

DOSSIER [ ] **L'Europe du droit :  
un paysage contrasté**

Bartolomeo Cappellina | Geoffrey Grandjean | Thomas Herran | François Molins |  
Angelika Nussberger | Lukas Rass-Masson | Cecilia Rizcallah

TRIBUNE “ **Une guerre inutile et criminelle**  
par Yves Beigbeder et Benjamin Ferencz

CHRONIQUES { **Affronter les crimes de guerre, génocides  
et crimes contre l'humanité**  
par Jean-Louis Gillet

**L'office du juge : un regard renouvelé  
par la comparaison**  
par Frédérique Ferrand

**Quel juge pour quelle liberté ?**  
par Cassandra Goni

**La victime « à la française » et le parquet**  
par Frederico Albernaz

## Pour une culture de droit partagée

par Geoffrey Grandjean

Geoffrey Grandjean, Professeur de science politique à l'Université de Liège.

Mots clés | COURS SUPRÊMES – Culture de droit – Commun – Justice – Légitimité

La « société de recours » dans laquelle nous vivons traduit une culture de droit individualiste. Les citoyens n'hésitent plus à se tourner vers les cours suprêmes pour obtenir la satisfaction d'une série de revendications. En identifiant les enjeux liés à la judiciarisation de nos systèmes politiques et sociaux dans une perspective européenne, cet article identifie les fonctions politiques des juges des cours suprêmes, tout en analysant les fondements légitimes de leurs décisions. En proposant une « commune justice », cet article propose surtout de faire se rencontrer les intérêts individuels des citoyens avec l'intérêt collectif, à travers une culture de droit partagée.

*Towards a shared legal culture*

*The litigious society we live in is a reflection of an individualistic legal culture. Citizens no longer have any hesitation in turning to supreme courts to obtain satisfaction in a range of disputes. By identifying the stakes involved in judicialising our political and social systems from a European perspective, this article identifies the political functions of supreme court judges, whilst analysing the legitimate bases for their decisions. By proposing a "common justice", this article proposes above all to bring citizens' individual interests into line with the collective interest, through a shared legal culture.*

**N**ous vivons désormais dans une « société de recours ». Les citoyens semblent privilégier les arcanes juridictionnels – ainsi que les modes alternatifs de résolution des conflits – pour satisfaire toute une série de revendications sociales et politiques<sup>1</sup>. Ce constat n'est pas nouveau.

En 1995, Antoine Garapon écrivait déjà que « 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 »<sup>2</sup>. Autrement dit, ce qui compte désormais dans nos systèmes politiques, ce

1. Cet article est une version synthétisée et actualisée de l'ouvrage suivant : G. Grandjean, *Pour une commune justice*, Bruxelles, Liberté j'écris ton nom, 2022, p. 90.

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

n'est plus tant le respect du principe de légalité ou de constitutionnalité, c'est la possibilité d'introduire des recours.

À titre d'illustration, si on compare l'évolution du nombre de décisions rendues par les cours suprêmes belges, françaises et européennes depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, on ne peut qu'être étonné par l'ampleur de la croissance de cette évo-

lution à la fin de l'année 2021, comme le montre le tableau ci-dessous. Ces évolutions ne doivent toutefois pas cacher un phénomène plus complexe. Il semble en effet que, depuis les années 2010, le nombre de décisions rendues par les cours suprêmes belges, françaises et européennes connaît une diminution<sup>3</sup>, concrétisant le phénomène de « déjudiciarisation »<sup>4</sup>.

Cours suprêmes	Multiplication du nombre de décisions par
Cour constitutionnelle belge	24 (depuis 1985)
Conseil constitutionnel français	29 (depuis 1958)
Conseil d'État belge	75 (depuis 1949)
Conseil d'État français	4 (depuis 1945)
Cour de cassation belge	13 (depuis 1946)
Cour de cassation française	23 (depuis 1947)
Cour de justice de l'Union européenne	770 (depuis 1953)
Cour européenne des droits de l'homme	871 (depuis 1960)

3. Ces chiffres découlent de nos recherches sur le pouvoir politique des juges. G. Grandjean, *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 343. Les chiffres ont été actualisés pour le présent article.

4. O. Boskovic (dir.), *La Déjudiciarisation*, Paris, Mare & Martin, 2012, p. 477.

À partir du constat d'une société des recours, nous interrogeons la culture de droit – c'est-à-dire cette culture qui vise à penser le vivre-ensemble à travers l'unique affirmation des droits individuels – que nous créons par nos comportements individuels et collectifs, en nous adressant à des juges pour obtenir gain de cause dans différents conflits. Pour ce faire, nous limitons notre propos aux interactions entre les juges des cours suprêmes et les citoyens dans la société. Les causes, les modalités et les conséquences de la mise en place d'une culture de droit à travers le processus de judiciarisation sont ainsi discutées dans une perspective européenne. Nous proposons de favoriser une culture de droit partagée qui permet de penser différemment le dialogue juridictionnel entre les citoyens et les juges, à travers le concept de « commune justice », sans toutefois questionner les droits de l'homme, d'autres auteurs l'ayant déjà fait <sup>5</sup>.

