

## Le juge européen peut-il être un contre-pouvoir au service de la démocratie ?

par Vincent Sizaire

L'État de droit a rarement été aussi malmené, et pas seulement en Pologne, comme vient de le suggérer la Commission européenne. Chaque crime monté à la « une » par les médias relance la vieille rengaine autoritariste et la mise en cause du juge, accusé de nuire à l'efficacité de la répression. Depuis la recrudescence d'actes qualifiés de « terroristes » sur notre territoire, on ne compte plus les voix qui, sans même attendre l'identification des victimes, martèlent tel un mantra la nécessité de « libérer » les forces de police d'entraves procédurales prétendument trop tatillonnes et, plus encore, du contrôle d'un juge, nécessairement laxiste. Au rang des accusés, il n'est pas rare de trouver la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui, de Strasbourg, veille au respect de la convention du même nom dans les quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe l'ayant ratifiée (*lire* « [Deux juridictions bien distinctes](#) »). Une convention dont la France a d'ailleurs demandé la suspension pendant la durée d'application de l'état d'urgence, de novembre 2015 à novembre 2017...

Pourtant, on est parfois mal à l'aise d'opposer aux thuriféraires d'une répression totalement débridée les garanties que nous impose le droit européen, tant celui-ci est abusivement identifié au seul droit de l'Union européenne. Car la mise en avant de sa supériorité normative constitue un outil de restriction du périmètre de la démocratie dont usent et abusent nos gouvernants, avec la bénédiction de l'essentiel de la classe médiatique. On sait en particulier à quel point, au sein des vingt-huit membres de l'Union européenne, invoquer la primauté de la règle de droit peut servir sinon à nier, du moins à limiter très sévèrement la capacité des États à décider librement de leur politique économique et sociale. Ainsi, c'est au nom de la mise en conformité de notre législation avec le droit européen que sont menées la plupart des privatisations de services publics depuis plus de vingt ans. Et c'est en application des traités et du primat de la « libre concurrence » que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui siège à Luxembourg, a pu censurer les législations des États membres réservant aux entreprises à la politique sociale vertueuse le bénéfice de certains marchés publics ([1](#)).

### Mise à mal des libertés publiques

Un tel détournement de la notion comme du mécanisme de l'État de droit crée un effet de convergence des plus problématiques. Le discours pointant le dévoiement du droit pour imposer l'orientation économique néolibérale et son obsession dérégulatrice rejoint paradoxalement la diatribe dénonçant, en son principe même, l'existence de règles destinées à préserver le citoyen de l'arbitraire des pouvoirs publics (et mises en œuvre notamment par la CEDH). Ce faisant, ce détournement favorise un discours qui, au nom de la défense de la souveraineté, met sur le même plan l'abandon du carcan néolibéral européen et la restriction, voire l'abolition, des droits fondamentaux des citoyens tels que protégés par les engagements internationaux des États. C'est

ainsi que, à la faveur de la dénonciation d'une contrainte juridique vague et générique, on assiste aujourd'hui, en Hongrie ou en Pologne, à la mise à mal des libertés publiques et en particulier des droits des demandeurs d'asile. Sans pour autant, tant s'en faut, que les gouvernements conservateurs, ou même réactionnaires, de ces pays ne remettent en cause l'hégémonie néolibérale que nous subissons depuis près de quarante ans, laquelle n'a — hélas — pas toujours besoin d'en passer par la jurisprudence de la CJUE pour se déployer. Faut-il le rappeler, ce sont les gouvernements des États membres qui, à l'unanimité, ont décidé de déréglementer totalement les mouvements de capitaux avec l'Acte unique européen de 1986, puis de mettre en œuvre l'union économique et monétaire, qui, avec le traité de Maastricht de 1992, les a dépossédés de leur souveraineté monétaire.

Pour éviter que la dénonciation d'un cadre juridique qui affecte notre liberté de définir la politique économique et sociale (sous le contrôle de la CJUE) ne serve la dénonciation d'un cadre juridique qui, au contraire, tend à protéger notre liberté de l'arbitraire du pouvoir (avec, notamment, la CEDH en garde-fou), il est donc nécessaire de dissiper toute l'ambiguïté qui entoure la notion d'État de droit. Ce qui suppose de dépasser l'opposition entre souveraineté nationale et contrôle juridique et juridictionnel de l'action des gouvernants sur laquelle se fonde sa critique contemporaine. Alors que, en régime démocratique, les gouvernants sont réputés tenir leur pouvoir du peuple et exprimer la volonté générale, au nom de quoi un juge viendrait-il contrarier cette expression ?

