

L'UNION EUROPÉENNE, PROTECTRICE DE L'INDÉPENDANCE DES ACTEURS DE LA JUSTICE

*Quelles garanties apporte le droit de l'Union Européenne face aux atteintes
subies par les justiciables et les acteurs de la justice?¹*

Filipe Marques

(Juge au Portugal

Président de MEDEL - Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés)

1.

Tout d'abord, permettez-moi de remercier le Barreau de Paris pour l'invitation qui m'a été adressée, en tant que président de MEDEL, pour intervenir dans ce colloque qui aborde l'une des questions les plus importantes auxquelles l'Europe est confrontée aujourd'hui et qui pourrait avoir un impact décisif sur la manière dont l'avenir de l'Union Européenne sera façonné.

J'espère sincèrement que le fait que la présidence française du Conseil de l'Union Européenne parraine cette initiative signifie qu'il existe une réelle volonté politique au sein du Conseil de s'attaquer à cette question très délicate, qui a fait l'objet d'hésitations qui ont largement contribué à nous amener à la situation actuelle.

Avec la permission des autres orateurs, permettez-moi également de souligner l'honneur que j'ai de partager cette session avec le juge Pawel Juszczyszyn, un exemple de courage et d'abnégation dans la lutte pour l'indépendance du pouvoir judiciaire.

J'avais déjà écrit ce discours lorsque, hier en fin d'après-midi, j'ai reçu la nouvelle d'une autre suspension illégale d'un juge, effectuée par le gouvernement polonais. La juge Joanna Hetnarowicz-Sikora a été suspendue simplement parce qu'elle a appliqué les décisions de la Cour de Justice de l'Union

¹ Intervention au colloque « L'avocat, acteur d'une Europe qui protège par le droit », organisé à Paris, le 10 Février 2022, par le Barreau de Paris, à l'occasion de la Présidence Française du Conseil de l'Union Européenne.
Cette intervention a été rédigée sur la base de l'article « La Chute », qui sera prochainement publié dans la revue *Délibérée*.

Européenne, remettant en cause la légitimité d'un juge nommé par le conseil supérieur dont la composition est contraire au droit européen.

Elle a été informée de la suspension dans la salle d'audience pendant les audiences qu'elle présidait. Elle est une juge totalement dévouée à son travail, active dans la défense de l'État de Droit et membre du conseil d'administration de l'association de juges *Iustitia*.

Je crois que cet exemple, plus que tout ce que je peux dire ici, reflète l'urgence d'une prise de position ferme, et je tiens à exprimer publiquement ma totale solidarité et mon soutien, ainsi que celui de MEDEL, à Joanna Hetnarowicz-Sikora.

Le combat du juge Juszczyszyn, de la juge Hetnarowicz-Sikora et des courageux magistrats polonais n'est pas seulement celui des citoyens polonais - il est celui de tous les Européens.

2.

Compte tenu du temps qui m'est imparti et des autres intervenants de cette session, j'ai structuré mon intervention autour de trois points essentiels :

- présenter pourquoi l'Union Européenne devrait jouer un rôle de protectrice de l'indépendance des acteurs de la justice – comme indiqué dans le titre de cette session plénière – comment elle le fait et les risques impliqués;
- pourquoi les "vieilles démocraties" ont un rôle essentiel dans ce débat ;
- pourquoi la défense de l'indépendance du parquet est essentielle pour la protection de l'indépendance de la justice.

Quelques mots pour expliquer ces choix.

Vu les orateurs de cette session et le public présent, je pense qu'une approche *générale* sera plus utile que l'analyse détaillée des arrêts de la CJUE (déjà connus de tous) ou des articles des traités sur lesquels ils sont fondés, nous permettant ainsi d'envisager les défis et les dangers auxquels nous pourrions être confrontés dans un avenir proche.

D'autre part, étant en France, je ne pouvais manquer de vous alerter sur le rôle que je crois que les autoproclamées "vieilles démocraties" ont à jouer dans cette affaire.

Enfin, bien que je sois moi-même un juge, MEDEL compte également parmi ses membres des associations de procureurs, et j'ai supposé que les autres intervenants aborderaient la position des juges - il serait donc intéressant pour ceux qui m'écoutent d'avoir également le point de vue du ministère public.

3.

La première question que nous devons nous poser est de savoir si l'Union Européenne doit avoir le rôle de protectrice de l'indépendance des acteurs de la justice.

