

**Taxonomie des critères d'acceptabilité sociale des fonctions
juridictionnelles**

Par Pr. Dr Geoffrey GRANDJEAN

15^{ème} Congrès de l'Association Française de Science Politique (AFSP) et 8^{ème}
Congrès du réseau des Associations francophones de science politique
(CoSPoF)

ST 55 | Pouvoir politique et contraintes juridictionnelles – Analyses
contemporaines

Bordeaux | 2-4 juillet 2019

Le 12 décembre 2018, les Conseillers de la Cour de cassation de la République française annulent partiellement la condamnation de Cédric HERROU, reconnu coupable pour aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers de migrants, courant octobre 2016¹. Monsieur HERROU s'est ainsi rendu très régulièrement à Vintimille pour prendre en charge des migrants et a ainsi convoyé d'Italie en France environ deux cents personnes. Il a également conduit ces personnes à son domicile pour leur procurer un hébergement décent et il a occupé un bâtiment de la SNCF parce qu'il manquait de place chez lui. Il a agi dans un but exclusivement humanitaire.

Avant de rendre leur jugement, les Conseillers de la Cour de cassation adressent une question prioritaire de constitutionnalité aux juges constitutionnels français. Cette question vise à savoir si les articles de la législation réprimant l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers ne méconnaissent pas le principe de fraternité.

Les juges répondent en deux temps². D'une part, ils constatent, à partir de la devise de la République et du préambule de la Constitution, que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle. Selon eux, « il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». Mais les juges mentionnent toutefois une limite à cette reconnaissance car ce principe n'assure pas aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national.

D'autre part, les juges constitutionnels constatent que l'immunité pénale offerte à toute personne physique ou morale qui aurait apporté une aide, uniquement au séjour irrégulier, en vue de préserver la dignité ou l'intégrité physique des migrants, et ce sans contrepartie, est trop restrictive. Les juges concluent dès lors que la loi est contraire à la Constitution.

Le 10 septembre 2018, le législateur français modifie la loi et élargit le champ d'application de l'immunité pénale³.

Le 12 décembre 2018, les Conseillers de la Cour de cassation peuvent alors rendre leur arrêt. Ils annulent le jugement de Cédric HERROU car les nouvelles dispositions législatives font bien obstacles à des poursuites pénales dans le cas où l'aide à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger n'a donné lieu, de la part d'une personne physique ou morale, à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir une aide quelconque dans un but exclusivement humanitaire. Par contre, la condamnation de Cédric HERROU pour l'occupation des bâtiments de la SNCF est bien confirmée.

Cette valse en trois temps est intéressante d'un double point de vue. D'un côté, constatons que le législateur a vu son action encadrée par deux décisions juridictionnelles. Dans cette perspective, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a permis aux juges constitutionnels français de se transformer en

¹ COUR DE CASSATION DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, Chambre criminelle, arrêt n° 2923, 12 décembre 2018.

² CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018.

³ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (*Journal officiel de la République française* du 11 septembre 2018).

« législateur secondaire »⁴. D'un autre côté, constatons que cette reconnaissance du principe de fraternité « traduit le fait que la Constitution, outre sa dimension institutionnelle, ne se borne pas à reconnaître des droits, elle affirme des valeurs »⁵. Je reviendrai sur ces deux points à la fin de mon exposé.

Cette séquence juridictionnelle permet d'interroger les critères d'acceptabilité sociale des fonctions des juges.

Dans le cadre de cette communication, il ne s'agit aucunement de dénoncer un « gouvernement des juges »⁶.

Depuis Montesquieu la puissance de juger est reconnue, à côté des puissances législative et exécutive. Pour MONTESQUIEU, en effet, les juges « ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »⁷. Une première conclusion peut donc déjà être tirée de cette citation : les juges sont bel et bien un pouvoir comme le sont les pouvoirs législatif et exécutif. L'indépendance et l'impartialité de la justice peuvent donc bien être combinées avec l'exercice d'un certain pouvoir. Mais lequel ?

Tel est le propos de cette communication que nous déclinons en trois temps. Premièrement, nous définissons le pouvoir politique des juges et nous expliquons l'audace de l'exercice de ce pouvoir. Deuxièmement, nous détaillons les trois déclinaisons – trois fonctions – du pouvoir politique des juges. Pour ce faire, nous voyageons dans différents systèmes politiques. Troisièmement, nous ne pouvons pas éluder la question majeure qui se pose en termes d'exercice du pouvoir politique ; à savoir la légitimité des juges à exercer ces fonctions. Nous proposons donc une réflexion sur l'acceptabilité sociale des audaces des juges permettant ainsi d'établir une Taxonomie des critères d'acceptabilité sociale des fonctions juridictionnelles.

Trois remarques liminaires s'imposent avant d'entrer dans le vif du sujet. *Primo*, nous focalisons notre attention sur les Cours dites « suprêmes », c'est-à-dire les juridictions qui ont le pouvoir du dernier mot juridictionnel. Ces Cours se trouvent au sommet de leur ordre juridictionnel respectif et, pour certaines d'entre elles, ont le pouvoir de confirmer ou non les décisions des juges du fond. *Secundo*, mon choix s'est davantage porté sur les fonctions des personnes plutôt que sur celles des institutions, en l'occurrence les institutions juridictionnelles. Loin de nier les apports des approches institutionnalistes⁸, nous souhaitons nous détacher du concept d'institutions parce qu'elle gomme les individualités alors que ces dernières méritent

⁴ M. BERTRAND, « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », *Constitutions*, 2018, n° 3, p. 394 (pp. 389-394).

⁵ *Ibid.*, p. 389.

⁶ Rappelons que le concept de « gouvernement des juges » est présent dans la littérature juridique dès 1911, avec l'article du juriste américain Louis BOUDIN. L. B. BOUDIN, « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, 1911, vol. 26, n° 2, pp. 238-270.

⁷ C. L. DE SECONDAT, baron DE LA BREDE ET DE MONTESQUIEU, *Œuvres complètes, avec des notes de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, Servan, La Harpe, etc. etc.*, Paris, Firmin Didot Frères, 1838, p. 268.

⁸ En science politique, de nombreuses études se sont inscrites dans la filiation du nouvel institutionnalisme qui donne aux institutions un rôle déterminant dans le processus décisionnel et dans l'explication des phénomènes sociaux ; institutions entendues au sens large et comprenant un large éventail de procédures formelles et informelles, de pratiques, de relations, d'habitudes et de normes. Voy. J. G. MARCH et J. P. OLSEN, « The New Institutionalism : Organizational Factors in Political Life », *American Political Science Review*, 1984, vol. 78, n° 3, pp. 734-749 et J. G. MARCH et J. P. OLSEN, *Rediscovering Institutions*, New York, Free Press, 1989, 227 p. Parmi les travaux réalisés dans la continuité du nouvel institutionnalisme, on peut noter les approches historiques, sociologiques, par les choix rationnels ou encore discursives.

bel et bien d'être prises en compte lorsqu'on s'intéresse aux fonctions politiques des juges. La sociologie Dominique SCHNAPPER interroge d'ailleurs la fiction juridique qui consiste à parler en termes d'institution :

La doctrine et les conseillers eux-mêmes invoquent les décisions « du Conseil » : combien de fois m'a-t-on demandé : « Qu'en pense le Conseil ? » comme si « le Conseil » pensait, alors que « le Conseil » n'existe en tant que tel que dans la fiction juridique, lorsqu'il prend une décision qui devient la décision « du Conseil » indépendamment du partage éventuel des voix⁹.

La focalisation sur *les* juges permet en outre de mettre en avant la pluralité des acteurs incarnant les institutions juridictionnelles et de prendre en compte la dimension humaine de l'œuvre consistant à rendre la justice, tout en évitant de tirer des généralisations trop englobantes. En insistant bien sur le pluriel (*les* juges), nous soulignons toutefois la dimension collégiale de certaines de leurs décisions. *Tertio*, ne soyons pas naïfs : les juges des Cours suprêmes exercent un pouvoir politique qui leur est donné par les citoyens ou les juges du fond. En effet, les juges ne peuvent pas s'autosaisir. Ils ne rendent des décisions – et n'exercent donc un pouvoir politique – qu'à partir des requêtes introduites par les citoyens ou les juges du fond (*cf. infra*).

Entamons donc la première étape de notre voyage en définissant le pouvoir politique et l'audace des juges.

1. Le pouvoir politique et l'audace des juges sous l'angle théorique

Tout d'abord, nous ne partageons pas comme certains politologues l'idée selon laquelle « tout est aujourd'hui politique »¹⁰. Il s'agit pour nous d'une affirmation scientifiquement erronée et, surtout, idéologiquement pernicieuse en termes de vivre-ensemble.

Le pouvoir est un concept relationnel. Il est la capacité d'un individu A de faire faire quelque chose – ou de ne pas faire faire quelque chose – à un autre individu B que cet individu ne ferait pas – ou ferait – en dehors de la relation de pouvoir qui les unit¹¹.

Trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'une relation de pouvoir soit caractérisée comme *politique*.

La première condition est l'exercice d'une *contrainte*, entendue comme « la garantie de parvenir, par différents moyens, à faire triompher une volonté en l'absence de légitimité, ou lorsque celle-ci se révèle insuffisante »¹². Autrement dit, une pression est produite par les acteurs qui exercent ce pouvoir sur les membres d'une société. Pour être effective, cette contrainte doit être accompagnée d'un dispositif de sanction si les membres de la société n'obéissent pas à la contrainte. Acceptons toutefois l'idée que, dans les faits, la sanction doit être ressentie comme

⁹ D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, coll. « nrf essais », 2010, p. 145

¹⁰ J. LECA, « Les deux sciences politiques. En relisant Georges Burdeau », *Revue française de science politique*, 2012, vol. 62, n° 4, p. 648.

¹¹ R. DAHL, « The Concept of Power », *Behavioral Science*, 1957, n° 2, pp. 202-203.

¹² J.-Y. DORMAGEN et D. MOUCHARD, *Introduction à la sociologie politique*, Bruxelles, De Boeck, coll. « Ouvertures politiques », 3^e éd., 2010, p. 19.

telle pour être opérante ; il n'est donc pas nécessaire qu'elle soit exécutée pour que la contrainte puisse exister. À travers leurs décisions, les juges des Cours suprêmes exercent une contrainte sur les membres de la société, bien souvent sans recourir à la sanction.

La deuxième condition est l'exercice d'une contrainte *légitime*. Les décisions prises par les acteurs qui exercent le pouvoir politique sont considérées comme légitimes par les membres de la société. La légitimité renvoie à la reconnaissance accordée à celui qui exerce un pouvoir ; autrement dit, c'est l'acceptation du fait qu'il est 'normal', 'naturel', 'juste', 'souhaitable' que ces acteurs donnent des ordres et prescrivent des comportements¹³. La légitimité est l'acceptabilité sociale fondée sur des croyances partagées¹⁴.

Dans nos régimes politiques contemporains, la légitimité est principalement élective. L'élection fonde la légitimité de nombreux acteurs exerçant le pouvoir politique. C'est le cas pour les représentants qui siègent dans différentes assemblées parlementaires. Toutefois, les juges ne sont pas élus, même s'il existe des juridictions dont la composition est basée sur des principes démocratiques¹⁵. Il pourrait toutefois être considéré que les juges bénéficient d'une légitimité élective de second ou troisième rang. Ils sont en effet nommés ou désignés par des représentants politiques qui sont directement élus ou qui occupent des fonctions exécutives.

Si le pouvoir politique est reconnu comme légitime, il y a une question majeure qui mériterait de plus amples développements : pourquoi les citoyens obéissent-ils ? Si le sociologue Max WEBER a déjà bien montré que les citoyens obéissent par habitude, en respectant la loi et en se pliant aux injonctions d'un leader charismatique¹⁶, Pierre BOURDIEU est pour nous l'auteur qui a le mieux cerner la dimension symbolique du pouvoir qui explique l'obéissance des citoyens. Selon lui, la dimension relationnelle du pouvoir n'est pas uniquement unilatérale puisque l'exercice de ce pouvoir implique la complicité – en partie inconsciente – des membres de la société qui la subissent¹⁷. Le sociologue ne s'est pas arrêté en si bon chemin en analysant cette domination symbolique. Il a également détaillé la force du droit (en ce compris la jurisprudence) qui consiste en « un *reflet direct* des rapports de force existants où s'expriment les déterminations économiques, et en particulier les intérêts des dominants »¹⁸. Pour garantir cette domination, Pierre BOURDIEU épingle deux procédés linguistiques caractéristiques du langage juridique. D'une part, l'effet de neutralisation « est obtenu par un ensemble de traits syntaxiques tels que la prédominance des constructions passives et des tours impersonnels, propres à marquer l'impersonnalité de l'énonciation normative et à constituer l'énonciateur en sujet universel, à la fois impartial et objectif ». D'autre part, l'effet d'universalisation « est obtenu par différents procédés convergents : le recours systématique à l'indicatif pour énoncer des normes ; l'emploi, propre à la rhétorique du constat

¹³ J.-Y. DORMAGEN et D. MOUCHARD, *Introduction à la sociologie politique*, op. cit., p. 18.