Pour y arriver, nous détaillons d'abord les déclinaisons du processus de judiciarisation – entendu comme l'emprise croissante des juges dans une société – à travers les trois fonctions remplies par les juges des cours suprêmes dans un système politique. Ensuite, nous identifions les sources de légitimité fondant les décisions des juges. Enfin, nous proposons de privilégier une culture de

**« Les juges des cours suprêmes [...] garantissent que les différents groupes ou individus au sein d'une société puissent exprimer leurs points de vue, quand bien même une claire majorité parlementaire gouverne un État. Ils sont donc les gardiens du conflit organisé et de la contestation toujours possible par une minorité d'une décision prise par une majorité. »**

droit partagée par la « commune justice » en conditionnant la recevabilité des recours introduits devant les cours suprêmes par la justification d'un double intérêt à agir.

## **I – Les juges comme gardiens de l'agonisme**

Un prérequis est posé dans le cadre de nos recherches. Selon nous, les juges des cours suprêmes sont les gardiens de l'agonisme dans la mesure où ils garantissent que les différents groupes ou individus au sein d'une société puissent exprimer leurs points de vue, quand bien même une claire majorité parlementaire gouverne un État. Ils sont donc les gardiens du conflit organisé <sup>6</sup> et de la contestation toujours possible par une minorité d'une décision prise par une majorité. Dans cette perspective, les juges des cours suprêmes exercent un pouvoir politique, car ils font usage de contraintes légitimes à portée collective <sup>7</sup>.

5. J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, *Le Procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016, p. 338 et J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, *Les droits de l'homme rendent-ils idiot ?*, Paris, Seuil, 2019, p. 97.

6. Sur l'agonisme, voy. Ch. Mouffe, *L'illusion du consensus*, Paris, Albin Michel, 2016, p. 29-36 et S. Hayat, « Démocratie agonistique », *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, juin 2013, disponible à l'adresse suivante : <https://www.dicopart.fr/> (consultée le 4 avril 2022).

7. G. Grandjean et J. Wildemeersch (dir.), *Les Juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 371.

Premièrement, les acteurs qui exercent un pouvoir politique sont les seuls à pouvoir faire usage de la contrainte, au sens large, en recourant si nécessaire à la sanction. Autrement dit, ils sont les seuls à pouvoir imposer leurs volontés à tous les citoyens. C'est singulièrement le cas pour les juges des cours suprêmes lorsqu'ils rendent la justice. Pour s'en convaincre, il suffit de songer au « contrôle par voie d'action » exercé par les cours constitutionnelles qui entraîne l'annulation des normes législatives ne respectant pas une Constitution. En effet, l'annulation de telles normes est une décision mettant à néant une norme adoptée par les parlementaires avec un impact sur l'ensemble des citoyens, les juges étant alors considérés comme « législateurs négatifs »<sup>8</sup>.

Deuxièmement, les acteurs qui exercent le pouvoir politique sont les seuls à posséder la légitimité, entendue comme « l'acceptabilité sociale fondée sur des croyances partagées »<sup>9</sup>, qui entraîne une adhésion volontaire des citoyens et qui favorise consécutivement leur obéissance. En acceptant les contraintes juridictionnelles, notre obéissance est fondée sur une série de croyances qui ne trouvent pas nécessairement un fondement légal. Par exemple, dans le cadre de la pandémie liée à la Covid-19, nous avons

obéi – parfois docilement – aux décisions prises par certaines cours suprêmes qui ont validé les mesures gouvernementales et parlementaires<sup>10</sup>.

Troisièmement, les acteurs qui exercent le pouvoir politique sont les seuls à pouvoir prendre des décisions ayant une portée collective. Cette dimension distingue véritablement l'exercice du pouvoir politique de toute autre forme de pouvoir. En effet, l'exercice d'un pouvoir politique implique la volonté de construire un monde commun, articulée autour d'un intérêt collectif. La portée collective des décisions des juges est soutenue par deux arguments. D'une part, la configuration pyramidale des systèmes juridictionnels, notamment belge et français, entraîne une certaine uniformisation de la jurisprudence. D'autre part, l'influence mutuelle des juges les pousse à tirer les enseignements découlant d'un litige particulier et à les appliquer à d'autres litiges. C'est ainsi qu'une décision « fait jurisprudence », comme le prouve le régime prétorien élaboré par les juges en matière de responsabilité civile des pouvoirs publics en Belgique.

