

# Pouvoir politique et audace des juges

Geoffrey GRANDJEAN

Chargé de cours à l'Université de Liège

Sans sortir de leur rôle constitutionnel, les juges sont des acteurs politiques aussi importants que les représentants politiques. Désormais, les acteurs sociaux se tournent plus facilement vers les juges en reformulant leurs réclamations et leurs revendications dans la perspective d'une protection de leurs droits et libertés.

Ainsi, le 2 mai 2007, deux conseillers de la Cour de cassation de la République française jugent que la caricature du Christ en gloire, nu, doté d'un préservatif ne constitue pas un délit d'injure. Si ce dessin a pu heurter la sensibilité de certains catholiques, son contenu, nous disent les juges, fait échos à un débat entre cardinaux sur la nécessité de se protéger du SIDA<sup>(1)</sup>.

Le 31 mai 2016, les conseillers d'État français décident d'enjoindre aux hôpitaux de Paris de prendre toutes les mesures afin de permettre l'exportation de spermatozoïdes de Monsieur B, décédé, vers l'Espagne, pour permettre à Madame C., la veuve, de bénéficier d'une procréation médicalement assistée. La législation française n'autorise pourtant pas une telle exportation<sup>(2)</sup>.

Ce n'est pas la première fois – les exemples pourraient être multipliés – que des juges sont audacieux et (au sens premier du terme) osent, dans le cadre de leur fonction, se prononcer sur les limitations apportées aux libertés qui fondent un système politique, sur les valeurs morales qui seraient au cœur d'une société ou encore sur la pérennité des mécanismes d'un régime politique.

Dans l'équilibre des pouvoirs, les juges ne semblent plus, à l'instar de ce qu'affirmait pourtant Montesquieu, renvoyer à des «êtres inanimés qui ne peuvent modérer ni la force, ni la rigueur de la loi»<sup>(3)</sup>. C'est un lieu commun

---

<sup>(1)</sup> Cour de cassation de la République française, *Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) c. Arrêt de la Cour d'appel de Paris (11<sup>e</sup> Chambre)*, arrêt n° 06-84.710, 2 mai 2007.

<sup>(2)</sup> Conseil d'État français, *D.C.A. c. Assistance publique – Hôpitaux de Paris et Agence de la biomédecine*, décision 396848, 31 mai 2016.

<sup>(3)</sup> *Œuvres complètes de Montesquieu, avec des notes de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, Servan, La Harpe, etc. etc.*, Paris, Firmin Didot Frères, 1838, p. 268.

que de le constater. Encore faut-il expliquer les modalités de redistribution des rapports entre les trois pouvoirs, à la faveur des juges.

Pour ce faire, il convient d'abord de préciser les trois caractéristiques cumulatives que possèdent les détenteurs du pouvoir politique, dont les juges, dans le cadre de leur fonction respective. Premièrement, ils sont les seuls à pouvoir faire usage de la contrainte, en recourant si besoin est à la sanction. Deuxièmement, ils sont les seuls à posséder la légitimité qui suscite à la fois l'obéissance et l'adhésion volontaire des membres d'une société<sup>(4)</sup>. De ces deux caractéristiques, il en découle, troisièmement, qu'ils sont les seuls à pouvoir prendre des décisions ayant une portée collective qui s'appliquent à l'ensemble des membres d'une société<sup>(5)</sup>.

Dans de nombreuses démocraties représentatives, l'exercice du pouvoir politique est envisagé historiquement au travers d'une séparation équilibrée des trois pouvoirs qui se contrôlent mutuellement. Le pouvoir législatif est mis sur un piédestal. Et pour cause, la clé de voûte de nos démocraties est la légitimité électorale que ne possède pas les membres du pouvoir judiciaire.

Pourtant, notre démocratie représentative vit désormais aux rythmes des décisions judiciaires ; à tel point que, depuis 2006, suite à deux arrêts de la Cour de cassation belge, le principe de séparation des pouvoirs n'interdit plus la mise en cause de la responsabilité de l'État du fait de la faute commise par le Parlement<sup>(6)</sup>.

Comment les juges pèsent-ils dès lors tant dans l'exercice du pouvoir politique ? Avant de répondre à cette question, deux remarques liminaires doivent être formulées.

D'une part, la détention par les juges d'une parcelle importante du pouvoir politique repose sur une série de règles juridiques, notamment constitutives. Si les juges sont devenus des « hommes libres »<sup>(7)</sup>, cela ne signifie pas qu'ils se sont autonomisés par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif. Ces deux pouvoirs sont encore bel et bien présents et fondent l'action des juges.

D'autre part, les juges sont tenus par les actes de procédure qui leur sont adressés. Ils ne peuvent donc pas traiter des cas qu'ils souhaitent, à la différence des représentants politiques qui jouissent d'une pleine latitude pour mettre à l'agenda politique n'importe quel problème de société.