¹⁴ Ph. BRAUD, *Sociologie politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. « Manuel », 2008, p. 788.

¹⁵ En Belgique, par exemple, la Cour d'assise, composée selon le système de l'échevinage, comprend notamment un jury de douze citoyens (âgés de 28 ans accomplis et de moins de 65 ans), dénommés jurés, qui sont désignés par tirage au sort. G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire, Tome 1. Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, coll. « Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège », 2014, 2^e éd., p. 197.

¹⁶ M. WEBER, *Économie et société*, tome I, Paris, Plon, 1971, pp. 219-271.

¹⁷ P. BOURDIEU, « Sur le pouvoir symbolique », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1977, vol. 32, n° 3, pp. 405-411.

¹⁸ P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, p. 3 [en italique dans le texte].

officiel et du procès-verbal, de verbes constatifs à la troisième personne du singulier du présent ou du passé composé exprimant l'aspect accompli ('accepte', 'avoue', 's'engage', 'a déclaré', etc.) ; l'usage d'indéfinis ('tout condamné'...) et du présent intemporel (ou du futur juridique) propres à exprimer la généralité et l'omnitemporalité de la règle de droit »¹⁹.

La troisième condition est l'exercice d'une contrainte légitime à portée collective. Les décideurs politiques sont les seuls à pouvoir prendre des décisions ayant une portée collective qui s'appliquent à l'ensemble des membres d'une société.

À ce stade, il pourrait nous être rétorqué que les décisions des juges n'ont pas de portée collective, excepté certaines décisions des juridictions constitutionnelles et administratives. En effet, les décisions des juges ne s'appliquent qu'à des affaires concrètes qui n'ont de conséquences que pour les parties concernées par ces affaires. Toutefois, nous estimons que les décisions des juges siégeant au niveau des Cours suprêmes finissent bel et bien par avoir une portée collective. Ainsi, si la jurisprudence n'équivaut pas à une règle de droit, elle en constitue toutefois une des sources, comme l'a déjà remarqué Henri Capitant en 1964 :

La jurisprudence est, en effet, bien qu'on l'ait contestée, une source de droit comme la loi elle-même, et cette source devient de plus en plus abondante à mesure que la loi vieillit. Sans sortir de leur rôle d'interprètes, cherchant dans les textes du code ou, à défaut, dans les principes généraux qui les dominent, les motifs de leurs jugements, les tribunaux créent peu à peu un corps de droit, une doctrine qui complète, enrichit, amende l'œuvre législative. Sans cet apport constant, sans ce rajeunissement incessant, les lois vieilliraient et se dessécheraient. Elles n'échappent à la décrépitude que par cet afflux de sang nouveau, par cette végétation complémentaire que leur apporte cette adaptation quotidienne aux besoins du commerce juridique²⁰.

Comment peut-on dès lors expliquer la portée collective de ces décisions ? J'entrevois deux raisons majeures.

Premièrement, il convient de composer avec l'influence mutuelle des juges. Ces derniers ne vivent pas dans un monde clos. Au contraire, ils prennent connaissance des décisions prises par d'autres juges, siégeant soit dans des juridictions de même degré, soit dans des juridictions d'autres degrés, que ce soit au niveau national ou international. 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 »²¹. Cette influence mutuelle est renforcée par la doctrine juridique (au sens commun). Ainsi, nombreux sont les auteurs développant une série d'idées et de raisonnements juridiques en en faisant part aux membres du système juridictionnel. Patricia VANNIER reconnaît à cet égard que si la doctrine, « comme œuvre de l'esprit, n'est pas, de par son mode de

¹⁹ *Ibid.*, p. 5.

²⁰ H. CAPITANT, « Préface de la première édition [1934], in. L. JULLIOT DE LA MORANDIERE et A. WEILL, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz-Sirey, 1964, 4^e éd., pp. IX-X, cité par J.-P. ANDRIEU, « L'office divin du juge », *Revue de droit d'Assas*, 2017, n° 13-14, p. 45.

²¹ J. DES CRESSONNIÈRES, « La Belgique et le Droit », in *Entretiens sur La Belgique Contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 1904, p. 147.

création, une source de droit, il est difficile de nier son influence en fait »²². La doctrine influence donc également la jurisprudence :

Le droit est une dialectique permanente : entre justiciables, entre membres de la doctrine, entre les professeurs et les juges. Entre les juges eux-mêmes !

C'est ce que nous enseignons à nos étudiants, dans les amphis et les salles de TD des facultés de droit ; et ce dont les juges se souviennent, car plus jeunes, ils ont été ces étudiants. Ainsi [...], juges et professeurs se croisent à plusieurs reprises : sur les bancs de l'Université, lorsque les premiers apprennent des seconds ; puis dans leur bibliothèque ou dans leur salle des délibérés, quand ils lisent ce que nous avons écrit sur le sujet qu'ils ont à traiter – le juge reste l'enfant de la doctrine [...]²³.

Deuxièmement, il convient d'intégrer la configuration pyramidale des systèmes judiciaires. La présence d'une seule juridiction au sommet de l'ordre judiciaire, comme la Cour de cassation en France et en Belgique par exemple, participe à l'uniformisation de la jurisprudence et renforce l'influence mutuelle des juges. La configuration pyramidale des systèmes judiciaires peut toutefois être tempérée par l'entremêlement des compétences des juridictions suprêmes.

Un exemple illustre la portée collective que peuvent revêtir les décisions des juges. Il s'agit des décisions prises, en Belgique, par les conseillers de la Cour de cassation en matière de responsabilité de l'État. Après un long processus en trois temps²⁴ ayant débuté en 1920, les conseillers ont définitivement brisé l'immunité protégeant les pouvoirs publics, et singulièrement le pouvoir législatif, dernier pouvoir à avoir vu sa responsabilité mise en cause en 2006²⁵.

L'exercice du pouvoir politique se concrétise donc par des décisions contraignantes, légitimes et collectives.

À ce stade, il nous semble indispensable d'ouvrir une parenthèse. La portée collective des décisions prises par les acteurs qui exercent un pouvoir politique doit être soulignée. En effet, nous entendons souvent autour de nous des personnes affirmer que nous pouvons tous, individuellement, faire changer les choses. Épinglant l'incapacité de nos dirigeants à prendre certaines décisions, des citoyens estiment qu'ils peuvent faire changer les choses à leur niveau, d'où l'affirmation que « tout est politique ». Par exemple, l'acte individuel de consommation est une forme d'action politique qui peut faire changer les choses. Nous n'y croyons pas. Le noble exercice du pouvoir politique est sa capacité à contraindre de manière légitime l'ensemble des membres d'une société. L'acte individuel ne contraint personne excepté celui qui l'accomplit. L'exercice du pouvoir politique est éminemment collectif et renvoyer les citoyens à leur seule responsabilité individuelle pour faire changer les

²² P. VANNIER, *Fiches d'introduction au droit*, Paris Ellipses, 2015, 3^e éd., p. 81.

²³ P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », À l'invitation de la Cour de cassation, 16 octobre 2003, disponible à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/> (consultée le 19 juin 2017).

²⁴ Pour une synthèse de cette valse à trois temps, voy. J. WILDEMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », in B. KOHL, *Droit de la responsabilité*, Wavre, Anthémis, coll. « Commission Université Palais », 2009, pp. 231-280.

²⁵ Nous détaillons ces affaires dans notre ouvrage *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, Bruxelles, Larcier, coll. "Pratique du droit européen", 2018, pp. 43-48.

choses est une option idéologiquement « atomisatrice » en termes de vivre-ensemble.

Il nous reste un dernier point théorique à envisager : l'audace des juges. Être audacieux au sens premier du terme consiste à oser. Cette audace renvoie, selon nous, à deux acceptions. D'une part, les juges exercent une parcelle du pouvoir politique en raison de la place que leur ont laissée les représentants politiques. D'autre part, ils exercent ce pouvoir en raison de la place qu'ils ont décidé d'occuper. Autrement dit, être audacieux signifie oser prendre ses responsabilités ce qui n'est franchement pas une mince affaire dans le contexte actuel. Pensons par exemple aux Parlements qui prennent de moins en moins leurs responsabilités face à des pouvoirs exécutifs omniprésents dans les différents systèmes politiques qui nous entourent. Acceptons toutefois l'idée que les juges sont en partie contraints de rendre la justice sous peine d'un déni de justice.

Après avoir défini le pouvoir politique et l'audace des juges, envisageons désormais les trois dimensions de son exercice, à partir de décisions de juges de Cours suprêmes.

2. Les fonctions politiques des juges

Les juges exercent un pouvoir politique en assumant trois fonctions principales : la production de normes, l'arbitrage de valeurs morales et la pérennisation du système politique.

2.1. La première fonction : la production de normes

La première fonction politique des juges consiste à participer à la production des normes à travers des actions et des décisions contraignantes pour l'ensemble des membres d'une société. Les juges participent ainsi directement à la définition du contenu, à la fabrique des normes juridiques et à la mise en œuvre des politiques publiques²⁶.

Par la fonction de production de normes, nous n'affirmons pas qu'un jugement est une norme, entendue comme un acte juridique général et abstrait. Un jugement est individuel et concret, sauf lorsqu'il est rendu sur la base d'un recours en annulation²⁷. Toutefois, compte tenu de la structure hiérarchisée des systèmes juridictionnels et de l'influence mutuelle de ses membres, les décisions de certains juges finissent bel et bien par être une source du droit positif.

Deux affaires, parmi d'autres²⁸, illustrent la production de normes par les juges.

La première affaire concerne le don de sang. Les juges de la Cour de justice de l'Union européenne ont pu contribuer activement à définir les contours de la « contre-indication permanente au don de sang », par un arrêt rendu le 29 avril

²⁶ J. FERREJOHN, « Judicializing Politics, Politicizing Law », *Law and Contemporary Problems*, 2002, vol. 65, n° 3, pp. 41-68.

²⁷ Dans ce cas de figure, la portée de l'annulation est générale puisque la norme est abrogée de l'ordre juridique.

²⁸ Dans le cadre de notre ouvrage *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, nous avons systématisé les décisions en fonction des grands domaines juridictionnels que nous avons méthodologiquement identifiés. Nous renvoyons donc le lecteur à cet ouvrage.

2015²⁹ concernant le don de sang en France³⁰. L'affaire débute lorsque Geoffrey Léger se présente auprès du site de prélèvement de l'Établissement français du sang situé à Metz afin d'effectuer un don de sang. Le 29 avril 2009, le médecin responsable de la collecte lui refuse le don au motif que le donneur a eu une relation sexuelle avec un autre homme. Un recours est alors introduit devant le tribunal administratif de Strasbourg qui décide de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. La question est somme toute assez claire : compte tenu du droit européen, le fait pour un homme d'avoir eu des rapports sexuels avec un autre homme justifie-t-il une exclusion permanente du don de sang ou une exclusion temporaire de ce don pendant une durée déterminée après la fin du comportement à risque ? Pour répondre à la question, les juges de Luxembourg cherchent à savoir si la situation d'un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme répond à l'exigence de l'existence du « risque élevé » mentionné par le droit européen. Pour évaluer cette situation, il convient, d'une part, selon les juges, de prendre en compte la situation épidémiologique en France³¹. D'autre part, les juges se demandent si une contre-indication au don de sang telle que celle qui est cause dans cette affaire est conforme aux droits fondamentaux et quelles en sont les conditions de conformité.

Pour répondre à cette dernière question, les juges procèdent par un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, ils estiment que la contre-indication permanente prévue pour un homme ayant eu une relation sexuelle avec un homme constitue une discrimination fondée sur l'orientation homosexuelle des donneurs masculins. Dans un deuxième temps, puisqu'il s'agit d'une discrimination, il convient de vérifier si elle est prévue par loi, si elle répond à des objectifs d'intérêt général et si la mesure est proportionnée pour la réalisation de ces objectifs. La contre-indication permanente est bien prévue par la loi. Elle répond à un objectif d'intérêt général qui consiste à assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine. L'affaire se complique toutefois lorsqu'il est question d'examiner la proportionnalité de la

²⁹ COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang, affaires n° C-528/13, 29 avril 2015, *Journal officiel de l'Union européenne*, 29 juin 2015, n° C 213, p. 7. Dans cette affaire, le requérant s'appuie sur la directive 2004/33/CE de la Commission du 22 mars 2004 portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins (*Journal Officiel de l'Union européenne* n° L 091 du 30 mars 2004).

