

## LEGITIMATION PAR LE POUVOIR POLITIQUE DE LA JUSTICE COMME INSTITUTION

PAR RAOUL GROSS

SEPTEMBRE 2019

### *Introduction*

Expliquer la légitimité que confère le pouvoir politique à la justice en tant qu'institution requiert la clarification des concepts en jeu dans cette question, afin de bien en cerner la problématique. C'est pourquoi, il faut tout d'abord définir la légitimité en tant que concept général, et spécifiquement la légitimité de la justice comme institution. Il faudra également se pencher sur la question du droit, de l'état de droit, et de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, puisque c'est de leur équilibre que la justice comme institution tire et garantit sa légitimité, nous verrons pourquoi.

Un rappel historique de cette question ne sera pas superflu pour cerner la fonction de la justice et la légitimité qui lui est conférée et garantie d'une part par le pouvoir politique, d'autre part par la justice elle-même et donc, en dernier ressort, par le peuple qui vote la Constitution.

### 1.- Légitimité

Avant même toute discussion, on peut poser comme définition formelle de la légitimité : est légitime ce qui est *fondé* en droit, en justice et en équité.

Or, on remarque d'emblée que la question de ces fondements (droit, équité ou justice) est problématique, leur compréhension ayant varié suivant l'histoire :

En effet, si *le droit* fonde une action (le juge reçoit *le droit* de sanctionner, par exemple), les sources mêmes qui définissent le droit, quant à elles, peuvent être diverses autant juridiquement, philosophiquement, sociologiquement qu'historiquement.

De même, si ce qui est légitime est ce qui est *fondé en justice*, nous verrons que la notion philosophique de justice elle-même, de laquelle peut varier la justice comme institution, est changeante suivant les différents courants qui l'étudient ou les valeurs qui la fondent au cours de son histoire.

Pour *l'équité*, autre fondation de la légitimité, il en va de même.

Ainsi, si la définition de la légitimité d'une chose qui la rattache à ce qui la fonde peut paraître problématique, c'est bien parce qu'*in fine* la légitimité proviendrait d'une

compréhension commune, d'un accord consensuel quant à ces fondements (droit, équité ou justice comme valeur philosophique), accord qui peut être subjectif, axé selon les critères éthiques d'une communauté d'hommes, d'une société, ou d'une nation tout entière.

Pour éviter de tomber dans le subjectivisme, où la légitimité découle d'une perception subjective individuelle forte de valeurs morales (droit naturel) on sait comment, dans les pays du droit civil, le positivisme a résolu la question : la légitimité découle ici non plus de valeurs communes et naturelles reconnues par la raison (jus naturalisme), mais bien plutôt de l'application stricte du droit « positif » (posé par la volonté), et renvoie aux structures d'autorité et aux lois, dont la Constitution est la plus élevée dans la pyramide des normes à respecter (Hans Kelsen). En effet, c'est dans le bloc de constitutionnalité que sont définis les droits fondamentaux et les principes de souveraineté.

Dans les pays du *common law*, le droit écrit est moins développé que dans les pays de droit civil, ce qui conduit les magistrats à avoir recours à des normes éthiques qui légitiment l'action. Ces normes éthiques (découvertes par la raison dans la nature des choses (jus naturalisme) et non pas posées par la volonté (positivisme)) peuvent être transformées en droit interne (en *acts*) ou en droit international (via l'influence des Etats suivant des instances internationales, intergouvernementales, non gouvernementales ou des réseaux internet), et deviennent donc légitimes parce que légales.

Le fait est que dans ces pays, le droit est beaucoup plus soumis à la jurisprudence, il est beaucoup plus dynamique. Notons que l'institution de la justice, comme ordre, est toujours statique et légitimée, tout comme dans les pays du droit civil, par le pouvoir politique élu par le peuple et par le pouvoir judiciaire lui-même.

On verra comment la pratique du droit n'est jamais étrangère à la pensée dominante, que ce soit dans le jus naturalisme des Lumières qui renvoie au rationalisme, ou dans le positivisme de Hans Kelsen qui renvoie à l'utilitarisme ou au relativisme éthique.

