

Conclusions.

La résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés : actualités et prolongements des regards historiques

François TULKENS

A priori, il pourrait y avoir quelque incongruité à demander à un non-historien de clore des études historiques fouillées, parfois pointues, fondées sur des recherches approfondies et rigoureuses.

En effet, à défaut de disposer du même savoir, et partant d'un savoir-faire adéquat, le propos de conclusion risque de n'être pas en phase avec le sujet, ou au mieux, de répéter en moins bien ce qui a été exposé. Et pourtant, il y a aussi quelque pertinence à demander à un regard extérieur, – celui d'un juriste qui veut pratiquer l'interdisciplinarité –, de prolonger, si possible, les réflexions. A cet égard, on ne peut qu'être frappé par la permanence des questions examinées : l'Histoire nous les ressert non pas comme des reliques du passé, mais en tant que référents répondant à des interrogations actuelles. Certes ces interrogations sont renouvelées dans certains de leurs éléments, mais le « retour aux bases » s'avère plus qu'intéressant. La résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés est un sujet extrêmement vaste, qui pourrait être approché sous bien des angles, bien des périodes.

Les contributions de ce numéro traitent des rapports des gouvernés aux trois pouvoirs traditionnels. Par rapport au pouvoir législatif, qui

fait la loi ? Par rapport au pouvoir exécutif, quel usage a-t-on fait de la grâce ? Et enfin, une bonne part des sujets sont relatifs au pouvoir judiciaire : Quelles actions ? Devant quels juges ? De quels moyens disposent ceux-ci ? Selon quels modes vont-ils intervenir ? Autrement dit, quelle est l'influence des gouvernés sur ces divers gouvernants et vice-versa ? Tous ces rapports sont, bien évidemment, toujours d'actualité. L'objectif des présentes est, sans prétention d'exhaustivité, d'en montrer l'actualité et les prolongements qui se profilent.

On a cru pouvoir rassembler les différents sujets abordés autour de cinq questions.

La confection de la loi : de l'imposition à la codécision

Madame Rousselet-Pimont montre avec finesse comment au XVI^e siècle, le discours législatif utilisait, de manière variable, d'une part la concertation comme « alibi » permettant de désamorcer les conflits avec le citoyen à propos de la légitimité de la loi, et, d'autre part, la raison certes réduite à la subjectivité du roi –, i.e. l'expression d'un volontarisme fondé sur le dogme de l'infailibilité du souverain. On sait qu'on a fait bien du chemin depuis lors. Si la loi est restée sacrée, c'est non plus en raison du « bon plaisir » du roi, mais de sa qualité nouvelle, à savoir être l'expression de la volonté du peuple exprimée à travers les représentants élus.

Cette sacralisation nouvelle a cependant perdu de sa superbe au XX^e siècle. On a dû admettre que le législateur peut mal faire. Au-dessus du peuple synchronique, il y a le peuple diachronique qui s'est exprimé au travers de la Constitution. Celle-ci exprime des valeurs permanentes que le Parlement d'un moment est tenu de respecter. Par conséquent, des juridictions constitutionnelles ont été mises en place dans la plupart des démocraties occidentales afin d'assurer le respect de la Constitution au point de pouvoir annuler ou d'écarter les lois qui seraient contraires à celle-ci.

Il n'en reste pas moins que, comme au XVI^e siècle, il s'agit d'assurer que la loi soit acceptée. Ce n'est pas seulement en aval de celle-ci, par l'expulsion de la loi contraire au système, mais aussi en amont de celle-ci, que nos sociétés ont veillé à susciter l'adhésion des