³⁰ Il convient de rappeler que l'exclusion permanente du don de sang des hommes homosexuels existe en France depuis 1983 et est justifiée par l'existence d'une fenêtre silencieuse pendant laquelle le virus présent dans le sang d'un donneur récemment contaminé peut ne pas être détecté et par le risque potentiellement plus élevé de contracter la maladie pour les hommes homosexuels. Face à l'absence d'évolution du cadre juridique, des hommes exclus du don de sang ont tenté de faire valoir leur cause devant le Conseil constitutionnel qui a été saisi sous l'angle de la protection des données. Dans sa réponse à une question prioritaire de constitutionnalité, les juges constitutionnels ont reconnu la constitutionnalité de la disposition du code pénal relatif au délit de mise en mémoire automatisée des données relatives à l'orientation sexuelle des donneurs. Au niveau européen, les personnes exclues du don de sang se sont également tournées vers la Cour européenne des droits de l'homme. Une demande introduite par des requérants italiens a finalement été rayée dans la mesure où l'Italie a modifié sa législation. A. DEBET, « Prudence de la CJUE sur l'exclusion française permanente des hommes homosexuels du don de sang », *Recueil Dalloz*, 2015, n° 25, pp. 1470-1474 ; CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, Question prioritaire de constitutionnalité n° 2014-412, 19 septembre 2014, disponible à l'adresse suivante : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014412qpc.htm (consultée le 16 juin 2018) et COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, Francesco Tosto c. Italie, requête n° 49821/99, 15 octobre 2002, disponible à l'adresse suivante : <https://hudoc.echr.coe.int/> (consultée le 16 juin 2018).

³¹ À cet égard, les chiffres fournis par l'Institut de veille sanitaire français montrent que « la quasi-totalité des contaminations par le VIH, pour la période allant de l'année 2003 à l'année 2008, est due à un rapport sexuel et que les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes représentent la population la plus touchée correspondant à 48% des nouvelles contaminations. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang, *op. cit.*, n° 42.

mesure ; proportionnalité définie par le caractère approprié et nécessaire d'une mesure :

les mesures prévues par la législation nationale ne doivent pas excéder les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par cette législation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés³².

Dans cette affaire, les juges effectuent un double constat. D'une part, il existe d'autres techniques efficaces pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, notamment à travers les tests de dépistage du VIH I/II. Les juges ont bien conscience que, en l'état actuel de la science, il existe une « fenêtre silencieuse », c'est-à-dire une période qui suit une infection virale et pendant laquelle les marqueurs biologiques utilisés dans le cadre du dépistage du don de sang restent négatifs malgré l'infection du donneur. Dans ce cas, les juges estiment que la juridiction de renvoi doit évaluer le coût d'éventuelles possibilités (comme la mise en quarantaine du sang prélevé) permettant de garantir un niveau élevé de protection de la santé des receveurs.

D'autre part, s'il n'existe pas, compte tenu de l'état actuel de la science, d'autres techniques de dépistage permettant de garantir un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, il n'en demeure pas moins que d'autres méthodes sont envisageables. C'est notamment le cas du questionnaire et de l'entretien individuel qui doivent permettre d'identifier plus précisément les comportements présentant un risque pour la santé des receveurs. Les juges estiment que la juridiction de renvoi doit notamment vérifier le caractère stable d'une relation ou le caractère protégé des rapports sexuels :

la juridiction de renvoi doit notamment vérifier si des questions ciblées concernant le délai écoulé depuis le dernier rapport sexuel par rapport à la durée de la « fenêtre silencieuse », le caractère stable de la relation de la personne concernée ou le caractère protégé des rapports sexuels permettraient d'évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel³³.

Les juges peuvent dès lors conclure en précisant que, s'il existe des techniques efficaces de détection des maladies graves susceptibles d'être transmises par le sang ou s'il existe des méthodes moins contraignantes pour interdire de manière permanente le don de sang, alors la contre-indication permanente est disproportionnée.

Au final, les juges répondent à la question en précisant que le critère d'exclusion prévoyant une contre-indication permanente au don de sang pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes est justifié si ces personnes se sont exposées, compte tenu du contexte épidémiologique, à un comportement sexuel entraînant un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves

³² *Ibid.*, n° 58.

³³ *Ibid.*, n° 67.

susceptibles d'être transmises par le sang *et s'il n'existe pas de techniques efficaces de détection de ces maladies infectieuses ou s'il n'existe pas de méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs*³⁴. Les juges européens encadrent donc le don de sang, à partir du principe de proportionnalité³⁵, tout en ne se prononçant pas directement sur l'exclusion des donneurs reconnaissant un rapport sexuel avec un homme. Ils renvoient la prise de décision à la juridiction nationale qui est ainsi appelée à établir « l'équilibre délicat entre les impératifs de la sécurité sanitaire et l'absence de discrimination des donneurs en raison de leur orientation sexuelle »³⁶.

La deuxième affaire concerne le transfert de gamètes d'un État à un autre. Les conseillers d'État français se sont positionnés, le 31 mai 2016³⁷, sur cette matière alors que la législation française interdit l'exportation de gamètes. Madame C. A. et Monsieur B. ont formé, ensemble, le projet de donner naissance à un enfant. En raison de la grave maladie qui l'a touché, Monsieur B. a procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon, relevant directement de l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris. Le projet de donner naissance à un enfant n'a pas pu aboutir en raison de la détérioration brutale de l'état de santé de Monsieur B., décédé le 9 juillet 2015. Avant son décès, il avait d'ailleurs explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Madame C. A. Dans les mois ayant précédé son décès, Monsieur B. n'a pas été en mesure de procéder à un nouveau dépôt de gamètes en Espagne, compte tenu des traitements médicaux. Madame C. A. demande alors au centre d'étude et de conservation que les gamètes soient transférés en Espagne. Par une décision du 26 août 2015, le chef du service de biologie de la reproduction de ce centre l'informe du refus opposé par l'Agence de la biomédecine d'accéder à sa demande. Madame C. A. introduit alors une demande au juge des référés du tribunal administratif de Paris visant à enjoindre à l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes les mesures afin de permettre l'exportation des gamètes de son mari. Le 25 janvier 2016, le juge des référés rejette cette demande. Un pourvoi est alors introduit devant le Conseil d'État, le 8 février 2016.

Les juges administratifs sont appelés à apprécier si la législation française³⁸ porte une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et donc à exercer un contrôle de proportionnalité³⁹. Les juges administratifs identifient trois

³⁴ *Ibid.*, n° 70 [nous soulignons].

³⁵ Les juges nationaux doivent s'assurer qu'il n'existe pas de méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. D. POUPEAU, « L'exclusion des homosexuels du don du sang doit être strictement justifiée », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2015, n° 15, p. 837 et E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE et C. GÄNSER, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Santé publique - Don du sang - Rapports homosexuels masculins », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2015, n° 19, pp. 1093-1094.

³⁶ A. DEBET, « Prudence de la CJUE sur l'exclusion française permanente des hommes homosexuels du don de sang », *op. cit.*, p. 1474.

³⁷ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, D.C.A. c. Assistance publique – Hôpitaux de Paris et Agence de la biomédecine, décision 396848, 31 mai 2016, *Recueil Lebon. Recueil des décisions du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2017, n° 3.

³⁸ En l'occurrence, il s'agit de l'article L. 2141-11-1 du Code de la santé publique.

³⁹ Le contrôle de proportionnalité a pour fonction de faire la balance entre les droits et intérêts en présence lors de l'application de la règle à un cas particulier. Il peut conduire à écarter cette application *in casu* lorsque celle-ci porterait une atteinte excessive aux droits et libertés reconnus à l'individu. Dans cette affaire, Hugues FULCHIRON doute qu'il s'agisse d'un contrôle de proportionnalité dans la mesure où il estime que la balance entre les droits et les intérêts en présence n'est pas faite. Pour lui, les juges administratifs procèdent à une simple appréciation en

raisons permettant, d'une part, d'affirmer qu'une atteinte manifestement excessive est portée au droit au respect de la vie privée et familiale⁴⁰ de Madame C. A. et permettant, d'autre part, d'enjoindre à l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre, en urgence, l'exportation des gamètes de Monsieur B. vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées.

Premièrement, les juges administratifs constatent que seuls les gamètes déposés au centre d'étude et de conservation des œufs et sperme de l'hôpital de Tenon sont susceptibles de permettre à Madame C. A. « d'exercer la faculté, que lui ouvre la loi espagnole de poursuivre le projet parental commun qu'elle avait formé, dans le durée et de manière réfléchie, avec son mari »⁴¹.

Deuxièmement, les juges administratifs constatent qu'il n'y a pas d'intention frauduleuse de la part de Madame C. A. En effet, elle s'est installée en Espagne après le décès de son mari pour rejoindre sa famille et non afin de bénéficier de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet.

Troisièmement, les juges administratifs justifient l'urgence dans la mesure où la loi espagnole n'autorise le recours à une insémination en vue d'une conception posthume que dans les douze mois suivant la mort du mari⁴².

Alors que la législation française n'autorise pas l'exportation de gamètes, les juges administratifs semblent avoir opté pour une « position audacieuse, ouvrant la voie d'un contrôle *in concreto* des dispositions françaises à la lumière des droits

équité car seules sont mises en avant « les circonstances de l'espèce, circonstances particulièrement douloureuses qui montrent bien l'injustice du sort ». H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 25, p. 1476.

⁴⁰ Ce faisant, les juges administratifs tournent définitivement la page de la jurisprudence *Allouache*, qui excluait que le juge du référé-liberté examine la conventionalité d'une loi. Ils font par ailleurs évoluer en profondeur le contrôle de conventionalité vers une appréciation *in concreto* de l'application de la loi aux personnes. Il convient de bien noter que les conseillers d'État ne jugent pas que les articles du Code de la santé publique sont in conventionnels en soi. Ils considèrent que ces dispositions relèvent de la marge d'appréciation dont disposent les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme. M.-C. DE MONTECLER, « Insémination *post-mortem* : autorisation d'exportation de gamètes », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 25, p. 1470-1472 et CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, requête n° 287777, Ordonnance du juge des référés du 9 décembre 2005.

⁴¹ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, D.C.A. C. Assistance publique – Hôpitaux de Paris et Agence de la biomédecine, *op. cit.*, n° 11.

⁴² *Ibid.*, n° 12. Le 14 octobre 2016, la presse relatait la décision du Tribunal administratif de Rennes qui, suite à la décision du Conseil d'État français, est allé plus loin dans la possibilité d'autoriser le transfert de gamètes afin de réaliser une insémination *post-mortem*. En effet, la décision du Conseil d'État français envisageait le transfert des gamètes pour une veuve espagnole qui souhaitait aller vivre en Espagne. Dans la décision du Tribunal administratif de Rennes, il s'agit d'autoriser le transfert des gamètes pour une veuve française qui pourrait bénéficier d'une insémination à l'étranger et revenir en France. DUPONT Gaëlle, « Une insémination *post mortem* validée », *Le Monde*, vendredi 14 octobre 2016, p. 13. À propos de la décision du tribunal administratif de Rennes, Bernard HAFTEL estime que le juge a pris une décision originale dans la mesure où il s'est laissé porter par ses émotions : « Les 'circonstances exceptionnelles' résident uniquement dans le caractère particulièrement tragique de la situation : quelques jours après la perte de son mari, l'épouse avait également perdu l'enfant dont elle était enceinte, à quelques jours du terme. Les 'circonstances exceptionnelles' n'étaient donc pas géographiques, mais émotionnelles. Et si l'on comprend évidemment cette émotion des juges devant le drame subi par la requérante, la solution adoptée n'emporte pour autant absolument pas la conviction. Au risque de pointer l'évidence, le caractère tragique d'une situation ne rend pas la loi plus ou moins contraire à la Convention européenne. Et, de manière tout aussi évidente, si la loi n'est pas contraire à la Convention, elle doit être appliquée, fût-elle sévère. *Dura lex sed lex*. [...] La décision est ici 'originale' en ce que le juge administratif s'est senti autorisé à écarter une loi claire au seul motif qu'il jugeait son application injuste au vu des circonstances particulières de l'espèce, ce qui constitue purement et simplement une violation de la loi. B. HAFTEL, « Autorisation d'une insémination *post-mortem*, une décision de circonstance », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 40, p. 2392.

fondamentaux »⁴³. Il convient de bien cerner la portée de cet arrêt puisque les juges ont « apporté, *in casu*, une exception à l'application de la loi française, dont [ils] énonçai[en]t par ailleurs qu'elle était conforme à la Convention européenne »⁴⁴. Si l'arrêt a pu être considéré comme la base d'un « droit à peu près imprévisible »⁴⁵, Jean-Pierre Marguénaud, professeur de droit, estime quant à lui que les juges administratifs ont surtout montré que la loi n'est pas inexorablement cruelle :

[La révolution tranquille au Palais-Royal] ne vise pas, conformément d'ailleurs aux prescriptions de la Cour européenne des droits de l'homme [...] à détruire la sécurité juridique en assouplissant systématiquement la règle générale sous la pression des faits : elle cherche seulement, dans des cas exceptionnels, à faire comprendre que la loi, qui doit être dure car autrement elle ne serait pas la loi, ne peut pas être inexorablement cruelle car alors elle n'est plus tout à fait la loi...⁴⁶.

À travers ces deux affaires, les juges ont produit du droit, en comblant les vides juridiques ou en interprétant la règle de droit en vigueur.