#### *Mécanisme de légitimité conférée à la justice institutionnelle*

Puisque dans les démocraties participatives ce sont les électeurs qui confèrent au pouvoir politique sa légitimité, on peut dire que la légitimité que *le pouvoir politique confère au pouvoir judiciaire* tient du droit des citoyens à être jugés de manière équitable et impartiale. C'est donc bien cette triple valeur de « *justice, d'équité et de droit* », posée dans la Constitution et, rappelons-le ici, *condition de toute légitimité*, - qui est à la fois rendue légitime car *juste par suffrage et volonté générale*- et qui elle va légitimer la justice comme institution.

Ce sont de plus les citoyens eux-mêmes qui garantissent leurs libertés et droits fondamentaux (dont celui d'être jugé équitablement) en inscrivant dans la Constitution l'équilibre ou la balance des trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, qui se contrôlent et se limitent mutuellement.

« Les personnes sont le principe et la fin du droit » (Portalis). Ainsi, le principe et le but de la loi et des institutions judiciaires est bien le citoyen. On peut dire par ailleurs que puisque le droit « n'existe jamais en dehors de son application, qu'il ne se prouve qu'en marchant, et qu'il marche sans arrêt » (Frédéric Rouvillois, *Le droit*, Flammarion, Paris 1999, p.14), c'est bien *in fine* la préoccupation pour le citoyen, dans la pratique et la concrétisation du droit, qui est centrale en démocratie. L'individu est donc de par ses droits celui qui légitime la justice comme institution, aux côtés du pouvoir politique, et, nous le verrons, des institutions judiciaires elles-mêmes.

C'est ainsi que si le peuple, à travers la volonté générale exprimée dans la Constitution et suivant le droit, garantit aussi la légitimité de l'autorité judiciaire, c'est bien parce que c'est la personne *individuelle et libre* qui, à travers du suffrage universel, est garante de ses propres droits et libertés. Le citoyen, pleinement acteur de l'Etat de droit, va légitimer le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif par suffrage, et ceux-ci à leur tour lui garantissent un contre-pouvoir judiciaire, légitime, lui aussi, on verra pourquoi.

Résumons ici le mécanisme de légitimation : le peuple légitime le pouvoir politique qui à son tour légitime le pouvoir judiciaire.

Le premier rouage de ce mécanisme expliqué, il faut maintenant comprendre comment le pouvoir judiciaire tire, en second lieu, sa légitimité du pouvoir politique.

Pour ceci, et afin de cerner la notion de *légitimité du pouvoir judiciaire*, il nous faut maintenant nous pencher sur les différentes conceptions idéologiques qui sont à la source de l'Etat moderne « légitimé et légitimant » que la majorité des peuples - nous verrons pourquoi -, veulent comme *Etat de droit*.

Les différentes philosophies et conceptions politiques sont autant de sources qui modèlent telle ou telle forme d'état et de ses institutions judiciaires. Par exemple le rationalisme a donné naissance au jus naturalisme quand l'utilitarisme ou le relativisme éthique fera apparaître le positivisme. Issus du positivisme et du jus naturalisme, le *droit civil* et le *common law* donneront naissance à l'*Etat de droit*. C'est ce système politique qui est recherché par les démocraties libérales de par le monde, parce qu'il est légitime de par sa définition : « fondé en droit, en justice et en équité »

Voyons maintenant ce que l'on entend par *Etat de droit* pour comprendre comment ce pouvoir politique légitime à son tour la justice comme institution.

## 2.- L'Etat de droit :

L'état de droit est un concept juridique, philosophique et politique. Il implique la prééminence du droit sur le pouvoir politique dans un État où tous, gouvernants et gouvernés, doivent obéir à la loi. De plus, l'état de droit suppose le respect de la hiérarchie des normes, l'égalité devant le droit et l'indépendance de la justice.

Cet Etat est ainsi soumis au droit. Voyons comment et pourquoi dans ces conditions seulement la justice institutionnelle peut être garantie et *légitimée par le pouvoir politique*:

Tout d'abord, fondé en droit, et donc déjà légitime, l'Etat de droit confère à la justice *une fonction* : elle doit être la garante des normes, protéger le citoyen de tout abus de la part de la souveraineté, être impartiale, et tout à la fois créatrice, pourvoyeuse de normes et de valeurs individuelles et collectives. Ainsi la justice est la clé de voute de l'Etat de droit.