Cette question reçoit des réponses totalement contradictoires, selon l'interlocuteur : un membre des gouvernements polonais ou hongrois et certaines formations politiques d'autres États membres répondraient immédiatement et platement non, en se basant sur le manque de compétence de l'Union dans le domaine du pouvoir judiciaire ; un magistrat, une association de magistrats ou des ONG du secteur des droits fondamentaux, ainsi que (plus récemment) un membre de la Commission Européenne, seront d'un avis diamétralement opposé.

a.

On peut chercher l'explication pour la situation actuelle dans ce que le professeur italien Luigi Ferrajoli appelle le « paradoxe institutionnel » où se trouve l'Union Européenne : elle aurait la « *nature de fédération au sens juridique mais pas au sens politique* »².

Selon cet auteur, dans la logique du fédéralisme et de la démocratie multiniveaux, les fonctions de gouvernement sont légitimées par la

² *La Costruzione della Democrazia – Teoria del Garantismo Costituzionale*, Editori Laterza, Rome, février 2021, p. 440 [ma traduction de l'italien].

représentation politique et sont d'autant plus légitimes qu'elles sont locales et donc fédérées, alors que les fonctions de garantie sont légitimées par l'égalité dans la garantie des droits fondamentaux et sont donc d'autant plus légitimes qu'elles sont supra-étatiques et donc fédérales.

La construction de l'Union Européenne, cependant, s'est faite de manière exactement inverse : les institutions communautaires se sont vues confier principalement des fonctions de gouvernement, et marginalement des fonctions de garantie des droits fondamentaux. Ces fonctions de garantie, selon Luigi Ferrajoli, « *seraient les seules fonctions capables de garantir l'égalité dans les droits aux citoyens européens et de promouvoir le consensus envers l'Union* ».

L'Union Européenne n'a pas adapté sa structure institutionnelle à son nouveau rôle d'espace d'intégration politique, rôle qui l'obligeait à être le garant de l'égalité des droits des citoyens.

b.

Comme je l'ai dit ailleurs³, le paradoxe institutionnel que je viens de mentionner a donné lieu à une étrange pièce de théâtre, destinée à seulement trois acteurs engagés dans des monologues séparés : la Commission et les États membres exprimant des points de vue différents et le Conseil tient un discours schizophrénique, entendant des voix lui disant d'aller en même temps dans des directions complètement opposées. Comme dans le théâtre classique, parfois le chœur entrait en scène, mais simplement pour commenter l'action – le Parlement Européen se présentait de temps en temps avec un rapport qui serait rapidement négligé par les autres acteurs sur scène.

Le paradoxe qui a conduit à cette particulière mise en scène a laissé la place à deux mouvements d'inclinaisons différentes : l'un centrifuge, mené par les gouvernements populistes⁴ qui ont pris le pouvoir dans des États membres

³ "Rule of law, national judges and the Court of Justice of the European Union: Let's keep it juridical", *European Law Journal*, mai 2021, <https://doi.org/10.1111/eulj.12386>.

⁴ Suivant de près Yann Algan, Elisabeth Beasley, Daniel Cohen et Martial Foucault (*Les Origines du Populisme – Enquête sur un schisme politique et social*, Éditions du Seuil et La République des Idées, août 2019, p. 17), j'utilise ici le terme "populiste" comme englobant tous ceux qui se présentent comme les seuls interprètes d'une uniforme et supposée "volonté du peuple", et qui

comme la Hongrie et la Pologne ; l'autre centripète, mené par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

La tension entre ces deux mouvements et la force relative de chacun d'eux détermineront en grande partie l'avenir de l'Union.

Le rôle primordial de la CJUE dans l'approfondissement de l'intégration européenne est bien connu, tout d'abord en affirmant l'autonomie de l'ordre juridique européen par rapport aux systèmes juridiques nationaux, essentiellement avec le développement des concepts d'effet direct (*Van Gend en Loos*⁵) et de primauté du droit de l'Union (*Costa c. ENEL*⁶). L'existence d'un tel organe judiciaire indépendant ayant compétence exclusive pour interpréter le droit de l'Union a permis non seulement de développer et d'appliquer des principes juridiques dans des domaines où la volonté politique était incapable de résoudre les impasses qui mettaient en péril le projet européen, mais aussi d'indiquer au pouvoir politique des voies qui devraient être suivies dans ce processus de construction européen.