2.2. La deuxième fonction : l'arbitrage de valeurs morales

À côté de la création de normes juridiques, les juges peuvent être amenés à effectuer un arbitrage entre plusieurs valeurs morales. Dans le cadre de leur office, ils énoncent ainsi certaines « conceptions implicites ou explicites de ce qui est souhaitable, de ce qui doit être et mérite d'être poursuivi »⁴⁷ dans une société. Autrement dit, ils précisent « ce qui doit être et comment on doit se comporter »⁴⁸ dans la société.

Deux affaires illustrent l'arbitrage des valeurs morales par les juges.

La première affaire concerne la reconnaissance d'un sexe neutre en France. Cet exemple permet de distinguer le pouvoir politique de l'audace. En effet, dans cette affaire, le juge du fond fait preuve d'audace en osant reconnaître un troisième sexe, alors que les juges de la Cour de cassation s'opposent à cette audace et exercent leur pouvoir en rejetant le pourvoi du demandeur et en refusant ainsi de reconnaître un sexe neutre.

D., âgé de 66 ans⁴⁹, demande la rectification de son acte de naissance afin que soit substitué, à l'indication « sexe masculin », celle de « sexe neutre » ou, à défaut, « intersexe ». Avec une certaine résonance médiatique, le président du Tribunal de

⁴³ C. SIFFREIN-BLANC, « Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination post-mortem », *Actualité Juridique Famille*, 2016, n° 9, p. 439.

⁴⁴ B. HAFTEL, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 25, p. 1479.

⁴⁵ J. HAUSER, « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'État a du cœur ! », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, n° 4, p. 835.

⁴⁶ J-P. MARGUÉNAUD, « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, n° 4, p. 805.

⁴⁷ L. VOYÉ, K. DOBBELAERE, K. ABTS et J. KERKHOFS, « Introduction », in L. VOYÉ, K. DOBBELAERE et K. ABTS (éd.), *Autres temps, autres mœurs. Travail, famille, éthique, religion et politique : la vision des Belges*, Bruxelles, Racine Campus, 2012, p. 11.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ G. DUPONT, « La question du sexe neutre pour l'état civil devant la Cour de cassation », *Le Monde*, jeudi 23 mars 2017, p. 14.

grande instance de Tours fait droit à sa demande, avant que son jugement ne soit infirmé par la Cour d'appel d'Orléans⁵⁰. Le 4 mai 2017, les conseillers de la Première chambre civile statuent sur le pourvoi en cassation introduit par D.⁵¹. Ce dernier fait valoir qu'il est biologiquement intersexué et qu'il ne se considère psychologiquement, ni comme un homme ni comme une femme. À cet égard, la Cour d'appel a constaté l'absence de production d'hormones sexuelles ainsi que l'absence d'un caractère sexuel secondaire qu'il soit de type masculin ou féminin ; le bourgeon génital embryonnaire ne s'étant jamais développé, ni dans un sens ni dans l'autre. Si D. dispose d'un caryotype XY, c'est-à-dire masculin, il présente indiscutablement une ambiguïté sexuelle. En outre, D. fait valoir que ses éléments d'apparence masculine (barbe et voix grave) sont uniquement la conséquence d'un traitement médical destiné à lutter contre l'ostéoporose et ne peuvent donc être pris en considération pour déterminer son ressenti quant à son identité sexuée⁵². Enfin, il produit de nombreuses attestations certifiant que son comportement social n'est ni celui d'un homme ni celui d'une femme, quand bien même il présente un comportement social masculin puisqu'il s'est marié avec une épouse et que le couple a adopté un enfant. Pour ces différentes raisons, D. demande aux juges de la Cour de cassation française de mettre en concordance son état civil avec sa situation personnelle et de rectifier l'état civil en termes de « sexe neutre » ou « intersexe », au nom du droit au respect à la vie privée.

L'affaire concerne de prime abord le droit civil. Toutefois, les juges de la Première chambre civile prennent une décision qui dépasse de loin cette branche du droit pour statuer sur la pérennité du système politique français. En effet, les conseillers constatent d'abord que la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin. Ensuite, les juges s'appuient sur la binarité des sexes fondant les règles de droit français pour refuser de reconnaître un sexe neutre. Ils donnent ainsi une indication claire sur ce qui *doit être* dans le système politique français en invoquant le risque de « répercussions profondes » pour l'ordre juridique :

Si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des

⁵⁰ J. HOUSSIER, « Sexe neutre : la Cour de cassation s'en remet à la loi », *Actualité Juridique Famille*, 2017, n° 6, p. 354.

⁵¹ COUR DE CASSATION FRANÇAISE, Première chambre civile, D. c. Procureur général près la Cour d'appel d'Orléans, arrêt n° 531, 4 mai 2017, *op. cit.*

⁵² Le professeur Jean HAUSER souligne à cet égard que « l'argumentation sur l'indifférence de l'apparence physique n'était pas sans valeur puisque, depuis l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 6 avril 2017 et la loi du 15 novembre 2016, le changement de sexe à l'état civil n'exige plus, à titre de condition préalable, un changement physique irréversible même s'il faut tout de même établir la réalité du syndrome transsexuel ». J. HAUSER, « Un sexe que je veux et quand je veux... mais un sexe quand même, selon la loi », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, n° 3, p. 607 et COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire A.P., Garçon et Nicot c. France, requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://hudoc.echr.coe.int/> (consultée le 16 juin 2018). Dans l'affaire A.P., Garçon et Nicot c. France, la France a été condamnée pour avoir exigé des demandeurs au changement de sexe à l'état civil la constatation d'un changement physique apparent irréversible. J. HAUSER, « Un sexe que je veux et quand je veux », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, n° 2, p. 350.

sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination⁵³.

Le pourvoi de D. est donc rejeté au nom de la binarité des sexes qui doit régner en France. L'arbitrage des valeurs est dans cette affaire très claire.

Plusieurs réflexions peuvent être formulées.

Primo, ne conviendrait-il pas que les juges assument leur plein office normatif en s'adaptant à la réalité sociale⁵⁴ ? Si on accepte cette posture, doit-on accepter que la souffrance – comme c'est le cas dans cette affaire – soit le moteur général de l'évolution du droit⁵⁵ ?

Secundo, les catégories juridiques ne devraient-elles pas refléter le réel, invitant ainsi les juges à reconnaître un sexe neutre⁵⁶ ? Si on accepte cette posture, le droit aurait-il dès lors une « fonction d'enregistrement d'un savoir externe »⁵⁷, lui enlevant tout autonomie ? En effet, en exigeant du juge qu'il constate la réalité, ne serions-nous pas en train de favoriser une lecture hétéronome et déterministe du droit, la nature imposant sa loi.

Tertio, l'argument de la binarité des sexes n'est toutefois guère convaincant. Il s'agit en effet de réduire la réalité humaine au sexe de l'individu alors que le sexe pourrait désormais ne jouer qu'un rôle résiduel dans notre ordre juridique⁵⁸.

Les juges ont en tout cas arbitrés ce conflit de valeur en affirmant que la société française devait reposer sur la binarité des sexes.

La deuxième affaire concerne la qualité d'amis sur Facebook. Dans de nombreux États européens et, d'une manière générale, en Europe⁵⁹, le droit au procès équitable constitue un droit civil et politique de premier ordre. L'indépendance et l'impartialité des juges sont des conditions de ce droit. Si l'indépendance relève du statut du juge, l'impartialité renvoie à l'absence de préjugement et reçoit, quant à elle, une double signification. D'une part, l'impartialité subjective est l'état d'esprit

⁵³ COUR DE CASSATION FRANÇAISE, Première chambre civile, D. c. Procureur général près la Cour d'appel d'Orléans, *op. cit.*

⁵⁴ M. GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *La semaine juridique*, 2017, n° 25, pp. 1219-1228.

⁵⁵ F. ROUVIERE, « La difficulté d'exister du sexe neutre », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, n° 4, p. 948.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 948-949.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 948.

⁵⁸ B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une 'mutilation juridique' », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 24, pp. 1404-1408.

⁵⁹ Voy. à cet égard l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce que « 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, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ». En outre, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. 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 préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

du juge qui est intrinsèquement, intimement convaincu de son impartialité. D'autre part, l'impartialité objective est l'impression d'impartialité que peut présenter le juge aux yeux des justiciables⁶⁰.

Le fait pour un justiciable d'être ami sur Facebook avec un ou plusieurs magistrat(s) a-t-il des conséquences sur l'impartialité de ce(s) magistrat(s), de nature à compromettre le procès équitable ? Telle est la question à laquelle répondent les conseillers de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation française, le 5 janvier 2017. Les faits à la base du pourvoi concernent une demande de récusation introduite par un avocat, Monsieur Yann, poursuivi devant une instance disciplinaire du Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Paris. Ce Conseil étant une juridiction au sens du Code de l'organisation judiciaire, la récusation d'un membre du Conseil de l'ordre peut être demandée, entre autres, s'il y a amitié ou inimitié entre ce juge et l'une des parties⁶¹. En l'espèce, l'avocat demande la récusation de ses confrères qui siègent au sein du Conseil de l'ordre des avocats en raison de leur qualité d'amis sur le réseau social Facebook avec l'autorité de poursuite (le bâtonnier) et la plaignante. L'affaire remonte jusqu'à la Cour de cassation française. Les juges estiment que le terme d'« ami » sur les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel :

Attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la pertinence des causes de récusation alléguées que la Cour d'appel a retenu que le terme d'« ami » employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt, et en l'espèce la même profession⁶².

À l'inverse de l'affaire précédente, exercer un pouvoir politique peut donc également consister à valider la lecture faite par un juge du fond qui distingue audacieusement l'amitié traditionnelle de l'amitié sur Facebook. Deux commentaires peuvent être formulés.

Primo, en définissant ainsi l'amitié à l'heure des réseaux sociaux, les juges opèrent une distinction déjà faite par Michel de MONTAIGNE au XVI^e siècle. En effet, c'est une conception de l'amitié appliquée à un groupe et non pas à un rapport individuel entre deux personnes qui est promue par les juges du fond et de cassation. Or, Michel de MONTAIGNE distinguait déjà, d'une part, les « amis » au sens antique,

⁶⁰ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire, Tome 1. Institutions judiciaires et éléments de compétence*, op. cit., pp. 52-53. Pour une étude particulièrement fouillée de l'indépendance et de l'impartialité en Belgique, voy. également P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Annales de Droit de Louvain*, 2011, vol. 71, n° 3, pp. 201-264. Pour la France, voy. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUODOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI et J.-M. SOREL, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2015, 8^e éd., pp. 867-980. Enfin, sous l'angle des juridictions internationales, voy. H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, coll. « Contentieux international », 2010, 304 p.

⁶¹ Article L111-6 du Code de l'organisation judiciaire, codifié par l'Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale (partie Législative) (*Journal officiel de la République française* du 9 juin 2006).

⁶² COUR DE CASSATION FRANÇAISE, Deuxième chambre civile, S. c. Procureur général, Pourvoi 16-12.394, 5 janvier 2017, *Recueil Dalloz*, 2017, n° 2, p. 62.

correspondant aux rapports entre tous les êtres animés et, d'autre part, le mot au singulier évoquant le lien très fort entre deux êtres⁶³.

Secundo, cette décision aborde une problématique nouvelle devant les prétoires, à savoir les « conséquences que l'on peut tirer ou non de l'appartenance à un réseau social et des personnes avec qui on choisit de communiquer par ce biais »⁶⁴. Ces conséquences peuvent être d'une acuité particulière lorsque l'on sait que sur Facebook, à la différence de Twitter, un accord des deux personnes est nécessaire pour qu'une relation s'établisse – et dans certains cas, pour pouvoir voir les publications de l'autre⁶⁵. Autrement dit, être ami sur Facebook implique une reconnaissance mutuelle : nous sommes amis sur Facebook avec des personnes qui nous reconnaissent comme tels et que nous reconnaissons comme tels. La manifestation de cette amitié n'emporte-t-elle dès lors quand même pas un lien particulier entre deux êtres ?

2.3. La troisième fonction : la pérennisation du système politique

Dans le cadre de leur fonction, les juges se positionnent par rapport aux règles qui régissent un système politique. Plus précisément, ils prennent des décisions qui concernent directement le régime d'un système politique, c'est-à-dire les normes qui structurent le système politique⁶⁶. Nous affirmons ainsi que les juges garantissent la continuité, voire la pérennité, d'un système politique, comme les autres acteurs politiques. Toutefois, ce système connaît des adaptations en fonction des pressions qui sont exercées à son encontre pour perdurer dans le temps. Les juges sont dès lors au service – au sens premier du terme – du système en accomplissant une série d'obligations envers l'État, sur la base des règles qui fondent leurs actions.

Deux affaires illustrent la pérennisation du système politique par les juges des Cours suprêmes.

La première affaire concerne les bains mixtes. Ainsi, pour assurer la pérennité d'un système politique, les autorités peuvent mettre en place des dispositifs visant à l'intégration sociale des membres de ce système. En favorisant ainsi l'intégration sociale de certains groupes, ces autorités agissent directement sur les processus de socialisation politique qui permettent le développement de représentations et de perceptions allant dans le sens des règles qui régissent un système politique.