Il convient maintenant d'identifier les trois dimensions à travers lesquelles les juges, dans le cadre de leur fonction, pèsent tant dans l'exercice du pou-

(4) P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique. Tome 1. La science politique, science sociale. L'ordre politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, p. 382.

(5) J.-Y. DORMAGEN et D. MOUCHARD, *Introduction à la sociologie politique*, Bruxelles, De Boeck, coll. Ouvertures politiques, 2010, 3<sup>e</sup> éd., p. 24.

(6) Cass., 1<sup>er</sup> juin 2006, R.G. n° C.05.0494.N et Cass., 28 septembre 2006, R.G. n° C.02.0570.F.

(7) P. MARTENS, « Réflexions sur le nouvel art de juger », *J.L.M.B.*, 2012, n° 12, p. 576.

voir politique. Ces dimensions sont autant de déclinaisons des usages de la contrainte, première caractéristique que possèdent les détenteurs du pouvoir politique.

## I. LES JUGES ET LA PRODUCTION DE NORMES

La première dimension consiste pour les juges à participer directement à la définition du contenu et à la fabrique des normes juridiques et donc à la mise en œuvre des politiques publiques. Il ne s'agit pas d'assimiler un jugement à une norme, entendue comme un acte juridique général et abstrait. Un jugement est nécessairement individuel et concret. Toutefois, par un effet d'entraînement, les décisions de certains juges finissent bel et bien par être une source de droit positif. À cet égard, Maître Jacques des Cressonnières insistait déjà, en 1904, sur les conséquences étendues de la jurisprudence, en précisant qu'« un jugement ou un arrêt sont, par essence, des œuvres scientifiques dont l'intérêt dépasse considérablement les proportions des prétentions en conflit »<sup>(8)</sup>.

Un exemple belge peut être pris pour illustrer ce cas de figure : la nomination des bourgmestres dans les communes à facilités. Suite à la sixième réforme de l'État, le législateur spécial et le constituant n'ont pas réussi à adopter une nouvelle règle de fond pour sortir des difficultés d'interprétation récurrentes. Ils ont seulement modifié les règles de compétence et de procédure pour que l'Assemblée générale de la Section du contentieux administratif du Conseil d'État tranche définitivement ce conflit.

Depuis lors, une solution a été trouvée dans deux arrêts rendus le 20 juin 2014 suite au refus de nomination de deux bourgmestres présentés par leur Conseil communal : Véronique Caprasse (commune de Kraainem) et Damien Thiéry (commune de Linkebeek). Ne voulant ou n'ayant pas respecté l'interprétation donnée par les autorités flamandes de la législation sur l'emploi des langues lors de l'envoi des convocations électorales, les deux élus ne disposeraient pas, selon le ministre de tutelle, ni des qualités, ni de l'autorité morales requises pour agir en tant que représentants et personnes de confiance des gouvernements, notamment dans l'application des lois, décrets et règlements.

Dans ces arrêts, les juges administratifs ont finalement comblé le vide laissé par le législateur spécial et le constituant et ont endossé une fonction normative. Ils ont énoncé les droits des particuliers que doivent respecter les bourgmestres des communes à facilités. Ainsi, celui qui souhaite être servi en français par l'administration communale doit exprimer son souhait au moyen d'une lettre adressée à l'administration. Ce choix vaut alors pour une période raisonnable, à savoir, quatre ans, et est renouvelable. En outre, le particulier

<sup>(8)</sup> J. DES CRESSONNIÈRES, «La Belgique et le Droit», in *Entretiens sur La Belgique Contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 1904, p. 147.

peut, lors d'un contact verbal ponctuel ou concernant un document déterminé, toujours solliciter l'usage du français<sup>(9)</sup>.

Au final, une décision jurisprudentielle permet de résoudre ce long conflit communautaire de l'histoire politique belge. Cela mérite d'être souligné. En effet, en 2003, nombreux avaient été les représentants politiques à s'interroger sur l'arrêt des juges constitutionnels belges qui prenait position sur l'arrondissement électoral de Bruxelles-Hal-Vilvoorde<sup>(10)</sup>.

En 2014, il semble désormais acquis que les pouvoirs législatif et exécutif laissent aux juges le soin de façonner le droit positif, dans ce cas-ci, en matière de nomination des bourgmestres dans les communes à facilités.

## 2. LES JUGES ET L'ARBITRAGE DES VALEURS MORALES

La deuxième dimension consiste pour les juges à effectuer un arbitrage entre plusieurs valeurs morales. Ils sont ainsi amenés à énoncer certaines conceptions implicites ou explicites de ce qui est souhaitable, de ce qui doit être et mérite d'être poursuivi dans une société<sup>(11)</sup>. Les juges sont des arbitres des mœurs, voire de la moralité publique<sup>(12)</sup>.