On peut dire que si un pouvoir politique légitime institue sur un fondement de justice, de droit et d'équité une justice fonctionnelle, celle-ci sera par le fait même légitime à son tour.

L'Etat de droit légitime donc sur la base du droit la justice comme institution par autorité et par la simple *application des normes*, dont la plus haute est, rappelons-le, la Constitution. Ceci n'enlève rien à la fonction interprétative du magistrat, qui devient, dans la jurisprudence, également créateur et pourvoyeur de normes. Il conviendrait peut-être ici de se pencher sur cette particularité du « droit mou », également présent dans un Etat de droit, mais ceci pourrait distraire notre propos central.

Rappelons que la légitimité des magistrats et des tribunaux est juridique, politique, mais également managériale.

Elle est juridique en ce que la justice respecte les procédures, qu'elle exerce des compétences juridiques, qu'elle fait acte de rigueur technique, d'impartialité du jugement, et de compétence juridique.

Elle est managériale en ce que la justice comme institution doit s'assurer la confiance des citoyens par une logique des résultats : elle doit être efficace, efficiente et faire preuve d'une relation de qualité avec l'utilisateur.

### *Légitimité politique de la justice institutionnelle*

Mais ce qui nous intéresse dans cet article c'est la légitimité politique des magistrats et de la justice comme institution.

Cette légitimité, comme nous l'avons dit, tient tout d'abord au pouvoir que confère le peuple à un gouvernement (dans la Constitution) et à la légitimité de ce gouvernement. La justice, ensuite, qui se fait *au nom* du peuple (fonction régaliennne) tire sa légitimité du pouvoir politique parce que « le pouvoir de juger et d'être jugé » est défini dans la Constitution à laquelle celui-ci doit se soumettre. Par ailleurs c'est le politique qui assure l'institution de la justice à travers la création de tribunaux, l'élection des juges, et la promulgation des lois.

C'est donc l'adhésion du peuple à un système de valeurs (droit, justice, équité) qui fera d'abord d'un Etat sa légitimité : il sera légitime car il sera élu *par la majorité* et devra se soumettre au droit communément admis au suffrage universel. Voilà ce qui caractérise l'Etat de droit. On peut dire ici que le pouvoir politique est légitimé par le consensus du peuple qui le fonde sur les valeurs susmentionnées, et que c'est en vertu de cette légitimité, qu'il peut à son tour instituer et légitimer le pouvoir judiciaire, en lui donnant ses possibilités d'existence et d'exercice. Car le peuple réclame le droit

à être jugé équitablement, entre autres pour garantir ses droits et ses libertés. Fondé en droit, un tribunal est légitime.

Ainsi, si le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif -pouvoirs politiques- confèrent sa légitimité au pouvoir judiciaire *par autorité et nécessité constitutionnelle*, c'est donc ici d'une *légitimité électorale* dont on parle et d'une *légitimité politique* des institutions judiciaires dont il doit être question.

Et puisque, nous l'avons vu, les institutions judiciaires tirent leur légitimité de *la fonction* même qu'elles exercent (inspirer et garantir l'autorité, protéger les droits constitutionnels des citoyens, contrôler l'application de la loi, représenter la justice, rendre justice, sanctionner, faire jurisprudence, etc.) ; que par ailleurs le pouvoir politique seul, à condition qu'il soit d'abord légitime, peut autoriser et fonder en droit, en justice et en équité -c'est-à-dire légitimer- une institution judiciaire ; puisque, en outre, à notre époque, c'est l'Etat de droit qui se voit doté majoritairement de cette légitimité, car il correspond à la vision *démocratique et libérale* qui prévaut dans nos sociétés actuelles d'être légitime parce que fondé en droit, justice et équité, c'est-à-dire élu majoritairement par l'individu pour la garantie de ses droits et libertés; pour toutes ces raisons, on peut dire que l'état de droit garantit (*puisque'il est dans sa nature de les instituer et de les légitimer*) les institutions judiciaires *par volonté démocratique*, c'est-à-dire en usant du pouvoir que lui confère le peuple de **fonder en droit** la justice comme institution.