Cette opposition n'est cependant qu'apparente. Il suffit pour s'en convaincre de se souvenir que, dans l'Athènes du ve siècle avant notre ère comme dans la France révolutionnaire de la fin du XVIIIe siècle, l'aspiration démocratique s'est d'abord affirmée en réaction à un pouvoir politique arbitraire et affranchi de tout contrôle. Se souvenir également que, dans la philosophie politique du contrat social qui fonde encore aujourd'hui notre conception de la démocratie, l'association des citoyens n'a d'autres fins que d'assurer le respect des droits et libertés des hommes en société, afin que *« chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant (2) »*. Dans une telle perspective, le citoyen ne peut consentir à déléguer l'exercice de sa souveraineté naturelle qu'à un pouvoir qui renforce sa liberté, non qui la nie. Pour le dire autrement, un gouvernement qui, fût-il régulièrement élu, peut sans difficulté s'affranchir du respect des droits fondamentaux n'a aucune légitimité dans une démocratie. C'est en ce sens que, en 1789, les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *« considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements »*, ont posé en principe que *« le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (3)*.

C'est sous ce rapport qu'il faut envisager l'existence d'un mécanisme d'encadrement juridique et de contrôle juridictionnel de l'action des pouvoirs publics, c'est-à-dire comme le moyen de garantir aux citoyens que leurs droits et libertés seront effectivement respectés par les gouvernants. Car ce respect ne saurait résulter du seul mode de désignation de ces derniers, fût-ce au terme d'une élection vierge de toute irrégularité ou même de ces innombrables biais qui, telles l'abstention massive ou la tyrannie des sondages et du vote utile, conduisent à questionner la représentativité des élus (4).

Si certains ont pu y croire en 1789, la vague menace pesant sur un gouvernement corrompu de se voir sanctionner dans les urnes est bien insuffisante à garantir sa probité. L'histoire contemporaine nous enseigne qu'une opposition démocratique digne de ce nom ne peut exister que si le libre exercice des droits fondamentaux des citoyens est réellement garanti. En un mot, si leur est reconnu le droit à la sûreté, c'est-à-dire à la protection de la loi contre tous les abus d'autorité, publics comme privés (5). Comment combattre utilement et pacifiquement un gouvernement si, entre deux élections, il nous est impossible de faire reconnaître et sanctionner la violation de nos droits les plus

élémentaires ? Comment construire une opposition politique en l'absence de tout dispositif de contrôle de la légalité ou de la constitutionnalité de ses décisions ? Comment envisager une vie démocratique si le pouvoir peut porter atteinte à la liberté d'expression, de réunion et de manifestation en décidant, par exemple, que son simple exercice vous expose à des poursuites pouvant mener à l'incarcération ou, encore, si les exactions qui frappent les militants qui lui déplaisent sont laissées impunies ? Comment croire que la mobilisation électorale contre un pouvoir corrompu soit suffisante à le renverser s'il n'existe aucun recours juridictionnel digne de ce nom contre une fraude électorale ? Les exemples du Mexique ou de la Colombie sont à cet égard édifiants (6). Mais, même dans les États où ces libertés sont relativement protégées, l'absence ou l'insuffisance des dispositifs empêchant les pouvoirs publics de porter atteinte à nos droits économiques et sociaux conditionne très fortement la construction d'une opposition politique efficace.

En forçant à peine le trait, revendiquer une absence totale de contrôle des représentants revient à reconnaître comme démocratique un régime où, à peine élu, un gouvernement réduirait en esclavage la moitié de la population n'ayant pas voté pour lui... Par ailleurs, si l'on ne reconnaît aucune légitimité à l'encadrement juridique de l'action des gouvernants, à quel titre vouloir l'imposer à l'administration ou encore aux forces de l'ordre ? Si l'on part du principe que seul le suffrage universel est source de légitimité, ne faudrait-il pas considérer que les préfets et les services de police, pour ne citer qu'eux, ne devraient tirer leur propre légitimité que du chef de l'État, comme hier de l'empereur ?

On mesure ainsi à quel point, aux côtés d'autres contre-pouvoirs, l'existence d'un dispositif de contrôle juridictionnel des pouvoirs publics est indispensable à l'effectivité des droits fondamentaux des citoyens et, partant, à la coexistence durable des libertés en société. C'est en ce sens que le philosophe américain John Rawls, revisitant les théories du contrat social, a pu écrire : « *Il est évident que l'État de droit est étroitement lié à la liberté* (7). » Pour autant, ce contrôle n'a de sens, dans une société démocratique, que s'il a pour seule finalité de garantir la sûreté du citoyen face aux pouvoirs publics. De la même façon que le juge judiciaire a pour fonction de faire respecter la loi dans les rapports entre particuliers et de préserver la liberté du justiciable dans le processus répressif, il faut un juge pour veiller au respect par l'autorité publique du cadre juridique qui, en démocratie, fonde son intervention. Ainsi, le juge administratif a vocation à sanctionner la méconnaissance par l'administration des lois encadrant son action, et le juge constitutionnel a pour mission de veiller au respect, par le pouvoir exécutif comme le pouvoir législatif, des règles par lesquelles la Constitution encadre l'exercice de leurs attributions. À ce titre, il lui appartient de s'assurer du respect par le législateur des libertés fondamentales des citoyens, fondement et fin de l'exercice du pouvoir en démocratie, condition première du pacte social.

