusion

11.1. L'impartialité : un concept d'une forte densité et d'une large amplitude

Au terme de ces dix séquences, d'autres composantes de l'impartialité auraient sûrement mérité d'être évoquées en identifiant toutes les nuances, voire les variantes de celles-ci.

En effet, celles-ci peuvent se décliner, dans tous les ordres juridictionnels, en fonction d'une part de la nature des fonctions, siège ou parquet, d'autre part de la catégorie des juridictions, pénales ou civiles ou encore administratives – y compris la juridiction du droit d'asile – et enfin de leurs fondations légitimantes qui varient selon l'origine des magistrats, professionnels ou représentants des secteurs économiques, commerçants- tribunaux de commerce-, ou sociaux employeurs ou salariés- conseils de prud'hommes- ou encore élus de la Nation s'agissant des membres de la Cour de justice de la République...

Et s'imposerait, aussi, pour être plus complet, l'examen comparatif avec les juridictions internationales dont l'impartialité mériterait aussi d'être questionnée : Cour internationale de justice, Cour pénale internationale. Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)... Et bien d'autres choses encore justifieraient d'être approfondies telles que, l'impartialité dans les procédures amiables, celles assurées par le juge⁵¹ mais aussi par des tiers médiateurs ou conciliateurs ou encore le rôle de l'émotion beaucoup plus positif que l'on a coutume de le dire⁵².

⁵¹ Voir in la semaine juridique édition générale supplément au n° 24, 19 juin 2023, « *La conciliation par le juge : vers quels horizons ?* », actes de la journée du 30 mars 2023, où la question de l'impartialité y est évoquée très souvent et sur ce point mon propre article « *La conciliation par le juge en France : un rendez-vous manqué ?* », pages 15 à 22, où je souligne combien le « juge conciliateur » met en œuvre toutes les exigences de sa fonction de juge et spécialement celle de son impartialité.

⁵² Voir les propos de Emmanuel Jeuland, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, dans une étude sur le juge et l'émotion, évoquant un séminaire tenu à l'Université de Nanterre en février 2017, lequel s'interroge ainsi : « *n'est-il pas dangereux de mettre ses émotions à distance et de se couper des émotions pour parvenir au jugement ?* ».

« Il semble acquis », précise-t-il, « à la suite des découvertes des neurosciences que Descartes s'est trompé en distinguant le corps et l'esprit, la raison et l'émotion [...]. Une raison sans émotion conduit à de mauvaises décisions, des émotions mal contenues conduisent à de mauvaises intuitions », poursuit-il. Propos cités dans ma communication au colloque tenu le 5 octobre 2018 à Bari (Université « Aldo Moro », Convegno internazionale di studi), autour du thème « *Giustizia predittiva e prevedibilità delle decisioni. Dalla certezza del diritto alla certezza dell'algoritmo* » – « *Liberté et humanité du juge : deux valeurs cardinales de la justice. La justice numérique permettra-t-elle la fidélité à ces valeurs ? Quelques réflexions illustrées par l'expérience française* ».

L'insertion de ce texte dans un livre plus global apportera, sûrement, d'utiles compléments d'ordres divers.

11.2. *Un passé qui ne passe pas*

Au commencement était la quête du juste, d'une « bonne justice » avec l'exigence d'impartialité. L'histoire a démontré les vicissitudes de ce concept à travers le temps, associées à un perpétuel devenir.

Dans l'histoire française, après un moment révolutionnaire qui avait, au nom d'une application mécanique de la loi, nié la part du juge dans le jugement, a été réaccordé à la jurisprudence son droit de cité. Cependant, la force de cette négation originelle n'a pas disparu de bien des esprits ; le soupçon de partialité, sous prétexte de parti pris idéologique, surgit encore trop souvent quand une décision de justice déplaît.