gouvernés. Plusieurs phénomènes peuvent à cet égard être relevés. Tout d'abord, les mécanismes de concertation lors de l'adoption des lois ont été renforcés. On ne compte plus les consultations, auditions, expertises, etc. qui précèdent ou accompagnent l'adoption de nombreux textes de loi. Certes, cette concertation peut avoir un aspect purement formel, aux effets extrêmement limités. Nul ne peut cependant garantir que la concertation n'aura pas une incidence réelle et parfois imprévue. Ce phénomène de participation a, par exemple, été spécialement consacré en matière environnementale dans la convention d'Aarhus du 25 juin 1998¹. Outre la participation, apparaissent aussi peu à peu des exigences de qualité de la loi, exigences destinées, ici également, à rendre celle-ci plus acceptable. Des comités d'évaluation des lois avant et après adoption de celles-ci, sont mis en place ; des exigences formelles, procédurales, voire matérielles, aboutissent, peu à peu, à imposer des standards de qualité à la loi². Enfin, un cran plus loin, il faut également évoquer les processus de consultations populaires ou de referendums qui permettent tantôt de déclencher des initiatives législatives, ou à l'inverse, de contester celles qui ont été prises.

On le voit, à divers égards, l'on est passé d'une imposition unilatérale de la loi, parfois fondée sur l'arbitraire, à une forme de codécision dans l'adoption de celle-ci. Certes, le législateur, composé de gouvernants élus, dispose toujours de la plus grande légitimité mais l'acceptation de son « *discours législatif* » suppose une forme de « *collectivisation de la décision* », au-delà des élus, qui passe par le respect d'exigences procédurales et de qualité matérielle de la loi, sans pour autant éliminer le risque qu'*in fine*, la loi soit contestée en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

¹ Pour plus de développements, cf. B. JADOT (dir.), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 310 p.

² Cf. F. TULKENS, « Principes de bonne législation et renouveau démocratique : qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas? », dans *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 491-504.

Grâce et politique : rien de neuf sous le soleil

A la manière d'un entomologiste, Monsieur Eric de Mari examine la politique de grâce des condamnés dans le département de l'Hérault entre 1852 et 1859. Ce petit échantillon d'usage de la clémence lui permet de constater qu'elle est un moyen pour obtenir la soumission politique du condamné, au terme d'une pratique aléatoire mais qui devient un mode de gouvernement.

Avec pertinence, il pointe également que la politique de la grâce est cependant profondément discriminatoire dans le choix des graciés et de ceux qui sont délaissés. Une récente et stimulante étude sur le sujet³ montre que la grâce n'est certes plus destinée à obtenir une allégeance politique, mais qu'elle reste une prérogative dont les éléments essentiels ne sont pas encadrés par un texte mais, tout au plus, par des usages au caractère obligatoire non assuré. C'est ainsi que le condamné ne possède aucun droit à la grâce : elle peut être demandée, sans garantie d'être accordée ; à l'inverse, elle peut être spontanément octroyée, sans avoir été demandée. La grâce peut être entière ou assortie de conditions, avec risque de révocation en cas de non-respect des conditions. La grâce ne fait traditionnellement pas l'objet d'un contrôle juridictionnel. On constate toutefois que le Conseil d'État de Belgique tend à se déclarer compétent pour connaître de mesures d'exécution des peines, notamment les sanctions prises à l'égard des détenus. L'extension de cette jurisprudence aux mesures de grâce, accordées ou refusées, est discutée en doctrine : soit la grâce n'est pas intrinsèquement liée à la peine, et le Conseil d'État pourrait en connaître, soit elle se rattache à l'exercice du pouvoir judiciaire, et elle échappe alors au contrôle du Conseil d'État.

Plus fondamentalement, l'exercice discrétionnaire de la grâce alimente le débat sur l'existence d'éventuels « actes de gouvernement », c'est-à-dire des actes du chef de l'État qui, par nature, échapperaient à tout contrôle juridictionnel. On sait qu'en Belgique, contrairement à la France, la théorie des « actes de gouvernement » n'existe pas. Dans un État de droit, aucun acte posé par une autorité publique ne peut, en

³ M. VERDUSSEN et E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge – Amnistie, grâce et prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 172 p.

règle, être soustrait à un contrôle juridictionnel. Déterminer en quelle qualité la grâce est exercée par l'autorité, – au nom du pouvoir judiciaire ou au nom de l'Exécutif – est alors essentiel. Dans le premier cas, la grâce reste un des rares pouvoirs régaliens non contrôlable ; dans le second, elle serait ramenée au niveau des actes administratifs contrôlables tant au plan formel que matériel. Un débat constitutionnel sur le sujet serait sans doute nécessaire pour clarifier les ambiguïtés persistantes ⁴.