## Un double vice de conception

C'est au bénéfice de cette grille de lecture que nous devons analyser le rôle du juge européen ou, plutôt, des juges européens, pour apprécier la légitimité démocratique de leur office. Ainsi, les décisions de la CEDH, qui n'ont d'autre objet que de sanctionner la violation par les États des droits que leurs résidents tirent de la convention du même nom, tendent à renforcer l'effectivité des libertés fondamentales proclamées nationalement et qui sont, comme nous l'avons vu, au fondement du pacte social démocratique. En ce sens, l'office de la Cour de Strasbourg est assimilable à celui d'un juge constitutionnel, en subordonnant les législations nationales au respect de la convention européenne des droits de l'homme.

De ce point de vue, la CJUE souffre à l'inverse d'un double vice de conception. D'une part, si elle est chargée de veiller au respect de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle joue avant tout le rôle d'une juridiction suprême chargée de veiller au respect des prérogatives

respectives des États membres et de l'Union au sein d'une fédération qui ne dit pas son nom tant les assises démocratiques qu'elle présente, dans son principe comme dans son mode de fonctionnement, sont fragiles (8). D'autre part et surtout, la Cour tire des traités européens le pouvoir de censurer les politiques publiques menées localement au seul motif de leur contrariété avec une orientation économique et sociale arbitrairement élevée au rang de norme juridique supralégale.

En restreignant l'espace légitime de la délibération démocratique, cette « hyperconstitutionnalisation » (9) pose problème dans l'encadrement des politiques nationales par le droit de l'Union européenne et le contrôle subséquent qu'opère la CJUE. Mais, si l'on sortait de son champ d'intervention l'ensemble des dispositions subordonnant toute politique économique au primat de la « libre » concurrence et la dérégulation des mouvements de capitaux, son office cesserait de servir d'instrument de restriction abusive de la souveraineté des peuples et des États. Il pourrait même contribuer au renforcement des libertés fondamentales des citoyens de l'Union, comme en témoignent certains arrêts récents de la CJUE. C'est ainsi qu'elle a annulé certaines dispositions de la directive 2006/24/CE relative à la conservation des données de connexion, en raison de l'atteinte disproportionnée qu'elle portait à la vie privée (10), ou, encore, estimé qu'il n'était pas possible de pénaliser le simple séjour irrégulier d'un étranger sur le territoire européen sans porter une atteinte excessive au droit à la libre circulation des personnes (11).

Mais c'est surtout au niveau national que l'on constate que les actions en justice peuvent, bien plus que toute forme d'interpellation des pouvoirs publics — fût-elle électorale —, contribuer au renforcement des droits et, partant, de la démocratie. Exemple parmi bien d'autres, les recours contentieux à l'initiative depuis une quinzaine d'années de la section française de l'Observatoire international des prisons (OIP) auprès des juridictions administratives auront fait avancer les droits des personnes incarcérées de façon autrement significative que les innombrables rapports gouvernementaux et parlementaires déplorant les conditions de détention indignes qui caractérisent nos prisons (12). De la même façon, les arrêts rendus en France par la Cour de cassation condamnant l'État en raison des discriminations constatées dans la pratique des contrôles d'identité auront davantage fait évoluer les pratiques que toutes les pétitions demandant l'institution d'une obligation pour l'agent verbalisateur de délivrer un récépissé à la personne contrôlée (13). Observons enfin que, entre le 1er mars 2010, date d'entrée en vigueur du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), permettant à tout justiciable de faire directement valoir la violation de ses droits et libertés constitutionnellement garantis, et le 1er mars 2015, le Conseil constitutionnel a rendu 145 décisions annulant totalement ou partiellement des dispositions contrevenant à ceux-ci.

Un tel mode d'action est aujourd'hui essentiellement utilisé pour la sauvegarde des droits dits civils et politiques (liberté d'aller et venir, d'expression, droit au respect de la vie privée...). Mais rien n'interdit de faire de même avec les droits économiques et sociaux proclamés par les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 — pendant de la convention européenne des droits de l'homme —, mais, également, le préambule de notre Constitution, qui soumet la loi au respect des principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* ». Issus du programme du Conseil national de la Résistance et proclamés par la Constitution du 27 octobre 1946, ces principes ont été intégrés à notre ordre constitutionnel par une décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971. Ils visent notamment à garantir le droit à la sécurité sociale, aux services publics et à une législation du travail protectrice. Ainsi, loin de conforter l'empire du néolibéralisme sur la conduite des politiques publiques, le contrôle juridictionnel permettrait de le faire refluer. Une évolution qui peut être menée à droit constant, pour peu que les justiciables s'emparent davantage de ces outils juridiques. C'est ainsi que, en 2008, la Cour de cassation a pu invalider le contrat de travail dit « nouvelles embauches », qui limitait considérablement la protection du salarié face au licenciement, en se fondant sur la convention no 158 de l'OIT (14).