Cette voie n'a pas été empruntée par la CJUE en solitaire, et certainement pas "contre" les juridictions nationales, notamment les tribunaux des États membres. Un processus de construction unique comme le processus européen doit naturellement passer par la communication entre les institutions, qu'il s'agisse d'un "dialogue institutionnel" (au sens formel du terme) ou d'un dialogue par le biais de décisions prises au fil du temps et qui finissent par s'influencer mutuellement.

C'est toutefois dans l'importance de ce dialogue entre les juridictions que réside le problème.

La manipulation du pouvoir judiciaire est l'un des instruments essentiels dans la stratégie de prise de pouvoir de la part des populistes, qui utilisent les

serait nécessairement anti-système et contraire aux "élites". Ce "populisme" peut se situer à la fois à gauche et à droite, même si les valeurs et les présupposés sur lesquels il se fonde dans chaque de ces camps sont apparemment en conflit.

⁵Arrêt du 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*. Affaire 26-62, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1.

⁶Arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*. Affaire 6-64, ECLI: ECLI:EU:C:1964:66.

instruments mêmes de la démocratie pour la mener sur la voie de l'autoritarisme⁷. Le populisme coexiste mal avec un pouvoir tel que le pouvoir judiciaire, fondé sur l'examen minutieux des preuves et un discours argumentatif basé sur des critères juridiques et sur la pondération des arguments de toutes les parties.

L'ensemble du système judiciaire européen repose sur une notion simple : la confiance mutuelle. Le juge portugais, français, letton ou allemand n'est pas obligé de connaître le droit polonais, mais il doit avoir la certitude que le juge polonais qui lui demande de coopérer ou qui rend la décision qu'on lui demande d'exécuter bénéficie des mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité et prend ses décisions selon des procédures justes et équitables qui respectent les principes internationalement reconnus.

Dès qu'un système judiciaire se place expressément en dehors des règles fondamentales du droit de l'Union, cette confiance mutuelle est irrémédiablement rompue. Comment pouvons-nous continuer à faire confiance à un système judiciaire qui n'accepte pas les postulats de base sur lesquels l'ensemble du système commun a été construit ?

D'autre part, comment la CJUE peut-elle continuer à jouer son rôle fondamental si les juges nationaux ne sont plus indépendants et si le dialogue avec la cour de Luxembourg est entravé ?

C'est précisément ce que la CJUE a déclaré dans la décision séminale *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* du 27 février 2018⁸ - les États membres étant libres de conformer leurs systèmes judiciaires nationaux, lorsqu'ils le font, ils ne peuvent pas violer les principes fondateurs de l'Union, parmi lesquels celui du respect de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Il ne s'agit pas d'une question de compétences de l'Union, mais tout simplement du respect pour les principes fondamentaux du droit de l'Union.

⁷Steven Levitsky, Daniel Ziblatt, *How Democracies Die* (New York: Crown Publishing Group, janvier 2018), p. 7-8.

⁸ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 27 février 2018: *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*. Affaire C-64/16: ECLI:EU:C:2018:117.

Et ici on arrive à la réponse sans équivoque à la première question à laquelle j'ai dit plus haut que je tenterais de répondre : oui, l'Union Européenne doit assumer le rôle de protectrice des acteurs de la justice. J'irais même plus loin : elle doit forcément le faire, sinon les fondements sur lesquels elle a été construite seront mis en danger.

Mais une fois cette réponse obtenue, il faut aller un peu plus loin et réfléchir aux acteurs qui devraient jouer le rôle principal.

c.

Comme nous l'avons vu, le rôle principal a été joué jusqu'à présent par la CJUE qui, par ses arrêts, a densifié les principes fondamentaux de l'indépendance judiciaire au niveau de l'UE.

Si cet activisme de la Cour est normal et n'est pas sans précédent dans l'histoire de l'Union, le fait est que s'il n'est pas accompagné d'une action accrue au niveau des institutions politiques, il peut conduire à un résultat terrible.

