



L'impartialité du juge n'est pas la neutralité.

Pour une conception engagée de la fonction judiciaire

Il faut croire en la Justice car la Justice n'existe pas ; c'est en y croyant qu'elle se fera . Voilà ce que disait le philosophe ALAIN. Mais pour y croire, il faut, à mon sens, s'engager. Mais, alors, qu'en est-il de l'impartialité du juge ?

La polyphonie de l'impartialité

Ce n'est pas de l'impartialité subjective que je parlerai, celle qui traite des liens particuliers entre un justiciable et un juge, susceptibles de créer une connivence entre les deux. Je laisse cela au ressort disciplinaire et au champ classique des incompatibilités conduisant à la récusation et au déport. Ce n'est pas non plus l'impartialité objective que j'évoquerai ici. L'on sait, maintenant que la juridiction saisie par un justiciable doit offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime provenant des conditions d'organisation de l'institution. Les décisions de la CEDH font les délices des commentateurs en ce domaine.

Ce qui me préoccupe c'est l'impartialité qui est 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.

Comme tout juge responsable je m'interroge : « La personne la plus importante, dans une salle d'audience, étant naturellement la partie qui va perdre, il se posera inlassablement à son endroit la seule question qui englobe toutes les autres : y aura-t-il un motif raisonnable de croire qu'elle n'a pas reçu justice¹ ? »

Alors l'engagement du juge serait-il de nature à faire naître ce motif raisonnable ?

La tyrannie des apparences ou quand le juge apparaît

En effet, avec la montée en puissance du concept " d'apparence ", au nom de l'impartialité, on voudrait cantonner le juge dans un " hors monde " aux motifs que tout engagement dans le monde conduirait à des partis pris.

Cette tyrannie des apparences (pour reprendre la belle expression de Paul MARTENS²)

¹ Dominique Commaret " Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat " D. 1998, Chr.264

² "La tyrannie de l'apparence" R.T.D.H. p. 627 sous C.E.D.H. 22 fevr.1996 analysant l'arrêt "Procola" : *"Il n'est pas vrai que le juge puisse jamais aborder une affaire vierge de toute opinion. Paul MARTENS 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".*

conduirait les juges au retrait social, au désengagement. On sait que dans certains pays (ce n'est pas le cas de la France) les juges ne peuvent adhérer à un parti (les juges canadiens – je crois- à une certaine époque ne votaient pas). Certains ne rêvent-ils pas que les juges constituent une cohorte de grands muets ?

Cette conception neutralisante, aseptisante, du " citoyen-juge ", sans doute très imprégnée de la conception anglo-saxonne, va de paire avec une montée en puissance, du moins dans le discours, de la conception arbitrale du juge et avec l'apparition, notamment en raison de l'influence médiatique, de l' " homme-juge ".

Longtemps, du moins en France, la justice n'était qu'un levier permettant d'étendre la " volonté générale " exprimée par les lois, jusqu'aux dernières extrémités de la Nation, son rôle était, relativement, étranger à l'arbitrage des intérêts et droits contradictoires ; en effet, contrairement à la nation américaine –qui fit une place importante, pour des raisons historiques, au concept de pluralité d'intérêts- on postulait que la loi parvenait à l'expression d'un intérêt nécessairement un de la nation une³ et les juges n'étaient que la " bouche de la loi " pour reprendre l'expression de Montesquieu. Le mot impartialité était relativement absent du vocabulaire français et seul celui " d'indépendance " plus institutionnel, constituait un repère, au moins théorique.

Mais les choses ont évolué, le droit est porteur, en lui-même, de la tension entre les intérêts ; la pluralité des sources normatives, leur hiérarchisation, expriment cette tension ; le juge arbitre et fait prédominer les intérêts considérés comme supérieurs. Le législateur, lui-même, ne tranchant pas toujours, renvoie à l'appréciation du juge, à son arbitrage. Trop souvent Les lois, paraissent se satisfaire d'enregistrer la puissance de certains intérêts et, au mieux parviennent à un équilibrage précaire des intérêts en jeu, rapidement remis en cause par des nouvelles influences. La législation est devenue " une combinaison d'utilités et de jouissances " pour reprendre l'expression de Jean Carbonnier⁴. Le juge est contraint d'arbitrer tous ces intérêts en jeu.