Dans cette perspective, les autorités peuvent être amenées à envisager la conciliation entre la manifestation d'une croyance religieuse et les règles qui structurent le système politique. Des litiges peuvent voir le jour dans le cadre de la recherche de cette conciliation. Les juges doivent alors trancher des conflits qui les poussent à se positionner quant au processus d'intégration sociale qui participe à la

⁶³ P.-Y. GAUTIER, « L'amitié en droit : Montaigne à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 4, p. 208.

⁶⁴ K. ROSIER, « Le réseautage social : quand un 'ami' n'est pas vraiment un ami », *Bulletin Juridique & Social*, février 2017, n° 580, p. 16.

⁶⁵ D. LELOUP, « Pour la justice, mon 'ami Facebook' n'est pas forcément mon ami », *Le Monde*, dimanche 8 et lundi 9 janvier 2017, p. 12.

⁶⁶ 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.

pérennité d'un système politique. Deux affaires illustrent particulièrement bien ce phénomène.

La première affaire concerne l'obligation pour des enfants de religion musulmane de suivre un cours de natation en Suisse (canton de Bâle-Ville). Deux ressortissants suisses, possédant également la nationalité turque, Monsieur Aziz Osmanoglu et Madame Sehabat Kocabas refusent que leurs filles suivent le cours de natation mixte. Ce cours fait partie des cours obligatoires. Une dispense ne peut être accordée à des élèves, selon la législation applicable au canton de Bâle-Ville, qu'à partir de leur puberté. Les parents prennent connaissance de cette obligation le 11 août 2008. Fervents pratiquants de la religion musulmane, ils refusent d'envoyer leurs filles au cours de natation au motif que leur croyance leur interdit de laisser leurs enfants participer à des cours de natation mixtes. Les parents indiquent que, même si le Coran ne prescrit de couvrir le corps féminin qu'à partir de la puberté, leur croyance leur commande de préparer leurs filles aux préceptes qui leur sont appliqués à partir de leur puberté. Le 13 août 2008, le département de l'instruction publique du canton de Bâle-Ville avertit les parents qu'une amende peut leur être infligée. Après plusieurs tentatives de conciliation, la direction de l'école demande au chef du département de l'instruction publique de soumettre les parents à la procédure d'amende. Le 28 juillet 2010, les autorités scolaires infligent une amende de 350 CHF (environ 323€) par parent et par enfant (soit un totale de 1.400 CHF – environ 1.292€) pour manquement à leurs responsabilités parentales. Les parents introduisent un recours auprès de la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville. Il est rejeté le 30 mai 2011. Ils introduisent alors un pourvoi auprès du Tribunal fédéral qui rejette, le 7 mars 2012, la demande des parents, estimant que le refus des autorités de dispenser leurs filles des cours de natation mixtes à l'école primaire n'a pas violé le droit des parents à la liberté de conscience et de croyance⁶⁷. Les parents introduisent alors une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de leur droit à la liberté de religion au sens de l'article 9 de la Convention⁶⁸. Les juges européens rendent leur arrêt le 10 janvier 2017⁶⁹.

⁶⁷ Il convient de rappeler la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la question d'une dispense de cours de natation à l'école primaire pour motifs religieux. En 1993, le Tribunal fédéral s'est penché pour la première fois sur cette question. Il a estimé, à la lumière du principe de proportionnalité, qu'une éducation des enfants conforme aux convictions religieuses des parents primait en l'espèce sur le caractère obligatoire des cours de natation. Il a considéré qu'il ne fallait privilégier l'intérêt de l'élève par rapport aux intérêts religieux de ses parents que lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant était concrètement et sérieusement compromis par l'adhésion stricte aux règles religieuses, par exemple si la santé de l'enfant était menacée ou si l'égalité des chances – y compris celle entre hommes et femmes – était en jeu. TRIBUNAL FÉDÉRAL DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE, arrêt n° 119 la 178, 18 juin 1993. Quinze ans plus tard, le 24 octobre 2008, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence eu égard à l'augmentation rapide de la population musulmane en Suisse. Par une décision de principe, il a indiqué que l'intérêt de l'intégration et le respect des valeurs de la culture locale devaient se voir attribuer davantage de poids. Il a constaté l'existence d'un intérêt public important à ce que tous les élèves puissent suivre les cours de natation, pour des raisons de socialisation, de sécurité des enfants et d'égalité des chances entre filles et garçons. Par conséquent, il a estimé que le refus de dispense des cours de natation était justifié et donc conforme aux obligations de la Convention européenne des droits de l'homme. TRIBUNAL FÉDÉRAL DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE, arrêt n° 135 I 79, 24 octobre 2008.

⁶⁸ L'article 9 énonce que « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁶⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Osmanoglu et Kocabas c. Suisse, requête n° 29086/12, 10 janvier 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://hudoc.echr.coe.int/> (consultée le 16 juin 2018). Pour de courtes synthèses de l'arrêt, voy. « Liberté de religion (cours de natation mixte) : validité du refus de dispense des autorités suisses », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 3 p. 111 et L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (janvier-juillet 2017). L'intégration de l'enfant », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2017, n° 31, p. 1776.

Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme constatent qu'il y a bien une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté de religion exercé par les parents dans la mesure où le droit des parents de manifester leur religion est en jeu. Les juges cherchent dès lors à savoir si cette ingérence est justifiée. Pour ce faire, trois conditions doivent être remplies.

Premièrement, l'ingérence doit être prévue par la loi. Après avoir rappelé que les termes « prévue par la loi » impliquent que la loi soit suffisamment accessible et précise⁷⁰, les juges constatent que la mesure litigieuse est fondée sur une base légale suffisante⁷¹.

Deuxièmement, cette ingérence doit poursuivre un but légitime. À cet égard, les parents soutiennent qu'une dispense qui est accordée à un élève pour les cours de natation ne risque pas de restreindre sa formation au point que l'égalité des chances ne lui soit plus garantie. Ils estiment que la natation ne représente qu'un volet de l'enseignement des sports et qu'une dispense ne remet en cause aucun contenu d'apprentissage ni ne menace l'acquisition d'un diplôme scolaire et les chances professionnelles ultérieures. Pour eux, les objectifs de formation, de socialisation et d'intégration ne sont pas mis en cause par une dispense des cours de natation mixtes, et ce en particulier lorsque les parents font suivre à leurs filles un cours de natation privé. Les juges ne partagent pas cet avis et confirment la lecture proposée par le Gouvernement suisse selon laquelle la mesure litigieuse a pour but l'intégration des enfants étrangers de différentes cultures et religions, ainsi que le bon déroulement de l'enseignement, le respect de la scolarité obligatoire et l'égalité entre les sexes. La mesure vise tout particulièrement à protéger les élèves étrangers contre tout phénomène d'exclusion sociale. La mesure litigieuse poursuit donc des buts légitimes⁷².

Troisièmement, l'ingérence doit être nécessaire dans une société démocratique. À cet égard, les parents estiment que l'objectif de formation visé par le cours de natation peut être atteint avec des moyens plus modérés, qui subordonneraient par exemple l'octroi d'une dispense à l'obligation des parents de faire suivre à leurs enfants des cours de natation à titre privé. Par ailleurs, ils estiment que le port du burkini ne contribuerait pas à la solution du problème en cause au motif qu'il stigmatiserait leurs filles. Les juges ne partagent à nouveau pas l'avis des parents. Ils rappellent d'abord les quatre principes applicables à l'exigence de nécessité de l'ingérence. *Primo*, ils gardent à l'esprit que les États jouissent d'une marge d'appréciation considérable s'agissant des questions relatives aux rapports entre l'État et les religions et à la signification à donner à la religion dans la société, et ce d'autant plus lorsque ces questions se posent dans le domaine de l'éducation et de l'instruction publique. *Secundo*, si les États doivent diffuser les informations et connaissances figurant dans les programmes scolaires de manière objective, critique et pluraliste, en s'abstenant de poursuivre tout but d'endoctrinement, ils sont néanmoins libres d'aménager ces programmes selon leurs besoins et traditions. *Tertio*, il incombe en priorité aux parents d'assurer l'éducation de leurs enfants.

⁷⁰ Pour rappel, la jurisprudence affirmant ce principe a été présentée précédemment. Voy. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, paragraphe **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** de ce livre.

⁷¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*, *op. cit.*, n° 53.

⁷² *Ibid.*, n° 56 à 65.

Quarto, les parents ne peuvent, en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme, exiger de l'État qu'il offre un enseignement donné ou qu'il organise les cours d'une certaine manière⁷³. Ensuite, les juges se prononcent sur le processus d'intégration sociale en partageant l'argument du Gouvernement suisse. Deux éléments – d'une part, les mœurs et coutumes locales et, d'autre part, l'activité en commun – sont au cœur de ce processus, selon les juges européens :

[...] l'intérêt des enfants à bénéficier d'une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie selon les *mœurs et coutumes locales* prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées des cours de natation mixtes.

[...] l'intérêt de cet enseignement ne se limite pas pour les enfants à apprendre à nager et à exercer une activité physique, mais il réside surtout dans le fait de pratiquer cette *activité en commun* avec tous les autres élèves, en dehors de toute exception tirée de l'origine des enfants ou des convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents⁷⁴.

Il faut noter que les juges se positionnent sur la possibilité de porter le burkini. Ils relèvent ainsi que, dans cette affaire, les autorités ont offert des aménagements significatifs aux parents, puisque la possibilité a été offerte aux filles de couvrir leurs corps pendant les cours de natation en revêtant un burkini. Les juges n'estiment pas que le port du burkini a un « effet stigmatisant ». Ils notent aussi que les filles peuvent se dévêtir et se doucher hors de la présence des garçons⁷⁵.

Les juges européens valident donc l'objectif poursuivi par la législation applicable au canton de Bâle-Ville, « à savoir s'assurer que les parents envoient bien leurs enfants aux cours obligatoires, et ce avant tout dans leur propre intérêt, celui d'une socialisation et d'une intégration réussies des enfants »⁷⁶. Les mots sont importants car il peut être constaté que les juges européens travaillent, dans cette affaire, à la pérennité d'un système politique à travers le prisme de la socialisation et de l'intégration « réussie ». Les juges de Strasbourg, peut-être de manière cynique⁷⁷, n'hésitent pas à responsabiliser les enfants et les parents en indiquant que l'envoi des enfants aux cours de natation mixtes va dans le sens de « leur propre intérêt »...

Cette décision montre les limites d'une justice européenne confrontée à des cultures politiques et juridiques pouvant être diamétralement opposées. Une question majeure se pose au terme de cet arrêt : est-il envisageable d'asseoir une justice européenne partageant les mêmes valeurs entre tous les États membres du Conseil de l'Europe ?

La deuxième affaire concerne la différence entre employés et ouvriers en Belgique. Dans le cadre de leur fonction de pérennisation du système politique, les juges

⁷³ *Ibid.*, n° 95.

⁷⁴ *Ibid.*, n° 97 et 98 [nous soulignons].

⁷⁵ *Ibid.*, n° 101. Voy. également J. GATE, « Les cours de natation en burkini, facteurs d'intégration », *Dalloz actualité*, 3 février 2017.

⁷⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*, *op. cit.*, n° 103. De manière accessoire, les juges considèrent que l'amende infligée est proportionnelle à l'objectif poursuivi et les parents ont eu à leur disposition une procédure accessible et susceptible de permettre de faire examiner le bien-fondé de leur demande de dispense.

⁷⁷ Le lecteur nous autorisera ce jugement de valeur...

peuvent prendre en considération le temps nécessaire pour régler un problème. En modulant les effets de leur arrêt dans le temps, les juges s'assurent que les décideurs politiques peuvent progressivement changer les règles de fonctionnement d'un système politique et, ce faisant, travaillent à la pérennité de ce dernier. Autrement dit, ils permettent que le système s'adapte mais de manière incrémentale.