Après la seconde guerre mondiale provoquée par des régimes politiques totalitaires se livrant à des pratiques meurtrières d'extermination de peuples, fut érigé *en droit fondamental de l'homme le droit à un juge indépendant et impartial*, présent dans la Déclaration Universelle des Droits de l'homme et repris par l'article 6 de la Convention Européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette exigence fut suivie par l'Union européenne qui, considérant que la valeur de l'État de droit relevait de l'identité même de l'Union, imposa aux États membres le respect du droit à un tribunal indépendant et impartial (voir, à cet égard, toutes les décisions passées relatives à la justice en Pologne).

À l'heure actuelle la France se penche sur son passé en panthéonisant des résistants issus de l'immigration⁵³ et en soumettant à un examen légitime sévère l'application par les différentes juridictions des lois antisémites du régime de Vichy⁵⁴. Les juges ont ainsi abouti à ce que « *en acceptant d'appliquer et d'interpréter les textes qui définissaient le "Juif", [ils] ont contribué à faire admettre comme évidente l'idée que les juifs étaient d'une espèce – d'une « race » ... – différente, qu'ils n'étaient pas des citoyens comme les autres, pas des sujets de droit comme les autres, et finalement pas des hommes comme les autres*⁵⁵ ». En refusant d'appliquer un droit antisémite, de normaliser l'ignominie dans l'ordre juridique, les juges auraient ils étaient partiaux ?

11.3. *L'impartialité des magistrats face à la verticale du réarmement*

Ce terme « réarmement » est dans l'air du temps, c'est un mantra politique au plus haut niveau de l'État associé à toutes sortes de thèmes (moral, sécuritaire, économique, démographique ...).

À l'occasion de la prestation de serment de la promotion historique de futurs magistrats, le 9 février 2024, le président de la République a proclamé la nécessité de réarmer le pouvoir judiciaire en ces termes « *L'ordre et le progrès sont bien à la racine de notre République, de ses principes même. C'est pourquoi j'ai engagé ce réarmement de*

⁵³ [Missak et Mélinée Manouchian entrent au Panthéon à l'issue d'une cérémonie émouvante et engagée \(lemonde.fr\)](#). Emmanuel Macron a salué, le 21 février, 80 ans après leur exécution, la mémoire des résistants Missak Manouchian, et sa femme Mélinée, ainsi que ses vingt-deux camarades « *Français de préférence, Français d'espérance* » ; très belle formule à rebours de la loi du 26 janvier relative à l'immigration !

⁵⁴ [Les pratiques zélées du Conseil d'État vis-à-vis des juifs sous le régime de Vichy \(lemonde.fr\)](#).

⁵⁵ D. Lochak, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », *Le Genre humain*, vol. 28, n. 1/1994, pp. 29-39. Danièle Lochak est Professeure émérite de droit public à l'Université Paris-Nanterre.

l'État : réarmement de nos forces de sécurité intérieures, avec la loi de programmation, réarmement de nos armées, réarmement de l'autorité judiciaire » (soulignement ajouté).

L'analyse faite par une spécialiste de l'histoire militaire⁵⁶ est la suivante : « *Pour des dirigeants politiques qui ressentent un certain désarroi face à la multiplication des crises, employer un lexique militaire constitue un moyen très visuel de manifester l'autorité de l'État et de sa force régaliennne* ». Et l'on voit qu'un tel qualificatif, énoncé par le chef du pouvoir exécutif et associé à « l'autorité judiciaire » – c'est à dire au pouvoir judiciaire – est incompatible avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

Le président de la République, dans ce discours très solennel, a présenté sa vision de l'impartialité : « *En République, le peuple est souverain, et vous rendrez bientôt la justice en son nom. Or le serment de magistrat oblige ce dernier à « remplir ses fonctions avec indépendance, impartialité, humanité [...]. Se joue là-aussi la confiance que tout en chacun doit avoir en l'impartialité des magistrats, mais aussi en leur strict respect de leur devoir de réserve, gage de leur indépendance d'esprit et de jugement. La liberté d'expression des magistrats est une liberté constitutionnelle et nul ne songe à la remettre en cause. Elle doit avoir pour corollaire un « déport » systématique de leur part pour juger un dossier dès lors que leur parole publique antérieure fait légitimement douter le justiciable concerné qu'il va être jugé par un juge impartial* ». Le président de la République aurait-il fait allusion à la situation mahoraise ?