En outre, s'est progressivement retirée l'approche exclusivement institutionnelle de la Justice, qui, entre temps, avait conquis de l'indépendance (oh certes jamais acquise !). L'on a vu apparaître la femme ou l'homme dans l'ombre du juge qui tient le glaive de la loi et équilibre les plateaux de la balance. Tantôt l'opinion publique héroïse cette femme, cette homme, tantôt elle le conspue ! Quand la décision déplaît, on recherche les engagements du juge pour détecter, derrière le résultat judiciaire, le " ressort profond " selon les détracteurs, de la décision. Nous avons connu en France la stigmatisation " des juges rouges ". Chaque pays connaît, d'une façon ou d'une autre, cette remise en cause de l'impartialité des juges. A y voir de plus près, c'est à l'encontre des auteurs de décisions les plus novatrices contrariant des stratégies économiques ou politiques ou mettant en cause des notables, que ce genre d'arguments est, le plus souvent, employé !

Pour autant on ne peut se contenter de ce type de réfutation pour défendre l'impartialité du juge engagé.

Les racines de l'impartialité ou l'impartialité et la question sociale

En restituant à l'acte de juger son fondement social et politique, on bâtit une réflexion permettant de dépasser une approche simpliste d'une conception stérilisante de l'impartialité.

³ voir " Le siècle de l'avènement républicain " sous la direction de F.Furet et de M.Ozouf (Gallimard) P. 211

⁴ intervention de Jean CARBONNIER en octobre 1951, lors de la célébration à Limoges du bicentenaire de la mort de d'Aguesseau " *L'importance de d'Aguesseau pour son temps et pour le notre* ".

Assurément, le jugement contribue à un horizon social et politique, l'horizon du bien commun, "du vivre ensemble"; il s'agit de partager le monde, les objets du monde avec autrui ; l'impartialité se conçoit dès lors comme un partage.

Depuis que l'on ne juge plus au nom de Dieu et que la légitimité de la décision de justice, dans toute société démocratique, est la souveraineté populaire, il faut rechercher comment ce partage avec la société se réalise.

Les français la soupçonnent d'être partielle, c'est-à-dire de ne pas traiter de la même façon les justiciables selon qu'ils sont puissants ou misérables. Ce vieil adage⁵ Français n'a pas été, sérieusement, entamé par l'existence " d'affaires " ayant conduit à la condamnation d'hommes politiques connus ou d'autres notables. Sans doute dans bien des pays, la situation est-elle identique. C'est l'impartialité sociale qui est en cause.

Est, en réalité, posée par l'opinion publique (par les "vrais gens") la question de la culture implicite des juges et de leurs connivences implicites qui les conduiraient, sans forcément en avoir conscience, à une inclinaison plus favorable aux justiciables installés dans la société.

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. Je citerai, à cet égard Jean Jaurès, qui en 1895, interpellait ainsi le ministre de la justice Trarieux (qui fonda en France la Ligue des Droits de l'Homme) dans la contexte de la grève des verriers de Carmaux (un des actes symbolique du mouvement ouvrier en France) dénonce le jeu de la répression en s'en prenant aux juges et au gouvernement qui profite de ces inclinaisons à la sévérité : " 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 dignité⁶ "

Même si cette analyse pourrait sûrement s'appliquer à bien des répressions de mouvements sociaux dans nos pays, il reste que les choses sont plus complexes et plus contrastées dans notre monde contemporain tout en confortant la nécessité de se pencher sur cette question sociale.

Une mutation sociale s'est produite, par une montée de la demande tournée vers la justice émanant des gens de toutes origines sociales et par une nouvelle attente de la population en matière de reconnaissance des droits au quotidien ; des questions, aussi essentielles pour tous que la vie affective et matérielle d'un couple, sa séparation, l'endettement des personnes et des familles...viennent devant le juge. Les questions " d'insécurité " font remonter devant la justice des situations à la dimension sociale évidente.