Si les juges des cours suprêmes sont les gardiens de l'agonisme, leurs décisions se déclinent en trois dimensions principales dans le cadre de leur exercice du pouvoir politique.

8. H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 45, 1928, p. 197-257.

9. Ph. Braud, *Sociologie politique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008, p. 788.

10. N. Thirion, *Le Confinement par les nuls. Démocratie, état de droit et crise sanitaire. Essai intempêtif*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2021, p. 236.

Tout d'abord, les juges participent directement à la production des normes à travers des actions et des décisions contraignantes pour l'ensemble des membres d'une société. Ils définissent le contenu et sont étroitement associés à la mise en œuvre des politiques publiques. C'est surtout par leur travail d'interprétation des normes juridiques que les juges sont amenés à produire du droit<sup>11</sup> : en validant des interprétations consacrées, en complétant des interprétations lacunaires, en infléchissant des interprétations établies ou en créant de nouvelles interprétations. La fonction de production de normes juridiques accomplie par les juges n'est pas nouvelle<sup>12</sup>. Par contre, la société des recours dans laquelle nous vivons traduit un double changement de paradigme dans nos systèmes représentatifs. La mise en place progressive d'une culture de droit implique que les citoyens se tournent désormais vers les juges pour voir aboutir leurs demandes et non plus uniquement vers leurs représentants politiques. Les représentants politiques eux-mêmes peuvent également se décharger de leurs responsabilités en laissant aux juges le soin de trancher certains conflits politiques.

Un exemple illustre particulièrement bien cette fonction de production des normes et ce transfert de responsabilité des représentants politiques vers les juges.

Il s'agit de la définition du régime des facilités en Belgique. Les communes sont ainsi rattachées à une des quatre régions linguistiques qui concrétisent le principe de territorialité selon lequel la langue administrative des autorités publiques est la langue de la région linguistique. Ce principe connaît une exception à travers le régime des facilités. Il existe ainsi des communes à facilités sur le territoire desquelles les autorités administratives peuvent employer une autre langue officielle qui n'est pas celle de la région linguistique, lorsque les particuliers l'utilisent ou lorsqu'ils en font la demande. Pendant de nombreuses années, un contentieux a existé quant à la signification des facilités, les représentants politiques belges n'arrivant pas à se mettre d'accord sur une interprétation commune. Alors que du côté flamand, les facilités ont toujours été envisagées comme temporaires, permettant aux citoyens de maîtriser progressivement la langue de la région linguistique, les francophones ont considéré que ces facilités ne pouvaient être remises en question. Dans la mesure où les représentants politiques n'ont jamais réussi à se mettre d'accord sur une interprétation commune des facilités, ils ont décidé de confier à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État le soin de définir ce régime. Pour le dire autrement, les représentants

11. Un jugement ne peut être assimilé à une norme juridique, 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 annulation.

12. M. Cappelletti, *Le Pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Economica, 1990, p. 397.

politiques ont donc transféré aux juges administratifs la responsabilité de donner une interprétation commune au régime des facilités. Les juges y sont parvenus dans le cadre de différents arrêts<sup>13</sup>. Ainsi, ils ont énoncé les droits des citoyens que doivent

être dans une société et ce qui mérite d'être poursuivi. Ils indiquent ce qui est souhaitable et la manière dont les citoyens doivent se comporter.

La reconnaissance de la fraternité comme principe à valeur constitutionnelle par les juges constitutionnels français<sup>14</sup> illustre particulièrement bien cette fonction d'arbitrage de valeurs morales, même si ce principe n'assure pas aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national<sup>15</sup>. En outre, en constatant que l'immunité pénale offerte à toute personne physique ou morale qui aurait apporté une aide, en vue de préserver la dignité ou l'intégrité physique des migrants, et ce sans contrepartie, est trop restrictive, les juges constitutionnels ont ouvert un fructueux dialogue juridictionnel avec le législateur et les autres juridictions. En effet, le législateur français a modifié, le 10 septembre 2018, la loi en élargissant l'immunité pénale offerte à toute personne physique ou morale qui aurait apporté une aide, en vue de préserver la dignité ou l'intégrité physique des migrants, et ce sans contre-

**« Les juges des cours suprêmes peuvent ensuite être amenés à effectuer un arbitrage entre plusieurs valeurs morales. »**

respecter notamment les élus des communes à facilités. Celui qui souhaite être servi dans sa langue (le français ou le néerlandais) par l'administration communale doit exprimer son souhait au moyen d'une lettre adressée à l'administration. Ce choix vaut alors pour une période raisonnable, à savoir quatre ans, et est renouvelable. En outre, le particulier peut, lors d'un contact verbal ponctuel ou concernant un document déterminé, toujours solliciter l'usage du français.