Les juges européens indiquent, à cet égard, régulièrement aux États et aux citoyens européens ce qui mérite d'être poursuivi et ce qui doit être, en statuant notamment sur des libertés fondamentales. Un exemple illustre ce cas de figure. Le 2 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur les normes minimales relatives aux conditions pour obtenir l'asile dans un pays de l'Union européenne.

Les faits sont assez simples. A, B et C, ressortissants de pays tiers, ont chacun introduit une demande d'asile aux Pays-Bas. Ils font valoir qu'ils craignent d'être persécutés dans leur pays d'origine en raison de leur homosexualité. Après plusieurs refus des autorités administratives, l'affaire remonte jusqu'au Conseil d'État néerlandais qui décide de surseoir à statuer et de poser à la Cour une question préjudicielle. Jusqu'où peuvent aller les autorités administratives pour évaluer l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile ?

<sup>(9)</sup> C.E., *Caprasse c. Région flamande*, arrêt n° 227.775, 20 juin 2014 et C.E., *Thiéry c. Région flamande*, arrêt n° 227.776, 20 juin 2014. Voy. également M. PÂQUES, « L'action politique du juge. En particulier celle du juge de l'administration », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 143.

<sup>(10)</sup> C.C., arrêt 73/2003, 26 mai 2003.

<sup>(11)</sup> L. VOYÉ, K. DOBBELAERE, K. ABTS et J. KERKHOFS, « Introduction », in L. VOYÉ, K. DOBBELAERE et K. ABTS (éds), *Autres temps, autres mœurs. Travail, famille, éthique, religion et politique : la vision des Belges*, Bruxelles, Racine Campus, 2012, p. 11.

<sup>(12)</sup> A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, p. 16.

Les juges européens sont en fait appelés à fixer les limites de l'action des autorités administratives et apportent une réponse pragmatique au Conseil d'État néerlandais. En effet, lorsqu'une autorité administrative évalue la demande d'un demandeur d'asile qui craint d'être persécuté en raison de son orientation sexuelle, plusieurs actes durant la procédure sont interdits.

Premièrement, les autorités administratives ne peuvent pas mener des interrogatoires fondés sur des notions stéréotypées concernant les homosexuels. Deuxièmement, elles ne peuvent pas mener des interrogatoires détaillés sur les pratiques sexuelles d'un demandeur d'asile. Troisièmement, elles ne peuvent pas accepter comme élément de preuve, des « tests » en vue d'établir son homosexualité. Quatrièmement, elles ne peuvent pas accepter comme élément de preuve, la production par le demandeur d'asile d'enregistrements vidéo d'actes sexuels, voire l'accomplissement par ce demandeur d'actes homosexuels<sup>(13)</sup>.

En prenant une telle décision, qui appellera indéniablement d'autres décisions, les juges européens ont été les gardiens d'une certaine moralité publique, en statuant sur nos libertés fondamentales et en cadrant précisément la marge de manœuvre des autorités administratives.

### 3. LES JUGES ET LA STABILISATION D'UN SYSTÈME POLITIQUE

La troisième dimension consiste pour les juges à protéger les règles qui structurent le régime politique<sup>(14)</sup>. Ils travaillent ainsi à la stabilité et à la continuité d'un système politique.

Un vieil exemple, pourtant classique, issu d'un État ayant une tradition de *common law* permet d'illustrer ce cas de figure. Le 20 août 1998, la Cour suprême du Canada doit répondre à une question qui lui est adressée par le Gouvernement fédéral de Jean Chrétien suite au référendum organisé par le Québec, le 30 octobre 1995. La question est la suivante : les autorités québécoises peuvent-elles, en vertu de la Constitution du Canada et du droit international, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ?

Pour y répondre, les juges mobilisent quatre « principes constitutionnels directeurs fondamentaux » du système canadien : 1) le fédéralisme, 2) la démocratie, 3) le constitutionnalisme et la primauté du droit et 4) la protection des minorités. Les juges sont assez clairs quant à la portée de ces principes ; ils font échos au « désir de continuité et de stabilité » du régime politique canadien.

<sup>(13)</sup> C.J.U.E., *A, B, C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. jtes C-148/13 à C-150/13, 2 décembre 2014.

<sup>(14)</sup> David Easton définit le régime politique comme l'ensemble de contraintes formelles qui sont généralement acceptées, à travers une indifférence passive ou un consensus positif, par les dirigeants et les dirigés et qui fournit des indications larges sur ce qui est permis ou non de faire au sein du système. D. EASTON, *A Systems Analysis of Political Life*, New York, John Wiley & Sons, 1965, p. 192.