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est, semble-t-il, jamais penchée sur cette question de l'impartialité sociale des juges. On entre dans un domaine moins juridique et plus sociologique qu'une juridiction, fût-elle internationale, aura du mal à appréhender mais pourquoi ne l'aborderait-elle pas ? Cette dimension est très importante quoique trop souvent absente des débats sérieux sur la justice.

A cet égard, la question de la représentation au sein du corps de la magistrature de l'ensemble des classes sociales est importante. En France, si la création d'une école de la

⁵ repris d'une fable de Jean de La Fontaine : " *Les animaux malades de la peste* " " Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir " .

⁶ Cité in " *Mouvement ouvrier et système judiciaire* " N.Olszak thèse Strasbourg 1987, 223

magistrature républicaine a, incontestablement, permis une plus grande diversité sociale de recrutement ; pour différentes raisons, la situation stagne, voire régresse, même si la diversification des voies d'accès à la magistrature contribue, toujours, à cette –relative-ouverture. Reste la question fondamentale, quoique occultée –au moins jusqu'à une date récente en France- de la représentation infinitésimale des "minorités visibles". Cette question, comme la précédente, de même nature, dépend fortement des politiques et pratiques d'enseignement et sans doute, aussi, de la place surdéterminante de " la culture générale " dans les concours français.

La participation citoyenne au fonctionnement de la justice est susceptible de constituer un facteur fort de restauration de la confiance en l'institution par la confrontation des cultures et d'apporter une diversification en attendant une hypothétique réanimation de " l'ascenseur social ". Cet aspect dépasse l'opposition classique entre " faibles " et " forts " car dans bien des litiges, c'est la perception même, par le juge, de la réalité des gens en cause qui fait problème.

Ainsi, "prendre part au monde" conduit à cette nécessaire représentation "du monde", de la société civile, au sein de la justice, comme facteur de son impartialité.

Pour autant, même si est souhaitable la diversification des origines sociales et culturelles dans la magistrature, 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... Il n'y a pas de " déterminisme jugeant " conditionné par les origines. Tout être, doué de raison, est en capacité d'appréhender une situation même s'il elle ne lui est pas sociologiquement proche, même s'il ne peut entrer en fusion communautaire avec elle. Une telle connaissance se construit grâce à l'imagination qu'Hannah Arendt⁷ 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.

Le juge "un arbitre engagé" ou l'impartialité n'est pas la neutralité du juge.

Qu'est-ce que fondamentalement l'impartialité ? C'est, en quelque sorte, une posture procédurale à tenir : l'équidistance entre les parties pour être également touché par leurs arguments.

Ainsi, pour être impartial, 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.

Voici quelques objectifs à poursuivre pour déclinier cette préoccupation :

- avoir une capacité à appréhender l'ensemble de la réalité sociale, à être touché par toutes les composantes de cette réalité.
- pour, tenir chaque partie à égale distance, être apte à connaître la réalité concrète du vécu de chacun.
- pour respecter cette équidistance, il faut, ainsi, ne pas être indifférent au social et ne pas se

⁷ 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 2001 " *Les Entretiens d'Aguesseau* "

soustraire aux démarches qui permettent d'aller au contact des réalités de la société. Aussi, suis-je persuadée, que le juge ne trouvera pas de garanties en faveur de son impartialité, en refusant de s'engager dans la cité ; tout au contraire.

Pour cette raison, à contre courant de bien des magistrats du siège, je prône l'engagement du juge dans les politiques publiques, pour aller au contact de ces réalités et assurer totalement sa mission au sein de la communauté du pays car, nous le savons, le juge est indissociable du gouvernement de la cité.

Je citerai à cet égard Antoine GARAPON⁸ dont la préoccupation me paraît, également, rejoindre mon analyse. Antoine GARAPON a écrit à propos du juge : "*Le sens de sa 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 sens, 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".

Or n'est ce pas une préoccupation de tous les jours, cet accès à la justice, cet égalité dans la défense, cette équité dans l'impartialité, Quel juge ne s'est trouvé en présence d'un déséquilibre dans la qualité des prétentions développées devant la justice, Qui n'a pas 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 : non à mon sens parce qu'impartialité ne s'identifie pas avec neutralité. Trop souvent, les deux concepts sont confondus.