Intéressons-nous particulièrement aux différences entre les contrats de travail d'ouvriers et d'employés au niveau de la législation belge. Plus précisément, un ouvrier belge, Georges Deryckere, est engagé au service de la Société anonyme « Bellerose » depuis le 11 octobre 2001, par un contrat d'ouvrier à durée déterminée qui se transforme en un contrat à durée indéterminée, le 2 janvier 2002. Le 3 avril 2008, cet ouvrier se voit notifier son licenciement moyennant un préavis de 28 jours. Il introduit alors une action devant le Tribunal du travail de Bruxelles pour obtenir 1) le paiement d'une indemnité pour licenciement abusif, 2) le paiement d'une indemnité complémentaire égale à six mois de rémunération pour prétendre ainsi à un délai de préavis équivalent à celui dont disposent les travailleurs sous statut d'employé et 3) le paiement d'arriérés de rémunération correspondant à des heures comptabilisées comme un jour de carence non rémunéré. À titre subsidiaire, il demande que le Tribunal du travail de Bruxelles pose deux questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle belge. La première question porte sur la compatibilité avec le principe d'égalité et de non-discrimination des articles 59⁷⁸ et 82⁷⁹ de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, en ce qu'ils fixent des délais de préavis différents pour les ouvriers et les employés ayant la même ancienneté. La deuxième question porte sur la compatibilité avec le principe d'égalité et de non-

⁷⁸ L'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que « le délai de préavis visé à l'article 37 prend cours le lundi suivant la semaine pendant laquelle le préavis a été notifié. Le délai de préavis est fixé à vingt-huit jours lorsque le congé est donné par l'employeur, et à quatorze jours lorsqu'il est donné par l'ouvrier. Ces délais sont doublés lorsqu'il s'agit d'ouvriers demeurés sans interruption au service de la même entreprise pendant au moins vingt ans. Ils doivent être calculés en fonction de l'ancienneté acquise au moment où le délai de préavis prend cours. Lorsque le congé est donné par un employeur qui ne relève pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, par dérogation aux alinéas 2 et 3, le délai de préavis est fixé à :

1° trente-cinq jours pour les ouvriers qui comptent de six mois à moins de cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise ;
2° quarante-deux jours pour les ouvriers qui comptent de cinq ans à moins de dix ans d'ancienneté dans l'entreprise ;
3° cinquante-six jours pour les ouvriers qui comptent de dix ans à moins de quinze ans d'ancienneté dans l'entreprise ;
4° quatre-vingt-quatre jours pour les ouvriers qui comptent de quinze ans à moins de vingt ans d'ancienneté dans l'entreprise ;
5° cent douze jours pour les ouvriers qui comptent vingt ans d'ancienneté et plus dans l'entreprise ».

⁷⁹ L'article 82 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que « § 1er. Le délai de préavis fixé à l'article 37 prend cours le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le préavis a été notifié. § 2. Lorsque la rémunération annuelle ne dépasse pas 16 100 EUR, le délai de préavis à observer par l'employeur est d'au moins trois mois pour les employés engagés depuis moins de cinq ans. Ce délai est augmenté de trois mois dès le commencement de chaque nouvelle période de cinq ans de service chez le même employeur. Si le congé est donné par l'employé, les délais de préavis prévus aux alinéas 1er et 2 sont réduits de moitié sans qu'ils puissent excéder trois mois. § 3. Lorsque la rémunération annuelle excède 16 100 EUR, les délais de préavis à observer par l'employeur et par l'employé sont fixés soit par convention conclue au plus tôt au moment où le congé est donné, soit par le juge. Si le congé est donné par l'employeur, le délai de préavis ne peut être inférieur aux délais fixés au § 2, alinéas 1er et 2. Si le congé est donné par l'employé, le délai de préavis ne peut être supérieur à quatre mois et demi si la rémunération annuelle est supérieure à 16 100 EUR sans excéder 32 200 EUR, ni supérieur à six mois si la rémunération annuelle excède 32 200 EUR. § 4. Les délais de préavis doivent être calculés en fonction de l'ancienneté acquise au moment où le préavis prend cours. § 5. Par dérogation au § 3, lorsque la rémunération annuelle dépasse 32 200 EUR au moment de l'entrée en service, les délais de préavis à observer par l'employeur peuvent être fixés par convention conclue au plus tard à ce moment. Les délais de préavis ne peuvent en tout cas être inférieurs aux délais fixés au § 2, alinéas 1er et 2. À défaut de convention, les dispositions du § 3 restent applicables. Les dispositions du présent paragraphe ne sont applicables que pour autant que l'entrée en service se situe après le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, aura été publiée au *Moniteur belge* ».

discrimination des articles 52 § 1^{er}⁸⁰ et 70⁸¹ de la même loi en ce que l'ouvrier se trouvant dans la même situation contractuelle que l'employé se voit compter, contrairement à ce dernier, un jour de carence⁸² en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie autre que professionnelle ou d'un accident autre qu'un accident de travail ou survenu sur le chemin du travail, lorsque la durée d'incapacité n'atteint pas quatorze jours.

Dans leur arrêt du 7 juillet 2011, les juges constitutionnels mettent définitivement fin à certaines différences entre les statuts d'ouvriers et d'employés, en étant attentifs aux effets de leur décision du point de vue de la pérennité du système politique⁸³.

D'une part, les juges mettent définitivement fin à la différence entre les statuts d'ouvriers et d'employés. Rappelant un précédent arrêt du 8 juillet 1993⁸⁴, les juges constitutionnels mentionnent que la distinction entre ouvriers et employés, en ce qui concerne les délais de préavis, fondée sur la nature principalement manuelle ou intellectuelle de leur travail constitue une différence de traitement sur la base d'un critère qui n'est pas objectif et raisonnable. Pour les juges, cette décision peut être étendue en matière de jour de carence. Les différences de traitement constatées par rapport à ces deux points sont dès lors contraires au principe d'égalité et de non-discrimination⁸⁵. Cet arrêt, pour important qu'il soit, ne règle toutefois pas, au plan beaucoup plus large l'harmonisation des statuts⁸⁶.

D'autre part, dans le cadre de leur arrêt du 7 juillet 2011, les juges sont restés attentifs aux effets de leur décision du point de vue de la pérennité du système politique, tout en ayant « le courage de mettre le politique devant ses responsabilités »⁸⁷. Ainsi, dans leur précédent arrêt du 8 juillet 1993, les juges ont laissé subsister des différences de traitement dans la mesure où le processus d'effacement de l'inégalité, entamée depuis des décennies, ne peut être que progressif. Les juges confirment cette

⁸⁰ L'article 52, § 1er, de la loi du 3 juillet 1978 dispose qu'« en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie autre qu'une maladie professionnelle, ou d'un accident autre qu'un accident du travail ou qu'un accident survenu sur le chemin du travail, l'ouvrier a droit, à charge de son employeur, à sa rémunération normale pendant une période de sept jours et pendant les sept jours suivants à 60 p.c. de la partie de cette rémunération qui ne dépasse pas le plafond pris en considération pour le calcul des prestations de l'assurance maladie-invalidité. Lorsque la durée de l'incapacité de travail n'atteint pas quatorze jours, le premier jour ouvrable de l'incapacité est un jour de carence; la période de salaire garanti prend cours le lendemain. Toutefois, lorsque l'employeur est tenu en application de l'article 27 au paiement de la rémunération pour la journée au cours de laquelle a débuté l'incapacité de travail, le jour de carence se situe le premier jour ouvrable qui suit tandis que la journée payée en application de l'article 27 est considérée comme le premier jour de la période de salaire garanti. En cas de travail à temps partiel, le jour de carence est le premier jour d'incapacité de travail où le travailleur aurait normalement travaillé. Pour la détermination du jour de carence, le jour d'inactivité habituelle résultant de la répartition hebdomadaire du travail sur cinq jours n'est pas considéré comme jour ouvrable. Le droit à la rémunération est subordonné à la condition que l'ouvrier soit demeuré sans interruption au service de la même entreprise pendant au moins un mois. Lorsque l'ouvrier atteint cette ancienneté pendant la période de salaire garanti, il peut prétendre à la rémunération visée audit alinéa, pour les jours restants ».

⁸¹ L'article 70 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que « l'employé engagé pour une durée indéterminée, pour une durée déterminée de trois mois au moins ou pour un travail nettement défini dont l'exécution requiert normalement une occupation de trois mois au moins, conserve le droit à sa rémunération pendant les trente premiers jours d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident ».

⁸² Sous le régime de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le jour de carence fait partie du statut de travail de l'ouvrier. La règle générale du jour de carence indique ainsi que l'ouvrier ne reçoit aucune rémunération pour son premier jour de maladie. L'ouvrier a droit à ses congés maladie payés garantis à partir du deuxième jour de maladie. Par contre, les employés ont droit à un congé de maladie payé garanti dès le premier jour de maladie.

⁸³ COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt n° 125/2011, 7 juillet 2011, *Arrêts*, Brugge, Vanden Broele, 2001, n° 4, pp. 2125-2137.

⁸⁴ COUR D'ARBITRAGE BELGE, arrêt n° 56/93, 8 juillet 1993, *Arrêts*, Brugge, Vanden Broele, 1993, n° 1, pp. 543-548.

⁸⁵ COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt n° 125/2011, *op. cit.*, n° B.3.1. et B.3.2.

⁸⁶ M. WESTRADE, « Pour une dynamique du droit », *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2011, n° 29, p. 1436.

⁸⁷ *Ibid.*

interprétation⁸⁸ puisque, selon eux, « le principe d'égalité et de non-discrimination ne s'oppose pas à une diminution progressive des différences de traitement constatées »⁸⁹. Les juges justifient cette position en invoquant les implications importantes et graves que peut avoir leur décision et en s'appuyant sur les enseignements tirés d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰ :

lorsqu'une réforme qui vise à rétablir l'égalité a des implications qui sont importantes et graves, le législateur ne peut, en effet, se voir reprocher d'élaborer cette réforme de manière réfléchie et par étapes successives⁹¹.

Cependant, les juges estiment que le temps laissé au législateur pour remédier à une situation jugée inconstitutionnelle n'est pas illimité. Ils constatent ainsi que l'objectif d'une harmonisation progressive des statuts des ouvriers et des employés ne peut plus justifier, dix-huit ans plus tard, les différences de traitement entre ces deux catégories de travailleurs. Restant attentifs à la pérennité du système politique, les juges décident quand-même de moduler les effets de leur décision rendue sur question préjudicielle. Ainsi, après s'être interrogés sur les effets dans le temps des arrêts préjudiciels et en se basant sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme⁹², les juges décident de laisser un délai au législateur pour légiférer à nouveau, à la condition de « constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique »⁹³. Les juges estiment que cette condition est bien remplie dans l'affaire qui leur est soumise :

Le constat, non modulé, d'inconstitutionnalité entraînerait dans de nombreuses affaires pendantes et futures une insécurité juridique considérable et pourrait engendrer des difficultés financières graves pour un grand nombre d'employeurs. Par ailleurs, il convient de rappeler qu'un tel constat d'inconstitutionnalité pourrait faire obstacle aux efforts d'harmonisation que la Cour, dans son arrêt 56/93, a incité le législateur à réaliser⁹⁴.

Pour ces raisons, les juges constatent l'inconstitutionnalité des dispositions au cœur de la double question préjudicielle mais ils estiment que leurs effets peuvent être

⁸⁸ Ils s'appuient notamment sur les différentes mesures prises progressivement depuis leur précédente décision. « Ainsi, sur la base de l'article 61, § 1er, de la loi du 3 juillet 1978, plusieurs arrêtés royaux sectoriels prévoient des délais de préavis plus favorables que ceux prévus par la loi précitée en cas de licenciement. En outre, la convention collective de travail n° 75 relative aux délais de préavis des ouvriers, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, a également instauré une dérogation à l'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 en allongeant le délai de préavis à observer en cas de licenciement d'un ouvrier en fonction de son ancienneté. [...] Enfin, la loi du 12 avril 2011 'modifiant la loi du 1er février 2011 portant la prolongation de mesures de crise et l'exécution de l'accord interprofessionnel, et exécutant le compromis du Gouvernement relatif au projet d'accord interprofessionnel', publiée au Moniteur belge du 28 avril 2011, modifie substantiellement les délais de préavis et témoigne de la volonté expresse du législateur de poursuivre, par étapes, l'harmonisation du statut des employés et des ouvriers. COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt n° 125/2011, *op. cit.*, n° B.3.3. Pour disposer de la liste des étapes les plus significatives permettant de supprimer « progressivement » certaines différences entre les ouvriers et les employés, voy. M. VERWILGHEN et N. VAN KERREBROECK, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, Bruxelles, Larcier, coll. « Droit social », 2014, pp. 23-24.

⁸⁹ COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt n° 125/2011, *op. cit.*, n° B.4.1.

⁹⁰ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 65731/01, 12 avril 2006, *Recueil des arrêts et décisions*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, vol. vi, pp. 159-192.

⁹¹ COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt n° 125/2011, *op. cit.*, n° B.4.1.

⁹² COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Walden c. Liechtenstein*, requête n° 33916/96, 16 mars 2000, disponible à l'adresse suivante : <https://hudoc.echr.coe.int/> (consultée le 16 juin 2018).

⁹³ COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt n° 125/2011, *op. cit.*, n° B.5.5.

⁹⁴ *Ibid.*

maintenus jusqu'au 8 juillet 2013 au plus tard, c'est-à-dire durant une période de deux ans à partir de la date de leur arrêt. « À partir du 9 juillet 2013, la distinction entre ouvriers et employés est donc devenue inconstitutionnelle »⁹⁵. Avec cet arrêt, les juges constitutionnels belges s'octroient en fait un nouveau pouvoir : celui d'aménager dans le temps les effets des arrêts rendus sur question préjudicielle⁹⁶. Le législateur a presque respecté ce délai. En effet, la loi du 26 décembre 2013 met partiellement fin à la différence entre les statuts d'ouvriers et d'employés⁹⁷.

En modulant ainsi les effets d'une décision d'inconstitutionnalité rendue sur question préjudicielle⁹⁸, les juges travaillent à la pérennité d'un système politique puisqu'ils favorisent ainsi l'adaptation progressive des règles juridiques à partir des pressions exercées sur le système politique. Les juges ont ainsi « agi en qualité d'agents de maintien de l'ordre »⁹⁹.