Il a, par ailleurs, annoncé une réflexion à venir sur la question de l'expression publique individuelle ou collective des magistrats que l'on croyait pourtant bien pesée et apprécié, droit à l'appui, par l'avis du CSM du 13 décembre 2023. De telles déclarations, alors qu'une charte de déontologie doit être élaborée en application de la loi du 23 novembre 2023, démontrent plus que jamais, combien cette question associée à celle de l'impartialité reste d'une actualité brûlante imposant le rappel des principes fondamentaux.

Il importe de sortir cette question de l'impartialité de l'exclusivité déontologique pour approfondir l'étendue de sa complexité. Celle-ci implique, outre le devoir du magistrat lui-même, celui de l'État, du pouvoir politique, qui se doit de garantir, effectivement, l'indépendance de la justice et son bon fonctionnement, notamment en lui assurant les moyens nécessaires ainsi que des conditions dignes⁵⁷ de travail pour les magistrats. S'imposent, aussi, pour garantir une impartialité élargie et systémique, la mise en œuvre de politiques publiques⁵⁸ destinées, notamment, à accroître l'accès à la justice et à permettre aux juridictions de s'ajuster aux profils diversifiés, aux besoins variés ainsi qu'aux moyens inégaux des justiciables. Sans compter la nécessité de faire entrer enfin dans notre droit le principe du « juge naturel ».

En tout cas, l'impartialité ne saurait être soumise à la verticale du « réarmement » de l'État.

11.4. La décision du 20 février 2024 de la CEDH va-t-elle clore le débat sur la liberté d'expression des magistrats ?

⁵⁶ [En invoquant le « réarmement », Emmanuel Macron tente de sauver une rhétorique qui s'use avec le temps \(lemonde.fr\)](#) Bénédicte Chéron, maîtresse de conférences à l'Institut catholique de Paris

⁵⁷ [Dans l'enfer du quotidien des magistrats | Les Echos Start](#)

⁵⁸ [Appel à contributions : deuxième Rendez-vous international de l'innovation en justice - IERDJ \(gip-ierdj.fr\)](#) exemples de pistes de réflexion devant « armer » les politiques publiques pour plus d'impartialité « élargie », lesquelles ne paraissent pas à l'ordre du jour.

La CEDH, dans un arrêt *Danilet c. Roumanie*⁵⁹, vient de condamner, le 20 février, l'État roumain en application de l'article 10 de la Convention européenne, protégeant la liberté d'expression, en raison de la sanction disciplinaire infligée à un juge roumain pour ses propos tenus sur Facebook. Sur son compte très suivi, ce dernier s'était montré particulièrement critique vis-à-vis d'une réforme judiciaire en cours ainsi qu'à l'égard de la classe politique et de son influence supposée sur la police, la justice et l'armée. Cette décision souligne, une nouvelle fois, la pleine légitimité des magistrats à participer de façon active et engagée – y compris de façon très critique comme en l'espèce – au débat démocratique dans l'espace public. Elle a, en outre, apporté des précisions sur le périmètre de la liberté d'expression et du devoir de réserve des magistrats. La Cour, en effet, a réaffirmé « *le principe selon lequel on est en droit d'attendre d'un magistrat qu'il use de sa liberté d'expression avec retenue, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire étant susceptibles d'être mises en cause. Toutefois, il ne s'agissait pas en l'espèce de propos clairement illicites, diffamatoires, haineux ou appelant à la violence* ». La Cour a, ainsi, sanctuarisé, en quelque sorte, la liberté d'expression des juges et complété l'avis précité du CSM, en posant comme limites à celle-ci, l'illicéité, la haine, l'appel à la violence et la diffamation.

⁵⁹ [DANILET c. ROUMANIE \(coe.int\)](#).