**Les juges des litige(s) entre gouvernants et gouvernés :
*quod abundat, viciat***

Pierre-Olivier de Broux a brillamment synthétisé, jusque dans ses dernières évolutions, l'irrésistible émergence de la protection juridictionnelle des gouvernés face aux gouvernants. Cette protection est aujourd'hui incontestable, au point que, par sa multiplicité, elle entrave régulièrement, voire excessivement, l'action de l'autorité ! En effet, comme un millefeuille, on a superposé les protections anciennes, modernes et récentes, sans cependant réellement les articuler.

De tout temps, le pouvoir judiciaire a occupé la place de choix. Comme l'a très bien montré Françoise Muller, la création, non sans « exhortations et résistances », du Conseil d'État en 1946 ne posait pas *a priori* de difficultés. La concurrence entre les deux ordres de juridictions était *a priori* impossible, – d'une part le contentieux des droits subjectifs, de l'autre le contentieux objectif. De toute manière, *in fine*, la Cour de cassation avait le pouvoir du dernier mot pour déterminer ce qui avait été confié par le constituant au second, le contentieux administratif, d'une part, et d'autre part au premier, à savoir le contentieux judiciaire (i.e. les droits civils et les droits politiques, sauf exceptions légales). L'inconvénient majeur du système tient cependant dans le fait que la Cour de cassation intervient *in fine* de procédures parfois

⁴ M. VERDUSSEN et E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge – Amnistie, grâce et prescription, op. cit.*, not. p. 83-95 et 156-157

fort longues, parfois pour constater qu'*ab initio*, le litige n'a pas été traité par le juge compétent⁵ !

Depuis 1983, la création d'une Cour constitutionnelle a sensiblement modifié la donne. Ici également, entre exhortations doctrinales⁶ et résistances judiciaires⁷, on a tout d'abord mis en place une juridiction dont le nom et la compétence ont été volontairement limités : il ne s'agissait que d'une « Cour d'arbitrage » chargée d'assurer le respect de la répartition des compétences dans une Belgique en train de se fédéraliser.

De fil en aiguille, par des réformes survenues en 1989, 2003 et 2007, la Cour d'arbitrage a pris du galon : son nom a été modifié (elle s'appelle désormais Cour constitutionnelle), ses compétences ont été élargies (elle s'occupe, outre le contentieux originaire, également de tout le respect des droits et libertés fondamentaux), ses modes de saisine ont été élargis. La Cour est devenue un pion majeur dans l'échiquier juridictionnel. La difficulté tient cependant dans le partage de la suprématie à trois. Chaque haute juridiction – Cour de cassation, Conseil d'État et Cour constitutionnelle – entend protéger le citoyen contre les gouvernants, la dernière par le contrôle de la loi, le second par le contrôle des actes administratifs et le premier par le contrôle sous l'angle de la responsabilité civile. Il faut cependant constater que les collisions, concurrences et luttes de préséance entre ces juridictions sont nombreuses, tant au détriment des gouvernés (qui ne savent pas toujours à quel juge se vouer) qu'au préjudice des gouvernants, qui subissent moult contrôles successifs, avec un sentiment d'histoire sans fin.