Neutre, qu'est-ce ? En cas de guerre, ne pas prendre partie entre les belligérants. Le juge, par essence, doit prendre partie 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.

Le justiciable, certes, est en droit d'attendre que son affaire sera tranchée sans " préjugés ". Or le juge a forcément des opinions personnelles, ce n'est pas un être désincarné ; fait de chair et de sang, il a nécessairement des convictions ; nul ne souhaite que les juges perdent le contact avec l'humain. Platon disait que seuls les morts étaient impartiaux ! Les préférences personnelles, issues de notre culture, de notre éducation, des valeurs auxquelles nous croyons ... existent forcément. Le juge ne peut cesser d'avoir des opinions personnelles, sauf à renoncer à l'humanité! Ce qu'impose l'impartialité ce n'est pas de ne point avoir une opinion c'est de ne point pouvoir en changer en présence d'une situation donnée et d'une argumentation, c'est " d'être hors de portée du débat judiciaire ".⁹ Le juge doit impérativement être apte à être touché par un fait, à être convaincu par des arguments ou une interprétation juridique proposés par une partie.

Les nouvelles frontières de l'impartialité

La décision judiciaire est souvent à la croisée de la réalité sociale mais, en France au moins, elle doit s'interdire de la prendre en compte, en tant que telle. Il y a dans la justice du " cabotage social " pour continuer la métaphore de la navigation, dans certains contentieux

⁸ Colloque de MEDEL des 29 et 30 janvier 1999 - "*Pour une nouvelle justice civile. La crise d'efficacité de la justice en Europe*".

⁹ M.A Frison Roche recueil Dalloz 1999 p. 53 à 57 " *L'impartialité du juge* ".

comme celui du surendettement, de l'octroi des délais, voire le contentieux familial (je parle là essentiellement du contentieux civil) mais c'est, souvent, par des arguments de droit que la justice habillera cette sensibilité à la réalité sociale. Ne pas se laisser prendre par la jouissance du questionnement juridique " à l'état pur ", tester l'acceptabilité des réponses données me paraissent être des objectifs nouveaux car l'impartialité, c'est faire partager à la communauté sa décision, ou à tout le moins la démarche suivie par rapport au cas. Quand le partage s'avère impossible, la justice doit se sentir interpellée. Mais comment faire pour réaliser cette confrontation ? avec quel interlocuteur ? Comment échapper à la surenchère démagogique en matière pénale ? Comment se soustraire au lobbying d'intérêts dont la légitimité est problématique ? L'engagement de la fonction judiciaire facilitera sans doute cette démarche mais l'on ne peut se dissimuler la difficulté de cette entreprise.

Si les justices perdent de vue cette nécessaire confrontation avec la réalité sociale, elles la subiront inmanquablement. La France, comme avant la Belgique, a connu l'examen parlementaire de son fonctionnement dans le contexte de ce que d'aucuns appellent le *fiasco d'Outreau* ; le désenchantement du politique qui règne dans bien des pays conduit les politiques à rechercher de nouveaux terrains d'action : la justice et son fonctionnement souvent chaotique –pour lequel ils ont une part de responsabilité- est un terrain de prédilection car elle est dans le drame humain auquel nul ne peut être insensible. Ces mises en examen de la justice produisent le pire et aussi le meilleur mais ils sont toujours très mal vécus par le corps judiciaire, cela d'autant que les dérives médiatiques sont aisées¹⁰. Elles feront écoles car c'est du pain béni pour les hommes politiques. Il appartient aux juges de prendre les devants. Existents-ils dans nos pays de telles capacités d'évolution ?

En tout cas à MEDEL, l'engagement de chacun d'entre nous devrait contribuer à faire qu'une conception engagée de la fonction judiciaire permette de promouvoir une conception de l'impartialité comme partage du monde.

Simone GABORIAU, *présidente de chambre à la Cour d'appel de Paris*

¹⁰ Voir en France l'audition du juge Fabrice Burgaud devant cinq millions de téléspectateurs !