À partir de ces principes, les juges estiment qu'une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession est de nature à compromettre les liens d'interdépendance entre Canadiens. Si une sécession unilatérale n'est pas possible en vertu de la Constitution, les juges reconnaissent pourtant que l'ordre constitutionnel canadien existant ne peut pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada.

Pour apporter une réponse qui donne des motifs de satisfaction aux deux parties – le Gouvernement fédéral et les autorités québécoises –, les juges énoncent une obligation de négocier qui se fera conformément aux quatre principes directeurs. Ils n'écartent toutefois pas la possibilité que ces négociations puissent mener à une « impasse »<sup>(15)</sup>.

Au final, les juges de la Cour suprême du Canada travaillent, à partir d'une question du pouvoir exécutif, à la stabilisation du système constitutionnel.

\* \* \*

À travers ces trois dimensions, qui sont autant de déclinaisons des usages de la contrainte (la production des normes, l'arbitrage des valeurs morales et la stabilisation d'un système politique), les juges pèsent indéniablement dans l'exercice du pouvoir politique, en raison soit de la place que leur ont laissée les représentants politiques; soit de la place qu'ils ont décidé d'occuper.

Mais ont-ils pour autant la légitimité pour ce faire? Suscitent-ils l'obéissance à la fois sur la base de l'obligation et sur celle de l'adhésion volontaire? Il convient dès lors de se tourner vers la deuxième caractéristique que possèdent les détenteurs du pouvoir politique.

La légitimité renvoie à la reconnaissance accordée à celui qui exerce un certain pouvoir. C'est l'acceptabilité sociale fondée sur des croyances partagées<sup>(16)</sup>.

Un argument majeur peut être mobilisé pour répondre à cette interrogation. La spécificité du processus juridictionnel est de mobiliser des ressources sociales (le droit positif) à partir de requêtes individuelles. Dans cette perspective, les juges peuvent détenir une parcelle du pouvoir politique précisément parce qu'ils ne travaillent pas à partir de catégories générales, mais de demandes particulières.

Le poids des juges dans l'exercice du pouvoir politique, voit ainsi, par l'organisation des voies de recours juridictionnelles, l'association réelle des citoyens à l'exercice de ce pouvoir<sup>(17)</sup>.

<sup>(15)</sup> Cour suprême du Canada, Renvoi relatif à la sécession du Québec, affaire n° 25506, 20 août 1998.

<sup>(16)</sup> P. BRAUD, *Sociologie politique*, 2008, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. Manuel, p. 788.

<sup>(17)</sup> J. WILDEMEERSCH, « Bref propos conclusif sur les fonctions politiques des juges. Le juge et le citoyen: qui se trouve de l'autre côté du miroir? », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les*

Sans le droit pour l'Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne de citer le directeur du journal *Libération* en raison de la publication d'un dessin de Willem, représentant le Christ en gloire, nu, portant un préservatif, les conseillers de la Cour de cassation française n'auraient jamais été amenés à se prononcer, en mai 2007.

Par leurs jugements et leurs audaces, et en admettant, *a fortiori* la recevabilité des actions des citoyens, les juges contribuent dès lors à la mise en place progressive d'une culture du droit dans laquelle les citoyens se pensent de plus en plus comme sujets de droit. La positivité de la loi se voit alors progressivement substituer par le critère de justiciabilité<sup>(18)</sup>. Ce critère fonde la légitimité de l'action des juges.

\* \* \*

Cette légitimité mérite toutefois d'être cultivée avec prudence. C'est en effet par l'acceptabilité sociale de leurs audaces que les juges conserveront voire développeront leur légitimité. Si les juges mobilisent des ressources sociales à partir de requêtes individuelles, ils doivent être vigilants à ne pas rechercher l'unique défense des droits subjectifs (par essence, individuels). Le pouvoir politique ne peut qu'être exercé dans l'intérêt général. On peut alors mentionner la troisième caractéristique que possèdent les détenteurs du pouvoir politique.

Décider dans l'intérêt général nécessite de dépasser les intérêts particuliers et d'adopter une approche collective. La seule défense des droits individuels ne permet pas d'organiser la vie sociale. L'audace des juges doit sans cesse subir l'épreuve du collectif; car le maintien d'une société n'est envisageable qu'en contrariant les forces de dissociation que suscitent l'égoïsme et l'aveuglement de ses membres<sup>(19)</sup>.

---

*juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 356-357.

<sup>(18)</sup> Sur ce point voy. également A. GARAPON, « La question du juge », *op. cit.*, p. 16.

<sup>(19)</sup> Sur cette question, voy. notamment G. BURDEAU, *Traité de Science Politique. Tome premier. Le pouvoir politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 119 et G. HANUS, *L'épreuve du collectif*, Lagrasse, Verdier, 2016, 89 p.