Il existe aujourd'hui une tendance assez nette à vouloir remettre de l'ordre dans ce foisonnement juridictionnel, notamment en instaurant une forme de préséance entre juridictions, ou en mettant fin au dualisme cours et tribunaux/Conseil d'État. Nombre d'arguments avancés

⁵ Voir par exemple, les arrêts du 20 décembre 2007 (*Noir et Druetz*) qui cassent des arrêts du Conseil d'État lequel s'était, à tort, déclaré compétent pour trancher des litiges introduits devant lui tantôt en 2000, tantôt en 1987 !

⁶ Voy. par exemple F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « En route pour la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1983, p. 226.

⁷ Voir F. DUMON, « La Cour d'arbitrage – Juridiction – Non-autorité politique », *J.T.*, 1983, p. 533.

lors de la laborieuse gestation du Conseil d'État refont aujourd'hui surface, ce qui rend la contribution de Françoise Muller encore plus intéressante. Certes, il n'est pas du tout question de restaurer une pyramide classique, dès lors que le droit fonctionne désormais en réseau, mais bien de rappeler que dans le réseau, il y a des capitales parfois plus importantes que d'autres. Dans cet objectif de remise en ordre, l'on trouve aussi les perpétuelles discussions sur la carte judiciaire.

Renaud Limelette voit, à juste titre, dans l'évolution de la carte judiciaire, de l'Ancien Régime, une illustration de la relation entre gouvernants et gouvernés. A l'époque déjà, toute réforme judiciaire se devait d'être inspirée par l'intérêt du justiciable, en vue de lui assurer une meilleure administration de la justice, tout en tenant compte du territoire existant. Son analyse des vicissitudes géographiques rencontrées par le justiciable dans le ressort du parlement de Flandre, couplées aux conflits issus de la diversité des compétences juridictionnelles, n'est pas loin de l'écheveau que l'on connaît aujourd'hui entre juridictions judiciaires et administratives, tel qu'il a été évoqué ci-dessus. La multiplicité d'ordres juridictionnels distincts, et leur organisation géographique constituaient à l'époque, tout comme aujourd'hui, une difficulté pour les gouvernants et les gouvernés. On en veut pour preuve, aujourd'hui, les objections qu'a soulevées la réforme de la carte judiciaire en France, objections qui n'ont cependant pas été consacrées judiciairement puisque, dans une série d'arrêtés prononcés le 19 février 2010⁸, le Conseil d'État de France a rejeté une centaine de requêtes critiquant la réforme judiciaire, n'annulant finalement que quelques décisions ponctuelles. Pour rappel, la réforme de 2008, vouée à entrer en vigueur en 2011, prévoit la suppression de 23 tribunaux de grande instance sur 181, de 178 tribunaux d'instance sur 473, de certaines juridictions de proximité, mais en même temps, la création de 7 nouveaux tribunaux d'instance et autant de juridictions de proximité.

Eu égard à l'objectif, à valeur constitutionnelle, de bonne administration de la justice, le Conseil d'État a estimé que les principes de la réforme étaient admissibles, à savoir de meilleures affectations des moyens, de professionnalisation et de spécialisation accrues des ma-

⁸ C.E. France, section du contentieux, n° 322407 et autres

gistrats, de limitation de l'isolement des juges par une proximité avec d'autres services publics, etc. En Belgique, durant l'été 2009, le ministre de la Justice a aussi publié une note d'orientation concernant le paysage judiciaire et la nouvelle architecture de la justice. On y trouve notamment un regroupement d'arrondissements ou de tribunaux afin d'aboutir à une gestion plus efficace, ce qui passe par un réaménagement géographique. Le Conseil supérieur de la justice a, le 30 septembre 2009, fait part de son avis, partiellement favorable, mais également critique en raison d'un manque de logique des fusions proposées, d'une absence de prise en compte des « bassins de vie »⁹. Les intentions du ministre n'ont cependant pas été développées plus avant, en raison d'une autre forme de réorganisation, nettement plus « révolutionnaire », à savoir la défédéralisation de la compétence judiciaire, au profit d'un code judiciaire et de l'organisation des juridictions. Les projets politiques développés en ce sens durant l'été 2010 ont cependant, eux aussi, suscité bon nombre d'objections¹⁰.