À côté de la création de normes juridiques, les juges des cours suprêmes peuvent ensuite être amenés à effectuer un arbitrage entre plusieurs valeurs morales. Dans le cadre de leur office, ils énoncent ainsi ce qui doit

**13.** Conseil d'État belge, 20 juin 2014, Caprasse / Région flamande, arrêt n° 227.775 ; Conseil d'État belge, 20 juin 2014, Thiéry / Région flamande, arrêt n° 227.776 ; Conseil d'État belge, 17 mai 2018, Commune de Rhode-Saint-Genèse / Région flamande, arrêt n° 241.512 ; Conseil d'État belge, 17 mai 2018, Commune de Drogenbos / Région flamande, arrêt n° 241.513 ; Conseil d'État belge, 17 mai 2018, Commune de Wezembeek-Oppem / Région flamande, arrêt n° 241.514 ; Conseil d'État belge, 22 sept. 2021, Commune de Rhode-Saint-Genèse / Région flamande, arrêt n° 251.570 ; Conseil d'État belge, 22 sept. 2021, Commune de Drogenbos / Région flamande, arrêt n° 251.571 ; Conseil d'État belge, 22 sept. 2021, Commune de Wezembeek-Oppem / Région flamande, arrêt n° 251.572 ; Conseil d'État belge, 22 sept. 2021, Commune de Rhode-Saint-Genèse / Région flamande, arrêt n° 251.573, et Conseil d'État belge, 22 sept. 2021, Commune de Rhode-Saint-Genèse / Région flamande, arrêt n° 251.574.

**14.** Pour de plus amples détails sur cette affaire, voy. G. Tusseau, « Le Conseil constitutionnel et le "délit de solidarité". De la consécration activiste d'une norme constitutionnelle sous-appliquée à la révélation d'une stratégie contrainte de communication juridictionnelle ? », Rev. crit. DIP 2019. 35-64, vol. 1, n° 1.

**15.** Sur les limites de la reconnaissance de la fraternité comme principe à valeur constitutionnelle, voy. J. Roux, « Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain. Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité », AJDA 2018. 1781-1785, n° 31.

partie ; permettant à la Cour de cassation d'annuler le jugement de Cédric Herrou<sup>16</sup>.

Enfin, dans le cadre de leur fonction, les juges se positionnent par rapport aux règles qui régissent un système politique. Plus précisément, ils peuvent prendre des décisions qui concernent directement le régime d'un système politique, c'est-à-dire les normes qui structurent le système politique. Les juges garantissent par la même occasion la continuité et la pérennisation de ce système. Pérenniser un système politique ne signifie pas qu'il n'y a pas d'évolution envisageable. Au contraire, des adaptations sont possibles. Les juges sont toutefois au service du système en accomplissant une série d'obligations envers l'État, sur la base des règles qui fondent leurs actions. Cette fonction de pérennisation du système politique peut dès lors se révéler conservatrice dans la mesure où les juges peuvent souhaiter maintenir en l'état les normes qui le structurent.

Un exemple parmi d'autres illustre cette fonction de pérennisation du système politique. Il s'agit de l'importance accordée aux bains mixtes comme lieu de socialisation à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>17</sup>. En justifiant l'ingérence des autorités publiques dans le droit à la liberté de religion, les juges se sont prononcés sur le processus d'intégration sociale poursuivi par les cours de bains mixtes en partageant

l'argument du Gouvernement suisse. Deux éléments sont ainsi au cœur de ce processus, selon les juges européens : les mœurs et coutumes locales et l'activité en commun. En optant pour une interprétation des bains mixtes comme lieu de socialisation, les juges européens ont indirectement travaillé à la pérennisation d'un système politique à travers les règles de vivre-ensemble qui doivent être inculquées notamment dans le cadre scolaire.

## II – Les juges au cœur du dialogue juridictionnel

L'exercice du pouvoir politique par les juges trouve son fondement dans les actions entreprises par les citoyens et les représentants politiques, entre autres. Ce sont donc notamment les citoyens qui donnent du pouvoir aux juges des cours suprêmes. Ce fondement n'est pas suffisant pour examiner la légitimité des décisions des juges. Une question demeure : comment ces décisions suscitent-elles l'obéissance des citoyens et des autres autorités politiques ? Trois dimensions expliquent l'acceptabilité sociale du pouvoir politique exercé par les juges.

La première dimension de la légitimité est d'ordre organique et renvoie à la composition des juridictions suprêmes. Le contenu des déci-

<sup>16</sup>. Cour de cassation française, 12 déc. 2018, arrêt n° 17-85.736, D. 2019. 49, note A. Dejean de la Bâtie ; *ibid.* 2320, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; JA 2019, n° 593, p. 10, obs. X. Delpech ; AJ pénal 2019. 92, obs. J.-B. Perrier ; RSC 2019. 94, obs. Y. Mayaud. Il faudra toutefois attendre le 31 mars 2021 pour que cette affaire soit définitivement clôturée. À cette date, la Cour de cassation a déclaré non admis le pourvoi formé par le parquet général à la suite de la relaxe du militant, le 13 mai 2020, par la cour d'appel de Lyon.