Les populistes prospèrent sur la délégitimation du système judiciaire. C'est là que réside ce que j'ai appelé « le piège populiste tendu au pouvoir judiciaire »⁹: les populistes encouragent la colère et la polarisation de la société ; cela entraîne une méfiance à l'égard des institutions et l'absence de dialogue politique, qui à son tour donne lieu à la judiciarisation de la politique ; la perception par le public de l'indépendance du pouvoir judiciaire est donc affectée, ce qui permet aux populistes de l'accuser d'appartenir au système corrompu qu'ils sont les seuls à pouvoir changer.

Les décideurs politiques doivent prendre en main de manière décisive le problème de la détérioration de l'État de droit dans les États membres.

Nous ne pouvons plus déléguer à la CJUE la tâche de défendre seule l'indépendance du pouvoir judiciaire, sinon nous risquons de soumettre la Cour au piège populiste. Des actions telles que la tentative du Conseil de forcer la Commission à renvoyer l'application du règlement sur l'État de Droit jusqu'à ce

⁹ "Rule of law, national judges,...", *cit.*.

qu'une décision soit prise par la CJUE ne font qu'aider les populistes à présenter la CJUE comme une autre "pièce du système" à combattre, la faisant ainsi quitter la sphère purement juridique qui est la sienne pour entrer dans la sphère politique, où elle ne peut et ne doit absolument pas entrer.

En bref : si les acteurs politiques n'agissent pas et s'ils n'agissent pas rapidement, nous risquons de perdre bien plus que l'indépendance du pouvoir judiciaire dans l'un ou l'autre État membre. Ce que nous risquons, c'est de perdre l'autorité de la CJUE et cela aura des effets dévastateurs pour l'ensemble de l'édifice de l'Union.

4.

Deux brèves réflexions pour conclure ce discours, qui est déjà trop long.

La première pour souligner que la crise de l'État de Droit que l'Union Européenne vit n'est pas – et ne peut pas être vue comme – un conflit est/ouest ou nouvelles/vieilles démocraties. Cette idée et ce discours ne font que nourrir le discours des gouvernements populistes et créer le sentiment d'«attaque extérieure » qu'ils démagogiquement exploitent.

Et il n'y a d'autre façon de contrarier ce discours que par le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'État de Droit dans les États qui justement critiquent ceux qui veulent le détruire.

Ce renforcement de l'indépendance passe certes par des aspects institutionnels, tels que l'indépendance du Parquet (si nécessaire en France ou en Allemagne), la structure et composition des conseils supérieurs (comme l'incompréhensible situation en Espagne le démontre) ou la protection contre les risques du corporatisme (si actuelle in Italie).

Mais elle passe aussi par une vraie politique de justice qui donne au pouvoir judiciaire les moyens dont il a besoin pour rendre son service public essentiel – celui de protéger les droits fondamentaux des citoyens.

La tribune signée par plus de 3000 magistrats et greffiers ici en France en Novembre dernier, soutenue par le Barreau de Paris, est un cri d'alerte qui ne

peut pas être ignoré par les autorités politiques. Comme Alexander Hamilton avertissait il y plus de 200 ans, le judiciaire dépend des autres pouvoirs pour exercer sa fonction et ces autres pouvoirs – notamment l'exécutif – ont le devoir constitutionnel d'assurer que juges, procureurs, avocats et greffiers ont les moyens adéquats pour accomplir leur mandat.

L'indépendance du pouvoir judiciaire est aussi mise en cause par le manque de moyens, ne l'oublions jamais.

5.

Mon dernier mot est aussi lié aux réformes que tous les États doivent mener à fin de garantir une réelle indépendance du pouvoir judiciaire.

Si l'indépendance des juges est unanimement affirmée par tous (même par ceux qui l'attaquent), ce n'est pas le cas en ce qui concerne le ministère public.

Cependant, j'ose dire que l'indépendance du parquet est aujourd'hui un des plus importants champs de bataille dans cette lutte pour le respect pour l'État de Droit, comme MEDEL l'affirme il y a beaucoup d'années.

Pour illustrer ce que je viens de dire, une rapide analyse de la situation en Pologne est suffisante¹⁰.