Bien sûr, la qualité du contrôle juridictionnel des pouvoirs publics est intimement liée aux conditions matérielles et institutionnelles favorisant, ou non, son indépendance et son impartialité — à cet égard, notre système juridictionnel offre certes d'indéniables marges de progression... Ainsi, les membres du Conseil constitutionnel demeurent nommés de façon totalement discrétionnaire par le président de la République et les présidents des assemblées parlementaires. Si l'inamovibilité des juges est garantie, l'influence qu'exerce le ministère de la justice — ou, s'agissant des juges administratifs, le Conseil d'État — sur leurs conditions de nomination et le déroulement de leur carrière n'est pas sans incidence sur leur capacité à résister aux diverses pressions qui les affectent. Relevons enfin que, en dépit d'une augmentation faible, mais continue depuis le début des années 2000, le budget de la justice demeure l'un des plus pauvres d'Europe (15). Par ailleurs, le recours au juge, qui n'intervient que de façon ponctuelle, au terme d'un parcours procédural généralement coûteux, complexe et parfois longtemps après que l'atteinte a été commise, ne constitue évidemment pas un moyen suffisant d'assurer l'effectivité des droits et libertés des citoyens.

Plus fondamentalement, le recours au juge ne saurait être considéré comme le mode normal par lequel faire valoir l'atteinte à ses droits dans une société démocratique, mais bien comme le dernier recours dans une situation de blocage. C'est aux individus qu'il appartient, au premier chef, de revendiquer l'application effective de la loi et le respect de leurs libertés fondamentales. Un exercice qui suppose que chacun puisse les connaître. Alors que l'enseignement du droit ne se fait qu'à l'université et que le budget de l'accès au droit, hors aide juridictionnelle, compte aujourd'hui pour moins de 0,1 % de la dépense publique, on mesure l'ampleur de l'entreprise. Permettre à toutes et tous d'accéder enfin à une pleine maîtrise de leurs droits constitue pourtant un enjeu de tout premier ordre si nous voulons que l'État de droit cesse d'être un épouvantail agité par les artisans du « tout répressif » ou d'être dévoyé en cheval de Troie de l'idéologie néolibérale. Et qu'il devienne, théoriquement comme concrètement, une condition de l'exercice plein et entier de notre citoyenneté.

Vincent Sizaire

*Magistrat, maître de conférences associé à l'université Paris Nanterre, auteur de Sortir de l'imposture sécuritaire, La Dispute, Paris, 2016.*

#### Notes :

- (1) Cour de justice des communautés européennes, affaire C-438/05, « International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti », arrêt du 11 décembre 2007.
- (2) Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, coll. « GF », Paris (1re éd. : 1762).
- (3) Préambule et article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
- (4) Cf. André Bellon, *Ceci n'est pas une dictature*, Mille et une nuits, Paris, 2011.
- (5) Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
- (6) Lire Luis Alberto Reygada, « [Les uns votent, les autres trichent](#) », *Le Monde diplomatique*, novembre 2017.
- (7) John Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, coll. « Points », Paris, 1997 (1re édition : 1971).
- (8) Sur ce qui est pudiquement dénommé le « déficit démocratique » de la construction européenne, cf. notamment Élisabeth Gauthier, Marie-Christine Vergiat et Louis Weber, *Changer d'Europe*, Éditions du Croquant, coll. « Enjeux et débats », Bellecroube-en-Bauges, 2013.
- (9) Selon l'expression de Dieter Grimm, « [Quand le juge dissout l'électeur](#) », *Le Monde diplomatique*, juillet 2017.
- (10) Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), affaires C-293/12, Digital Rights Ireland, et C-594/12, Seitlinger, arrêts du 8 avril 2014.
- (11) CJUE, affaire C-61/11 PPU, El-Dridi, arrêt du 28 avril 2011, et affaire C-329/11, Achughabian, arrêt du 6 décembre 2011.
- (12) Parmi plus d'une vingtaine, on peut noter la décision no 410677 du Conseil d'État du 28 juillet 2017.
- (13) Cour de cassation, 1re chambre civile, arrêt no 1239, 9 novembre 2016.
- (14) Cour de cassation, chambre sociale, arrêt no 1210, 1er juillet 2008.
- (15) « [Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice](#) » (PDF), *Études de la CEPEJ*, no23, Commission européenne pour l'efficacité de la justice - Conseil de l'Europe, 2016.