<sup>17</sup>. Cour européenne des droits de l'homme, 10 janv. 2017, Osmanoglu et Kocabas c/ Suisse, requête n° 29086/12, AJDA 2017. 1768, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2017. 111, et les obs..

sions juridictionnelles varie en fonction des juges qui siègent au sein des cours suprêmes. Dans la mesure où cette composition évolue avec le temps, la légitimité des décisions des juges est loin d'être immuable. Elle peut se fortifier ou s'affaiblir en fonction de l'identité des membres qui composent les juridictions. La composition des juridictions suprêmes a ainsi, de tout temps, constitué un enjeu fondamental, révélant de la sorte l'importance du critère organique pour examiner la légitimité des décisions des juges.

Les réformes juridictionnelles entreprises en Pologne depuis 2015 par le parti Droit et justice illustrent particulièrement l'importance que revêt la composition des juridictions suprêmes. En effet, en réformant le fonctionnement et la composition du Tribunal constitutionnel polonais, en remaniant la composition et le mode de désignation du Conseil national de la justice, en modifiant l'organisation territoriale de la justice afin de relever de leurs fonctions de nombreux juges et en installant une chambre disciplinaire des juges, les représentants du parti conservateur ont clairement décidé de s'en prendre aux juges afin qu'ils ne soient plus les gardiens de l'agonisme en Pologne. Les recours en manquement introduit par la Commission européenne ainsi que les renvois préjudiciels adressés par certaines juridictions polonaises ont permis à la Cour de

justice de l'Union européenne de se prononcer sur ces réformes dans le cadre de trois arrêts. Les juges européens ont surtout eu l'occasion de rappeler que la légitimité organique se nourrit principalement, au niveau européen, de l'indépendance et de l'impartialité des juges dans le cadre de leur fonction. Ils ont également insisté sur la marge d'interprétation offerte aux différentes autorités nationales pour s'assurer du respect de celles-ci<sup>18</sup>. Les trois arrêts témoignent toutefois des limites d'une conception de la légitimité organique fondée sur les seuls critères d'indépendance et d'impartialité, l'ordre juridictionnel polonais ayant pu être partiellement mis au pas. En effet, les juges européens ont avant tout insisté sur le respect de l'objectivation des processus de nomination et de mise à la retraite anticipative permettant de garantir les principes d'indépendance et d'impartialité, en laissant aux juridictions nationales le soin d'évaluer le respect de ces procédures.

La deuxième dimension de la légitimité est d'ordre procédural et concerne les règles procédurales organisant les contentieux devant les cours suprêmes. À partir des travaux de Marc Verdussen, nous pouvons affirmer que les cours suprêmes favorisent un dialogue juridictionnel<sup>19</sup>. Ainsi, les cours suprêmes *arbitrent* tout d'abord le dialogue juridictionnel, car le libre accès au prétoire permet aux citoyens

**18.** Cour de justice de l'Union européenne, 24 juin 2019, Commission européenne c/ République de Pologne, aff. n° C-619/18, AJDA 2019. 1641, chron. H. Cassagnabère, P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian ; D. 2019. 1337 ; RTD eur. 2020. 303, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 383, obs. S. Robin-Olivier ; Cour de justice de l'Union européenne, 19 nov. 2019, A. K. c/ Krajowa Rada Sadownictwa, CP et DO c/ Sad Najwyszy, aff. nos C-585/18, C-624/18 et C-625/18, D. 2019. 2248 ; RTD eur. 2020. 307, obs. F. Benoît-Rohmer et Cour de justice de l'Union européenne, 2 mars 2021, A.B., C.D., E.F., G.H. et I.J. c/ Krajowa Rada Sadownictwa, aff. n° C-824/18.

**19.** M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 392-406.

de compter parmi les acteurs principaux d'un procès. Devant le prétoire, les citoyens peuvent s'exprimer librement. Comme les citoyens n'hésitent plus à se tourner vers les juges, les procédures juridictionnelles constituent dès lors un complément aux procédures parlementaires. Ensuite, les cours suprêmes *pratiquent* le dialogue juridictionnel : après avoir écouté les parties, les juges doivent délibérer et ainsi prendre directement part au dialogue juridictionnel. Cette délibération s'effectue en respectant une série d'exigences qui façonnent la crédibilité des décisions des juges. Enfin, les cours suprêmes *suscitent* le dialogue juridictionnel. Les juges des cours suprêmes n'ont à cet égard pas le pouvoir du dernier mot dans l'interprétation des normes constitutives ; ce pouvoir n'appartenant à personne. Dans la mesure où les juges n'ont pas le pouvoir du dernier mot, leurs décisions s'inscrivent dans un mouvement de circularité : leurs décisions favorisent les discussions, notamment entre les représentants politiques et les citoyens, et la circulation des décisions entre les différents États, notamment européens, favorise le débat d'idées avec les juges d'autres cours suprêmes. Pour s'en convaincre, il suffit de voir le débat qu'a suscité la décision des juges constitutionnels polonais du 22 octobre 2020 constatant l'inconstitutionnalité de l'avortement dans toute une série de cas.