Une des premières « réformes » introduites par le gouvernement du Parti

¹⁰ Cette analyse est basée en quatre rapports où ultérieure et plus détaillé information peut être trouvée :

- "The Stick Method", Lex Super Omnia (Prosecutors Association) - <https://lexso.org.pl/2021/07/21/the-stick-method-the-good-change-system-of-persecuting-independent-prosecutors/> ;
- "So called "Good change" in the Polish system of the administration of justice", Dariusz Mazur / Waldemar Żurek - https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Sanders/Dokumente/Good_change_-_7_October_2017_-_word.pdf ;
- "Internal Affairs Department of the State Prosecution Service as a politicized tool of oppression of judges in Poland", Themis Association of Judges, 15 octobre 2021 - <http://themis-sedziowie.eu/materials-in-english/in-depth-report-internal-affairs-department-of-the-state-prosecution-service-as-a-politicized-tool-of-oppression-of-polish-judges-and-prosecutors-prepared-by-dariusz-mazur-press-o/>;
- "Polish Public Prosecutor's Office: Selected Cases of Malicious Prosecution and Dereliction of Duties", Martin Mycielski, Bartosz Kramek, Massimo Gordini, Katarzyna Szczypka, 13 Janvier 2022 - <https://en.odfoundation.eu/a/190999-polish-public-prosecutors-office-selected-cases-of-malicious-prosecution-and-dereliction-of-duties/> .

Loi et Justice a été de fusionner les postes de Ministre de Justice et de Procureur-Général, pour aboutir à une situation similaire à ce qui existe en France.

Après ça, les changements continus apportés au système de justice pénale (code pénal, code de procédure pénale, loi sur le parquet) ont élargi les pouvoirs du ministère public, amplifiant l'"inégalité des armes" entre les parties à la procédure pénale et la répression générale du système.

L'un des principaux organes chargés des procédures contre les juges polonais est le « Département des Affaires Internes » du Ministère Public (créé pour *"mener et superviser les procédures préparatoires dans les cas de crimes intentionnels poursuivis par un acte d'accusation public, commis par des juges, des procureurs, des juges stagiaires ou des procureurs stagiaires"*).

Ce département se situe au sommet de la structure organisationnelle du ministère public - le ministre de la justice/procureur général n'est pas seulement son supérieur direct et son superviseur, mais il influence aussi directement ses opérations.

Le Ministre/Procureur-Général :

- a le pouvoir de demander des procédures opérationnelles et d'instruction qui sont directement liées aux enquêtes en cours;
- a accès aux preuves obtenues au cours de ces procédures ;
- a le droit d'émettre des ordonnances, y compris celles se référant à des étapes procédurales spécifiques dans chaque cas ;
- a le droit de révoquer ou de modifier une décision d'un procureur subordonné, ainsi que le droit de reprendre des affaires des procureurs subordonnés de tout niveau.

Non seulement le Département des Affaires Internes est directement subordonné au ministre de la justice/procureur général, qui a le droit de donner des ordres contraignants aux procureurs de ce département, mais les procureurs employés dans cet organe sont également dans une position extrêmement faible: selon les informations parues dans les médias, les procureurs qui travaillent dans ce département ne sont pas employés à titre permanent, mais sont délégués

temporairement par des unités de niveau inférieur, et peuvent donc être licenciés par le ministre de la justice/procureur général à tout moment.

Les conséquences de ce manque d'indépendance ne se font sentir seulement à l'intérieur du pouvoir judiciaire : on voit la croissance de cas d'enquêtes à motivation politique menées contre des personnes considérées comme des opposants au gouvernement. On assiste, donc, à un niveau sans précédent de politisation du ministère public qui a été transformé en outil servant les intérêts politiques et personnels du camp au pouvoir et de ses membres.

La nature hiérarchique du parquet ne peut servir comme justification pour mettre en danger son indépendance,

Comme MEDEL l'a affirmé soit dans la Déclaration de Naples¹¹, soit dans la conférence internationale « Le ministère public et l'État de Droit en Europe », organisée en Septembre 2020 à Florence¹², il est essentiel de garantir l'indépendance du parquet, en le mettant à l'abri de toute ingérence du pouvoir politique et en l'empêchant ainsi de devenir le bras armé de l'exécutif contre l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Merci beaucoup de votre attention.

¹¹ <http://medelnet.eu/images/stories/docs/naples%20eng%20rev.pdf>.

¹² Vidéos et tous les discours disponibles sur <https://medelnet.eu/index.php/activities/medel-conferences/746-conference-public-prosecution-and-rule-of-law-in-europe>. Une édition spéciale de *Questione Giustizia* avec les discours est aussi disponible sur <https://www.questionegiustizia.it/rivista/pubblico-ministero-e-stato-di-diritto-in-europa>.