Remarquons que si, dans l'Etat de droit, la légitimité du pouvoir politique est électorale, elle peut prendre trois autres formes que l'on trouve encore dans d'autres formes d'états de par le monde: traditionnelle, idéologique et circonstancielle. C'est ce que nous devons voir brièvement.

#### *Autres formes de légitimité du pouvoir et corollairement de la justice*

-Traditionnelle lorsqu'elle dépend d'une tradition véhiculée par des identités primordiales (claniques, territoriales, ethniques, religieuses, linguistiques, etc.) où l'on légitime le pouvoir par l'appartenance ou la solidarité à tel clan. C'est le cas de l'Afghanistan d'avant-guerre (pouvoir et justice étaient confiés à certaines personnes de certaines familles, clans ou villages).

-Idéologique, lorsqu'elle appuie sa légitimité sur une vision du monde (Weltanschauung), une philosophie politique, ou un système de valeurs, par exemple idéologie communiste, nationalisme, monarchie, etc.

(Notons à ce titre que l'état de droit est lui aussi fondé sur un système de valeurs, que l'on pourrait appeler idéologique, puisqu'il s'agit de la prééminence d'idées -de liberté et de sûreté de l'individu- qu'il s'agit avant tout de défendre dans la démocratie libérale. Individualisme, droits et libertés, égalité, etc. autant d'idées qui façonnent une idéologie libérale. La différence c'est que l'état de droit légitime son existence par sa soumission au droit, qui doit pour cela être indépendant de l'exercice du pouvoir. Exécutif, législatif et judiciaire se contrebalancent, s'équilibrent dans ce cas, ce qui ne peut être le cas dans d'autres systèmes politiques.)

-circonstancielle, lorsque la mission politique est confiée à un homme ou un gouvernement sur base de la conjoncture spécifique d'un Etat, comme ce fut le cas pour l'Ouzbékistan des années 1980's.

### 3.- La séparation des pouvoirs :

La légitimité de l'institution judiciaire est également garantie dans un état de droit par l'équilibre et la séparation des pouvoirs, nous avons pu l'esquisser plus haut. En effet, cette fonction du magistrat ne peut courir le risque d'être dépendante de l'arbitraire ou de la partialité, voire même de la tyrannie de volontés politiques erratiques.

Chaque état de droit applique donc cette séparation des pouvoirs pour garantir l'institution de la justice et c'est le modèle lui-même qui, puisqu'il est inscrit dans la Constitution, légitime en droit la justice institution, toutefois de façon différente suivant les pays.

Il faut donc connaître le régime politique de l'Etat pour bien cerner au cas par cas le rôle, la fonction et le but de cette séparation des pouvoirs. Mais on peut relever qu'il existe dans sa finalité un contrôle entre les trois pouvoirs exercé entre eux. Ce contrôle permet de préserver le citoyen des atteintes à ses droits fondamentaux, de limiter l'arbitraire et d'empêcher les abus liés à la souveraineté.

### Bibliographie :

Frédéric Rouvillois, *Le droit*, Paris, GFlammarion, 1999

Céline Spector, *Le pouvoir*, Paris, GFlammarion, 1997

Jacques Chevalier, *L'état de droit*, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2017

*Pouvoir judiciaire*, Wikipedia

*Légitimité*, Wikipedia

*Justice constitutionnelle*, Wikipedia

*Séparation des pouvoirs*, Wikipedia

*Etat de droit*, Wikipedia

*Représentation*, Wikipedia

*Justice*, Wikipedia

*Utilitarisme*, Wikipedia

*Jusnaturalisme*, Wikipedia

*Positivisme*, Wikipedia

Pierre Moor, *La justice est-elle politique*, in : Le Temps, 8 nov. 2016

*Initiative populaire : le droit suisse au lieu de juges étrangers, initiative pour l'autodétermination*

[https://www.ejpd.admin.ch › abstimmungen › selbstbestimmungsinitiative](https://www.ejpd.admin.ch/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative)

Fabien Gelinat, Clément Camion et Karine Bates, *Forme et légitimité de la justice*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2014/2 (Volume 73), pages 37 à 74