Au final, la fonction de pérennisation du système politique est intéressante car elle interroge directement le caractère conservateur des juges, et surtout, au-delà des juges, du droit. À cet égard, plusieurs auteurs ont souligné, dans le contexte français, la fonction conservatrice jouée par les constitutionnalistes, par exemple sous la III^e République¹⁰⁰, des Conseillers d'État, gardien du sens de l'État¹⁰¹ ou encore des juges constitutionnels qui pratiqueraient la retenue juridictionnelle¹⁰². Peut-être malicieusement, Philippe VAN PARIJS n'hésite d'ailleurs pas à écrire que « les juristes ont la réputation d'être conservateurs, de se borner trop facilement à dire ce que le droit dit au lieu de dire ce qu'il devrait dire et de s'employer à le réécrire »¹⁰³.

Nous ne pensons pas qu'il soit pertinent de parler de conservatisme des juges. Ce serait avoir une vision essentialiste des juges que nous ne partageons pas.

Par contre, la question majeure qui se pose est de s'interroger sur le conservatisme du droit. Le droit n'est-il pas conservateur dans la mesure où la règle adoptée a pour fonction de déterminer le futur ? Autrement dit, la règle de droit qui est adoptée

⁹⁵ M. VERWILGHEN et N. VAN KERREBROECK, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, op. cit., p. 25.

⁹⁶ M. MAHIEU et G. PIJCKE, « Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle : la Cour constitutionnelle a franchi le cap », *Journal des tribunaux*, 2011, vol. 34, n° 6452, p. 714. Les auteurs soulignent que les juges constitutionnels ne sont pas les premiers à interpréter de façon extensive les pouvoirs dont ils disposent au contentieux préjudiciel. Ainsi, les juges de Luxembourg se sont également, il y a bien longtemps, dotés d'un pouvoir similaire, et ce en l'absence d'habilitation légale, par un raisonnement par analogie. Voy. COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Defrenne c. Sabena*, Affaire 43-75, 8 avril 1976.

⁹⁷ Loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que des mesures d'accompagnement (*Moniteur belge* du 31 décembre 2013). Cette loi a fait l'objet de deux recours en annulation. Voy. COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt n° 98/2015, 25 juin 2015 et COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE, arrêt 116/2015, 17 septembre 2015. Pour une mise en perspective des deux arrêts, voy. F. KEFER, « La Cour constitutionnelle à nouveau au secours des ouvriers », *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2015, n° 35, pp. 1685-1687.

⁹⁸ Voy. F. ABU DALU, « On n'est jamais si bien servi que par soi-même : la Cour constitutionnelle et la limitation des effets dans le temps de ses arrêts rendus sur question préjudicielle », *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2011, n° 29, pp. 1437-1439.

⁹⁹ B.-H. VINCENT, « Introduction. Cols blancs et salopettes... », in M. BAUKENS et F. ROZENBERG (coord.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthémis, coll. « Colloques de la Conférence libre du jeune barreau de Liège », 2014, p. 26.

¹⁰⁰ G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll. « Droit », 2011, 578 p.

¹⁰¹ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, coll. « Poche », 2004, 320 p.

¹⁰² D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 373-374.

¹⁰³ P. VAN PARIJS, « Préface », in M. VERDUSSEN, *Réenchâter la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, coll. « L'Académie en poche », 2018, p. 11.

aujourd'hui ne vise pas uniquement à régir les comportements présents mais également les comportements futurs de personnes qui n'auront pas choisi cette règle. Le meilleur exemple d'une règle de droit qui s'inscrirait dans ce déterminisme et par la même occasion, traduirait un certain conservatisme, est le code civil du 21 mars 1804, dont notamment l'article 1382. Tout le régime de la responsabilité est édicté par une règle de droit que les Belges n'ont même pas choisi car c'est Napoléon qui nous l'a imposé. Mais ce raisonnement est un peu trop court. En effet, comme nous l'avons dit au début, les juges ont permis une adaptation de cette règle en lui donnant une interprétation évolutive compte tenu des changements sociétaux. Le régime prétorien de la responsabilité retient en effet une solution au-delà de la loi, dans le silence de la loi. Difficile donc d'affirmer que le droit est conservateur.

Continuons encore quelques instants sur le conservatisme du droit et plus spécifiquement sur la justice numérique. À travers la logique des logarithmes, une série d'acteurs travaillent à la mise en place d'instruments numériques permettant d'offrir des solutions à des litiges futurs, à partir de décisions passées. Outre le fait que la justice numérique « disqualifie l'effet de robe »¹⁰⁴, pour reprendre les termes d'Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE, cette justice numérique est déterministe – voire conservatrice – dans la mesure où, de nouveau, elle lie le futur de nos sociétés aux décisions antérieurement prises dans des litiges particuliers. Est-ce à dire que tous les citoyens seront jugés de la même façon ? C'est bien possible car la justice numérique risque de lisser les conflits et ne plus faire apparaître les particularités propres à chaque litige. Ce faisant, comme le souligne Paul MARTENS, « la justice perdra tout ce qui fait qu'elle est une œuvre dialectique puisque, qu'il s'agisse des recours, des notes d'arrêt, des controverses doctrinales et, finalement, de ce qui est de son essence même : le contradictoire, tout sera unidimensionnalisé par la machine »¹⁰⁵.

Interroger ainsi le déterminisme – voire le conservatisme – du droit et de la justice numérique permet de passer à la dernière partie de notre exposé, en nous focalisant désormais sur la légitimité des juges à exercer les trois fonctions politique que nous identifions. Qu'en est-il donc de l'acceptabilité sociale des audaces des juges ?

3. La taxonomie des critères d'acceptabilité sociale des fonctions juridictionnelles

La légitimité des acteurs qui exercent un pouvoir politique et singulièrement celle des juges revêt, selon nous, trois dimensions.

3.1. La légitimité organique

La première dimension de la légitimité des juges est d'ordre organique et permet de porter son attention sur la composition des juridictions suprêmes. Ainsi, la légitimité des juges est loin d'être immuable. Elle peut évoluer, se fortifier ou s'affaiblir en fonction des acteurs qui composent les juridictions mais également des décisions prises par les représentants des pouvoirs législatifs et exécutifs. La composition des

¹⁰⁴ A. GARAPON et J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018, p. 48.

¹⁰⁵ P. MARTENS, « Le magistrat est-il (ir)remplaçable ? », *Journal des tribunaux*, 2015, p. 831.

juridictions suprêmes a ainsi, de tout temps, constitué un enjeu fondamental, révélant ainsi l'importance du critère organique pour examiner la légitimité des juges. Deux exemples le prouvent.

D'une part, la composition de la Cour suprême américaine est un enjeu politique de premier ordre, notamment pour le Président en fonction. Rappelons par exemple qu'une décision modifiant la composition de la Cour suprême a failli être prise aux États-Unis durant la période du *New Deal*. En effet, le président Roosevelt et le Congrès souhaitaient modifier le rôle de l'État fédéral afin de surmonter la crise de 1929 et relancer ainsi l'économie. La Cour suprême s'est toutefois opposée à ces changements en déclarant inconstitutionnelles une série de lois du *New Deal*. Dans un discours daté du 5 février 1937, le président américain proposait alors une réorganisation du pouvoir judiciaire qui visait notamment à faire passer le nombre de juges à la Cour suprême à quinze en créant un poste de juge pour chaque juge siégeant à la juridiction suprême, âgé de plus de 70 ans et ne souhaitant pas démissionner¹⁰⁶. L'objectif du « Court-packing plan »¹⁰⁷ était clair. Il s'agissait de diluer l'influence des juges opposés aux interventions de l'État fédéral dans l'activité économique. « Le président dut renoncer [à son projet], mais les juges de la Cour avaient compris le message »¹⁰⁸ ; ils devaient valider le *New Deal*.

D'autre part, la composition du Tribunal constitutionnel polonais a été, ces dernières années, au cœur de nombreuses discussions et bras de fer politiques. La problématique de la nomination des nouveaux juges a rapidement débordé pour concerner plus globalement l'indépendance de la magistrature, dont le Conseil national de la Justice ainsi que l'organisation territoriale de la justice. Ces différentes réformes ont d'ailleurs poussé la Commission européenne à introduire une procédure en infraction à l'encontre de la Pologne¹⁰⁹.

Ces deux exemples tendent à montrer que le profil des juges constitue un élément important lorsqu'ils sont désignés au niveau des Cours suprêmes. Mais, est-ce à dire qu'il faudrait revoir ces procédures et, par exemple, introduire une procédure d'élection. Nous n'en sommes guère convaincu et nous rejoignons à cet égard, Guy CANIVET lorsqu'il écrit :

[...] Si les parlementaires tiennent leur légitimité du suffrage, les juges, eux, tiennent leur légitimité *du respect et de la confiance que suscitent leur indépendance, leur courage, et la fermeté et la dignité de leur attitude*. Un parlementaire qui cesserait d'être élu perdrait sa légitimité de législateur ; un magistrat qui cesserait de susciter le respect et la confiance ensuite de la perte de son indépendance, de son courage ou de la fermeté et de la dignité de son attitude perdrait sa légitimité de juge¹¹⁰.

3.2. La légitimité procédurale

¹⁰⁶ A. DEYSINE, *La Cour suprême des États-Unis. Droit, politique et démocratie*, op. cit., p. 132.

¹⁰⁷ W. STOREY, *US Government and Politics*, Edinburgh, Edinburgh University Press, coll. « Politics Study Guides », 2011, p. 260.

¹⁰⁸ A. DEYSINE, *La Cour suprême des États-Unis. Droit, politique et démocratie*, op. cit., p. 133.

¹⁰⁹ Sur cette question, voy. notre synthèse dans notre ouvrage *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, pp. 257-260.

¹¹⁰ G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », in J. FOYER, F. TERRE et C. PUIGELIER (dir) *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, coll. « Archives de philosophie du droit », 2007, pp. 10-11 [souligné par l'auteur].

La deuxième dimension de la légitimité est d'ordre procédural et permet de porter son attention sur les règles procédurales organisant les contentieux devant les Cours suprêmes. Dans cette perspective, il peut utilement être fait référence aux travaux du constitutionnaliste belge, Marc VERDUSSEN, qui interroge la légitimité de la justice constitutionnelle. Trois arguments permettent au constitutionnaliste de soutenir que la juridiction constitutionnelle contribue à un dialogue constitutionnel. Ces trois arguments nous semblent pouvoir être étendus aux autres juridictions suprêmes.

Primo, les juges *arbitrent* le dialogue constitutionnel. Ainsi, le libre accès au prétoire permet aux citoyens de compter parmi les acteurs principaux du procès constitutionnel. Devant le prétoire, les citoyens peuvent s'exprimer librement. Cette liberté est fondamentale car l'acte de juger est le fruit d'une discussion argumentée entre les acteurs du procès. La légitimité que les juges retirent de l'arbitrage du dialogue constitutionnel est donc, selon Marc VERDUSSEN, à maints égards, une légitimité procédurale, je le cite : « l'on attend des juges que, sans pour autant y participer, liés qu'ils sont par leur statut de tiers, ils encadrent et stimulent le dialogue entre les parties »¹¹¹. La procédure juridictionnelle constitue dès lors un complément aux procédures parlementaires :

La garantie qu'ont [...] les parties d'exposer leur point de vue [...] permet surtout de bénéficier de la part des juges d'une écoute que, parfois, les parlementaires n'ont pas voulu ou pu leur accorder¹¹².

Secundo, les juges *pratiquent* le dialogue constitutionnel. Il revient en effet aux juges, après avoir écouté les parties, de relayer le dialogue constitutionnel et de délibérer. Cette délibération s'effectue en respectant une série d'exigences qui façonnent la crédibilité des juges constitutionnels : l'intelligibilité des décisions, leur cohérence, leur efficacité, le discernement des juges qui décident avec prudence et leur visibilité¹¹³.

Tertio, les juges *suscitent* le dialogue constitutionnel. Ainsi, ils n'ont pas le pouvoir du dernier mot dans l'interprétation de la Constitution ; ce pouvoir n'appartenant à personne. En suscitant le dialogue constitutionnel, les juges sont surtout pris dans un mouvement de circularité qui se concrétise dans l'ordre juridique interne et international. Les juges dialoguent ainsi entre eux¹¹⁴.

Une question se pose toutefois : le respect de la procédure garantit-elle le vivre-ensemble ? Deux réflexions doivent être formulées à ce stade.

D'une part, des études montrent que l'accès élargi aux organisations judiciaires internationales augmentent la participation des citoyens et des groupes intéressés¹¹⁵. Les Cours européennes deviennent ainsi des « arènes pour la participation des citoyens »¹¹⁶. Indirectement, il s'agit d'une transformation progressive de nos

¹¹¹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, coll. « Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2012, p. 393.

¹¹² *Ibid.*, p. 394.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 395-399.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 400-401.

¹¹⁵ R. A. CICHOWSKI, « Courts, Democracy, and Governance », *Comparative Political Studies*, 2006, vol. 39, n° 1, pp. 3-21.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

systèmes de représentation¹¹⁷. L'élection n'est plus de nature à garantir la représentation.