Si les règles procédurales permettent aux citoyens de favoriser le dialogue juridictionnel, une question majeure persiste : la place accrue des juges dans la société n'est-elle pas de nature

à miner la démocratie en favorisant notamment la négation des mécanismes politiques traditionnels, dont les mécanismes de représentation ?

Des études montrent que l'accès élargi aux juridictions internationales augmente la participation des citoyens et des groupes intéressés et renforce l'État de droit. À cet égard, Rachel A. Cichowski s'est penchée sur les deux effets participatifs généraux découlant d'un accès élargi aux juridictions internationales. D'une part, l'accès public croissant à ces juridictions augmente la participation des citoyens et des groupes intéressés par le développement, le contrôle et la mise en œuvre des normes juridiques, à la fois au niveau national et international. D'autre part, l'expansion du pouvoir judiciaire va de pair avec une expansion de la protection des droits. Les cours européennes, entre autres, deviennent ainsi des « arènes pour la participation des citoyens ». L'augmentation des recours introduits par des groupes de défense et d'intérêt garantit une meilleure protection des droits, en partie parce que les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme entraînent des changements de législation au niveau national. Autrement dit, au lieu de miner la démocratie, l'augmentation du nombre de recours renforce la participation des groupes de défense et d'intérêt et l'État de droit<sup>20</sup>.

L'importance que revêt la légitimité procédurale entraîne dès lors un changement de paradigme majeur pour nos sociétés. Si les cours suprêmes deviennent des arènes de la partici-

20. R. A. Cichowski, « Courts, Democracy, and Governance », *Comparative Political Studies*, vol. 39, n° 1, 2006, p. 3-21 et R. A. Cichowski, « Mobilisation, Litigation and Democratic Governance », *Representation*, vol. 49, n° 3, 2013, p. 321-332.

pation politique ou des « espaces de négociation »<sup>21</sup>, ne risque-t-on pas, à terme, d'assister à une lente dégradation de l'intérêt collectif au profit de l'affirmation d'une individualisation sans cesse croissante de la vie en société ? Le seul respect des procédures ne garantit pas le vivre-ensemble. Ne convient-il pas de trouver une troisième source de légitimité, quitte à se détacher de la vision de Ronald Dworkin qui estime que le pouvoir des juges est fondé sur la méthode qu'ils appliquent pour prendre une décision<sup>22</sup> ?

**« Dans cette perspective, les juges des cours suprêmes exercent un pouvoir politique en ne travaillant pas à partir de catégories générales, mais bien à partir de demandes particulières. Autrement dit, la société de recours permet une association réelle des citoyens à l'exercice du pouvoir politique. »**

La spécificité du processus juridictionnel consiste à mobiliser des ressources sociales (c'est-à-dire des règles juridiques ayant un caractère général, abstrait et permanent) à partir de requêtes individuelles. Dans cette perspective, les juges des cours suprêmes exercent un pouvoir politique en ne travaillant pas à par-

tir de catégories générales, mais bien à partir de demandes particulières. Autrement dit, la société de recours permet une association réelle des citoyens à l'exercice du pouvoir politique. Le constat d'un dialogue juridictionnel n'est toutefois pas suffisant pour légitimer les décisions des juges. Encore faut-il interroger le contenu de ces décisions auquel sont associés les citoyens et les représentants politiques. Il se peut par exemple que l'application du principe de proportionnalité par les juges, lorsqu'ils interprètent les règles de droit, favorise principalement la défense des droits subjectifs qui sont, par essence, des droits individuels, dont les citoyens se munissent pour faire valoir leurs intérêts personnels.

Si on accepte l'hypothèse selon laquelle le pouvoir politique ne peut qu'être exercé dans l'intérêt collectif, la troisième dimension de la légitimité est d'ordre substantiel et concerne le contenu des décisions des juges. Ces dernières années, une série de décisions rendues par différentes cours suprêmes en matière de justice climatique<sup>23</sup> participent à cet égard à l'édification d'une culture de droit s'inscrivant dans une logique collective. Ces décisions ont été rendues par la Cour du district de La Haye<sup>24</sup>, par le Conseil d'État français<sup>25</sup> et

21. J. Commaille, « La négociation comme expression d'une nouvelle économie de la légalité », in D. Vrancken, Ch. Dubois et F. Schoenaers (éd.), *Penser la négociation : mélanges en hommage à Olgierd Kutly*, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 46.