D'autre part, la dimension procédurale actuellement inhérente à l'exercice du pouvoir politique par les juges contribuent 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, dépassant une lecture positiviste du droit. Ainsi, « le critère de la *justiciabilité* se substitue insidieusement à celui de la positivité de la loi. Le droit se définit moins par la contrainte légitime de la loi que par la possibilité de soumettre un comportement à l'examen par un tiers »¹¹⁸. Autrement dit, ce qui compte désormais dans nos systèmes politiques, ce n'est plus le respect du principe de légalité, c'est la possibilité de pouvoir introduire des recours. À cet égard, ce ne sont peut-être finalement pas les juges qui exercent des fonctions politiques, c'est l'organisation de voies de recours juridictionnelles, c'est-à-dire la Justice elle-même qui, intrinsèquement, en offrant au citoyen sujet de droit la possibilité de questionner la norme légale au regard d'une norme supérieure et au terme d'un débat contradictoire, est le révélateur d'une action éminemment politique¹¹⁹.

Le développement de la légitimité procédurale entraîne dès lors un changement de paradigme majeur. Il permet aux citoyens de se penser de plus en plus comme sujets de droit¹²⁰. Plus largement, l'espace de justice se présente de plus en plus « comme un espace négocié », comme le souligne Jacques COMMAILLE, lorsqu'il écrit que la justice est désormais

un espace qui n'est pas seulement déterminé par la stricte imposition des normes juridiques mais qui est susceptible d'être de plus en plus une 'arène' sollicitée par des acteurs sociaux qui font le choix d'y confronter des stratégies. La justice peut être alors moins perçue comme surplombante et plus comme étant elle-même actrice du social et du politique, participant de l'action sur le social et le politique¹²¹.

Cette procéduralisation de l'exercice du pouvoir politique et le développement d'une justice comme « espace de régulation négociée »¹²² garantissent-ils, à eux seuls, le vivre-ensemble ? Nous n'en sommes pas vraiment convaincu.

Il convient donc d'introduire une dernière dimension quand la légitimité des juges est discutée : la dimension substantielle. En effet, « la légitimité d'une institution tient plus à ce qu'elle fait qu'à ce qu'elle est »¹²³.

¹¹⁷ B. FOURNIER et J. WOEHLING, « Judicialisation et pouvoir politique. Présentation du numéro », *Politique et Sociétés*, 2000, vol. 19, n° 2-3, p. 5.

¹¹⁸ A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, p. 16.

¹¹⁹ 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 juges : décideurs politiques ?*, op. cit., pp. 356-357.

¹²⁰ L. C. Blichner et A. Molander, « Mapping juridification », *European Law Journal*, 2008, vol. 14, n° 1, p. 47.

¹²¹ J. COMMAILLE, « La négociation comme expression d'une nouvelle économie de la légalité », in D. VRANCKEN, C. DUBOIS et F. SCHOENAERS (dir.), *Penser la négociation. Mélanges en hommage à Olgierd Kutly*, Bruxelles, De Boeck, coll. « Ouvertures sociologiques », 2008, p. 44.

¹²² *Ibid.*, p. 46. Sur cette question, voy. également O. KUTY, « Le 'mouvement blanc' en Belgique : un nouvel acteur dans le champ judiciaire ? », *Droit et Société*, 1999, n° 42-43, pp. 287-310.

¹²³ M. VERDUSSEN, *Réenchâter la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, coll. « L'Académie en poche », 2018, pp. 30-31.

3.3. La légitimité substantielle

La spécificité du processus juridictionnel consiste à mobiliser des ressources sociales (c'est-à-dire le droit positif qui est constitué de règles juridiques ayant un caractère général, abstrait et permanent¹²⁴) à partir de requêtes individuelles. Dans cette perspective, les juges peuvent exercer une parcelle du pouvoir politique précisément parce qu'ils ne travaillent pas à partir de catégories générales, mais de demandes particulières. La place 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. « La justice devient alors le support potentiel de stratégies individuelles, mais aussi d'engagements collectifs issus de la société civile »¹²⁵. La porte est alors ouverte à une « légitimité négociée »¹²⁶.

Mais, nous ne pouvons pas nous contenter du constat selon lequel la légitimité des actions des juges découle des actions citoyennes et des discussions entre les responsables politiques et les citoyens. Si les décisions des juges finissent par contribuer au développement d'une culture du droit, la légitimité dont ils sont titulaires mérite toutefois d'être cultivée avec prudence. Ainsi faut-il encore interroger le contenu des décisions des juges auxquels sont associés les citoyens. C'est en effet par l'acceptabilité sociale de leurs décisions mais surtout de leurs audaces que les juges entacheront, conserveront ou développeront leur légitimité.

Si les juges mobilisent des ressources sociales à partir de requêtes individuelles, ils doivent être vigilants, lorsqu'ils appliquent notamment le principe de proportionnalité, à ne pas rechercher l'unique défense des droits subjectifs qui sont, par essence, des droits individuels, dont les citoyens se prémunissent pour faire valoir leurs intérêts personnels.

En effet, le pouvoir politique ne peut qu'être exercé dans l'intérêt collectif. Tel est certainement la plus importante leçon qui peut être tirée des écrits du juriste et politologue français Georges BURDEAU, lorsqu'il écrit que « l'exercice de la fonction politique est la condition fondamentale de la survie de la société. Celle-ci ne se maintient qu'en réduisant les tensions qui la déchirent, en surmontant les antinomies qu'elle recèle, en contrariant les forces de dissociation que suscitent l'égoïsme et l'aveuglement de ses membres »¹²⁷.

L'exercice du pouvoir politique par les juges ne peut donc pas être envisagé sans tenir compte de sa finalité. Georges BURDEAU nous aide à identifier cette finalité lorsqu'il envisage les deux fins possibles procurées par les relations de pouvoir. D'une part, une relation de pouvoir ne met en cause que l'instigateur et le sollicité. Autrement dit, c'est le concept de pouvoir tel que décrit au début de mon intervention. D'autre part, la relation de pouvoir se rapporte à des conséquences qui concernent d'autres individus que ceux que met en cause le rapport autorité-obéissance. Dans ce cas, la fin est socialisée¹²⁸.

¹²⁴ Sous l'angle principal, la règle de droit présente un caractère général dans la mesure où elle s'applique à tous les membres d'un système politique et social ; elle est abstraite car elle s'applique dans n'importe quelle situation et elle est permanente puisqu'elle s'applique tout le temps sauf si une autre règle de droit vient la modifier ou l'abroger.

¹²⁵ J. COMMAILLE, « La négociation comme expression d'une nouvelle économie de la légalité », *op. cit.*, p. 44.

¹²⁶ O. KUTY, « Le 'mouvement blanc' en Belgique : un nouvel acteur dans le champ judiciaire ? », *op. cit.*

¹²⁷ G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome premier. Le pouvoir politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 119.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 128.

En parlant de pouvoir politique des juges, nous sommes dans le deuxième cas de figure. La portée des décisions des juges est collective. Faire comme si les décisions des juges ne concernent que les parties aux litiges, c'est refuser aux juges un pouvoir politique qui est consubstantiellement lié à l'exercice de leurs fonctions.

La seule défense des droits individuels ne permet pas d'organiser la vie sociale. Ne soyons toutefois pas trop dur. En effet, comme le souligne Marc VERDUSSEN, « la dénonciation d'une dérive individualiste des droits humains ne doit pas occulter qu'on assiste à une rassurante collectivisation dans la défense de ces droits. Prenons l'exemple des recours portés devant la Cour constitutionnelle. Là où les recours initiés par des individus peuvent, à tort ou à raison, paraître dictés par des particularismes égoïstes, les recours des associations sont porteurs d'inquiétudes collectives. [...] Ils permettent de garantir les droits des personnes qui, politiquement minoritaires, socialement défavorisées ou culturellement marginales, peinent à faire entendre leur voix »¹²⁹.

Mais une préoccupation majeure doit être soulevée lorsqu'il est question de l'exercice du pouvoir politique dans une perspective collective : nos systèmes juridiques tendent « à se construire exclusivement à partir d'une conception hypertrophiée des droits de l'individu »¹³⁰. Ne conviendrait-il pas d'envisager une ou plusieurs valeurs communes ?

C'est une des questions que pose indirectement la décision des juges constitutionnels français lorsqu'ils reconnaissent la fraternité comme principe à valeur constitutionnelle. Ce principe serait censé « transcender les droits individuels ou ceux revendiqués par quelque communauté que ce soit »¹³¹. La fraternité aurait ainsi une portée collective.

Mais est-ce vraiment le cas ? En reconnaissant ainsi la fraternité comme principe à valeur constitutionnelle, ne risque-t-on pas d'assister à une dégradation de cette valeur en droits individuels. Autrement dit, les citoyens vont désormais réclamer un « droit à la fraternité ». Ce droit finira dès lors par être mobilisé dans une perspective individualiste. Une fraternité individuelle n'est plus la fraternité.

L'audace des juges doit sans cesse subir l'épreuve du collectif. Discuter les décisions des juges par rapport à leur dimension collective nécessite tout de même d'identifier un ou plusieurs critères permettant de s'assurer que les audaces des juges s'inscrivent dans l'intérêt collectif, à partir notamment de leurs raisonnements juridiques.

Comment dès lors s'assurer que les décisions des juges puissent, à partir de requêtes individuelles, garantir le vivre-ensemble ? C'est ici que tout se complique...

Nous sommes enclin à proposer comme critère le respect du principe d'égalité étant entendu que l'égalité doit être envisagée dans une perspective collective et non individuelle.

¹²⁹ M. VERDUSSEN, *Réenchâter la Constitution*, op. cit., p. 59.

¹³⁰ M. BERTRAND, « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », op. cit., p. 395.

¹³¹ *Ibid.*

Autrement dit, la reconnaissance du principe d'égalité ne peut qu'être collective. Les discriminations ne méritent pas d'être invoquées à titre individuel, elles doivent l'être au nom du collectif. Les juges devraient y veiller.

Mais est-ce possible ?

« Tout collectif recèle la promesse d'un *nous*. Mais promettre n'est pas accomplir ; c'est déclarer. L'acte fondateur du *nous* est la mise en commun »¹³², comme le souligne Gilles HANUS.

Ce commun peut prendre deux significations. D'une part, « le commun peut désigner ce qui n'appartient en propre à personne. Appelons-le le 'commun impersonnel' »¹³³. « On croit partager avec d'autres ce qui n'appartient à personne. C'est [...] une communauté illusoire »¹³⁴.

D'autre part, le commun peut « désigner ce qui, venant d'un sujet, est partageable »¹³⁵. Le partage permet de décentrer son point de vue, de comprendre l'autre et de s'ouvrir à l'altérité.

Nous proposons donc une commune égalité comme critère substantielle fondant la légitimité des décisions des juges. Cette commune égalité ne consisterait pas à revendiquer uniquement l'égalité pour soi mais, en souhaitant la partager, à la revendiquer également pour les autres, pour le collectif.

L'affirmation par les juges d'une commune égalité alimenterait la légitimité substantielle de leurs décisions. Encore faut-il l'opérationnaliser et sur ce point, reconnaissons la limite de notre raisonnement...

4. La conclusion

Nous avons introduit le pouvoir politique des juges, entendu comme l'ensemble des décisions contraignantes, légitimes et ayant une portée collective exercées par les juges dans leur cadre de leur fonction. Nous avons mentionné que les contraintes prennent trois déclinaisons : 1) la production de normes, 2) l'arbitrage de valeurs morales et 3) la pérennisation du système politique. Pour chacune de ces déclinaisons, nous avons proposé plusieurs exemples (rappelons-les : la contre-indication permanente au don de sang, le transfert de gamètes d'un État à un autre, l'absence de reconnaissance d'un sexe neutre, la qualité d'ami sur Facebook, l'obligation de suivre les cours de piscine mixte et la modulation des effets d'une annulation d'une loi). Ensuite, nous avons interrogé la légitimité des décisions des juges des cours suprêmes : d'abord sous l'angle organique, ensuite sous l'angle procédural. À cet égard, nous avons insisté sur la forme négociée de cette légitimité qui peut, seule, ne pas garantir le vivre-ensemble. Finalement, il nous a paru indispensable de nous pencher sur la légitimité substantielle afin de savoir s'il est possible de garantir l'exercice du pouvoir politique dans une perspective collective. Oui, si une commune égalité est affirmée et recherchée. Nous laissons

¹³² G. HANUS, *L'épreuve du collectif*, Lagrasse, Verdier, 2016, p. 86.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

aux juges le soin d'opérationnaliser cette commune égalité car, comme l'écrivait Jean COCTEAU, « le tact dans l'audace, c'est de savoir jusqu'où on peut aller trop loin »¹³⁶. Dans la recherche de cette commune égalité, il nous semble que les juges ont bel et bien ce tact.

¹³⁶ J. COCTEAU, *Le Coq et l'Arlequin*, Paris, Éditions de la Sirène, 1918, p. 7.