22. R. Dworkin, « The Judge's New Role : Should Personal Convictions Count ? », *Journal of International Criminal Justice*, n° 1, 2003, p. 4-12.

23. Même si l'ouvrage commence paradoxalement à dater compte tenu des récents arrêts sur le sujet, voy. J. Rochfeld, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Paris, Odile Jacob, 2019, p. 200.

24. Rechtbank Den Haag, Zaaknummer C/09/456689 / HA ZA 13-1396, 24 juin 2015.

25. Conseil d'État français, 19 nov. 2020, *Grande-Synthe (Cne)*, aff. n° 427301, Lebon ; AJDA 2021. 217 ; *ibid.* 2115 ; *ibid.* 2020. 2287 ; *ibid.* 2021. 2115, note H. Delzangles ; D. 2020. 2292, et les obs. ; *ibid.* 2021. 923, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1004, obs. G. Leray et V. Monteillet ; RFDA 2021. 747, note A. Van Lang, A. Perrin et M. Deffairi ; RTD eur. 2021. 484, obs. D. Ritleng et Conseil d'État français, 1<sup>er</sup> juill. 2021, aff. n° 427301, *Grande-Synthe (Cne)*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2021. 1413 ; *ibid.* 2115, note H. Delzangles ; D. 2021. 1287, et les obs. ; *ibid.* 2022. 963, obs. V. Monteillet et G. Leray ; RFDA 2021. 777, concl. S. Hoyneck.

par la Cour constitutionnelle fédérale allemande<sup>26</sup>. Ces différentes décisions permettent de discuter l'importance de l'intérêt collectif dans les contentieux juridictionnels. D'un côté, plusieurs requérants se sont vu reconnaître un intérêt à agir qui dépasse les frontières nationales. Pensons à *Urgenda* dans le cas de la décision de la Cour du district de La Haye ou aux requérants qui habitent au Népal ou au Bangladesh dans le cas de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. D'un autre côté, les différentes actions menées par les requérants ont systématiquement été inscrites dans la durée en manifestant une préoccupation pour les générations futures. Autrement dit, ces requérants ont su décentrer leur point de vue pour ne pas défendre leur intérêt uniquement, mais bien l'intérêt des générations futures. Ces différentes décisions montrent que les juges ne sont pas les seuls gardiens de l'intérêt collectif. Les citoyens sont également les défenseurs de cet intérêt. Il est donc possible de favoriser la recherche de l'intérêt collectif dans le cadre du développement d'une culture de droit, en faisant se rencontrer l'intérêt individuel et l'intérêt collectif.

### III – Pour une commune justice

La commune justice doit justement permettre de faire davantage se rencontrer les intérêts individuels et collectifs. Pour ce faire, nous devons nous entendre sur le concept

d'intérêt collectif. Un lien unit ce concept à celui de « commun ». En effet, « tout collectif recèle la promesse d'un nous » et « l'acte fondateur du nous est la mise en commun »<sup>27</sup>. Si différentes significations du « commun » existent, nous privilégions celle qui associe le « commun » à ce qui est partageable. Autrement dit, un individu fait partager à la collectivité ce qui lui appartient ou ce qui le constitue. Un exemple classique permet de comprendre la portée de cette définition, celui de certains régimes de monuments historiques. Quand bien même ces monuments n'appartiennent pas à la collectivité, leurs propriétaires doivent les partager avec celle-ci, en rendant notamment les lieux accessibles au public.

En définissant le commun comme ce qui est partageable, cela signifie que tout citoyen est porteur d'un sens collectif et qu'il peut chercher à le partager. Autrement dit, un intérêt collectif est présent en chacun de nous. La commune justice s'inscrit donc dans la philosophie du commun partageable. Cette proposition suppose la satisfaction de trois conditions. Tout d'abord, elle signifie que les requêtes des citoyens ne sont pas uniquement mues par un intérêt individuel. Ensuite, la commune justice implique que les requêtes des citoyens ne sont pas uniquement mues par un intérêt collectif. Loin de nous l'idée de promouvoir l'introduction d'une forme d'action populaire (*actio popularis*), faisant de chaque citoyen le gardien de la légalité ou

26. Bundesverfassungsgericht, 24 mars 2021, aff. n°s 2656/18, 78/20 et 96/20.

27. G. Hanus, *L'Épreuve du collectif*, Paris, Verdier, 2016, p. 86.

de la constitutionnalité. Enfin, partager une commune justice implique que les juges soient les gardiens de l'intérêt collectif.

Comment s'y prendre concrètement pour mettre en œuvre une commune justice ? Les citoyens devraient désormais être dans l'obligation de justifier d'un double intérêt à agir pour que leurs requêtes soient déclarées recevables devant une Cour suprême. D'une part, ils devraient continuer à justifier d'un intérêt individuel à agir, permettant ainsi de reconnaître la place centrale des droits et libertés individuels dans le vivre-ensemble. D'autre part, ils devraient justifier d'un intérêt collectif à agir lorsqu'ils introduisent une requête devant une Cour suprême. Autrement dit, tout citoyen devrait désormais démontrer que son intérêt individuel à agir est en mesure d'aller à la rencontre de l'intérêt collectif et concerner d'autres membres de la société. Les juges seraient alors les gardiens de l'intérêt collectif en examinant les requêtes des citoyens au regard de cette double défense des intérêts individuel et collectif.

Mais comment définir l'intérêt collectif ? Il est impossible d'offrir une définition valant pour toutes les affaires soumises à l'examen des juges des cours suprêmes. Trois critères peuvent nous permettre d'évaluer la prise en compte de l'intérêt collectif par les citoyens et les juges. Premièrement, agir dans l'intérêt collectif consiste à se décentrer. Tout citoyen qui souhaite justifier d'un tel intérêt manifeste sa volonté de ne pas être l'unique personne au centre d'un contentieux, car d'autres citoyens peuvent également être affectés par la décision contestée devant les

juges d'une Cour suprême. Deuxièmement, agir dans l'intérêt collectif consiste à s'inscrire dans une perspective agonistique et à accepter que toute décision puisse être sans cesse remise en question. Le citoyen accepte ainsi que sa cause ne soit pas figée une fois pour toutes, mais qu'elle puisse être remise en question quand bien même il obtient gain de cause devant les juges d'une Cour suprême, car ces derniers n'ont pas le pouvoir du dernier mot. Troisièmement, agir dans l'intérêt collectif consiste à continuellement contextualiser la cause défendue devant les juges. L'intérêt collectif ne peut en effet être un concept figé et enfermé dans une interprétation stricte. Il doit évoluer en fonction des progrès d'une société. Décentrage, agonisme et contextualisation sont donc les trois postures permettant de définir l'intérêt collectif.

Notre proposition de commune justice favorise finalement une métamorphose de la culture de droit. Cette culture ne doit pas uniquement renvoyer à l'affirmation des droits individuels, mais elle doit également désigner la construction d'une citoyenneté, envisagée à travers le prisme de l'intérêt collectif. Si les individus comptent dans une société, il n'en demeure pas moins que la société existe à travers les individus et que ceux-ci sont les mieux placés pour favoriser le vivre-ensemble. Plutôt qu'une culture de droit individualiste, il convient désormais de proposer une culture de droit partagée qui nous permet, à nous citoyens, de nous rappeler que nous sommes sans cesse tenus par des obligations envers les autres membres de la société.



Salle d'audience de la Cour européenne des droits de l'homme

Telle quelle résulte de l'exploration que propose ce numéro des *Cahiers de la justice*, l'Europe du droit présente un visage très contrasté. Il ne fait pas de doute qu'elle demeure l'élément moteur de l'histoire européenne depuis 1945. Son champ qui n'a cessé de s'accroître est désormais ample : à côté de l'Europe des droits de l'homme se tient l'Union européenne qui vient de recevoir la candidature de l'Ukraine. Au centre d'une multiplicité d'ordres juridiques, le juge joue un rôle central de médiateur entre les citoyens, leur droit national et l'Europe. Il en résulte une jurisprudence abondante qui témoigne d'une approche renouvelée de l'intensité de l'office du juge.

Celui-ci s'affirme comme acteur de la démocratie mais aussi porte-parole de causes collectives transnationales dès lors qu'il travaille à partir non de catégories générales mais des demandes des citoyens. À côté du juge, la naissance d'un parquet européen indépendant chargé de la protection des intérêts financiers de l'Union est une avancée majeure et récente de l'Europe

du droit. Il en est de même pour les réformes liées à la gouvernance des systèmes judiciaires qui s'inspirent des indicateurs de qualité forgés par des instances européennes (Commission européenne pour l'efficacité de la justice, CEPEJ). Toutefois, en scrutant de plus près certaines de ces avancées, les nuances apparaissent. Le principe de confiance mutuelle fondée sur des valeurs communes rencontre la défiance de certains États en matière de droit d'asile ou d'indépendance de la justice. Il en va de même dès lors qu'un État estime qu'un mis en cause peut subir dans un autre pays une détention constitutive d'un traitement inhumain et dégradant. En sorte que la confiance qu'accorde un État à son ordre juridique est – au moins sur certains points – sans comparaison avec celle dont il crédite ses voisins européens.

Ces tensions sont la manifestation de résistances plus profondes qui tiennent aux cultures juridiques et à leur rapport avec l'État de droit dont le juge est le garant. C'est sur ce paradoxe qui traverse la construction européenne que ce dossier des *Cahiers de la justice* voudrait s'interroger.

DALLOZ  
www.dalloz.fr



Réf. : 622203