Remettre le juge à une plus juste place

Deux contributions amènent à se pencher sur le rôle parfois excessif confié au juge.

Tout d'abord, Monsieur Éric Battistoni pose, avec d'autres, l'excellente question de savoir si le monde judiciaire est apte à intégrer en son sein (qu'il qualifie de citadelle !) les modes alternatifs de règlement des conflits. Sa question ne s'adresse, au demeurant pas, qu'aux juges, mais également aux avocats. Ce sont en effet eux qui, en amont, sont les premiers juges de leurs clients. C'est donc à eux qu'il revient avant tout d'examiner dans quelle mesure un conflit peut être réglé judiciairement ou alternativement. L'on répondra à la question

⁹ Conseil supérieur de la justice, avis sur la note d'orientation « *Le paysage judiciaire – Une nouvelle architecture de la justice* », 30 septembre 2009.

¹⁰ Voir la note diffusée le 17 octobre 2010 par Monsieur Bart De Wever, en sa qualité de clarificateur mandaté par le Roi pour régler, si possible, la confusion politique qui a fait suite aux élections qui se sont tenues le 13 juin 2010 et le communiqué en réponse de l'Association syndicale des magistrats qui fait part de ses objections (*Journal des tribunaux*, 2010, p. 603).

en soulignant que les barreaux ont fait des efforts substantiels ces dernières années pour favoriser la médiation, le droit collaboratif, les conciliations, etc. On en veut pour preuve, notamment, le très intéressant colloque organisé en septembre 2010, par le bâtonnier fraîchement élu, sur le thème « Une autre façon d'être avocat ¹¹ ». De même, les juges ont intégré, dans la mesure du possible, les mêmes nécessités de conciliation, de médiation, même s'il ne leur revient pas de cumuler toutes ces qualités. Celles-ci s'exercent ainsi, de manière implicite mais certaine, dans leur gestion de l'audience, dans l'approche des dossiers, dans l'audition des parties, etc.

Les juges savent qu'il ne s'agit pas, dans des contentieux où la vérité judiciaire n'est jamais unique, de trancher par sentence, mais bien de pondérer des intérêts contradictoires, d'arbitrer entre des valeurs antagonistes, etc. Ce n'est qu'en dernier lieu, si toutes les possibilités de règlements alternatifs ont échoué, que le juge devra, comme le veut la loi, faire son office ¹². Si le recours au juge peut donc être relativisé puisque d'autres voies de règlement se mettent en place, il est un fait que les juges disposent d'une arme redoutable, à savoir l'exception d'illégalité des actes administratifs inscrite à l'article 159 de la Constitution. Pour rappel, ce pouvoir d'écarter un texte non conforme à des normes supérieures, peut s'appliquer sans limitation dans le temps, à des textes parfois très anciens ou récents, appliqués jusqu'à alors sans difficultés. Ce pouvoir d'écarter des textes participe assurément de la protection des gouvernés contre les gouvernants. Les conséquences ravageuses qu'il peut avoir, dès lors que chaque norme est assise sur une potentielle « bombe à retardement » obligent toutefois aussi à s'interroger sur la pertinence du mécanisme dans notre démocratie du XXI^e siècle. S'il pouvait se concevoir, au XIX^e siècle, de faire prévaloir à tous égards et en tous moments la légalité, afin d'assurer le respect de la pyramide des normes, doit-il en être encore ainsi aujourd'hui ?

N'y a-t-il pas des valeurs, tout aussi importantes que la légalité, qu'il convient de préserver et notamment celle de la sécurité juridique ? Cela amène d'aucun à plaider pour que, soit l'usage de l'article

¹¹ « Une autre façon d'être avocat », un compte-rendu de ce colloque, voir François MOTULSKY, *Journal des tribunaux*, 2010, p. 583-584

¹² Et sans pour autant se transformer en bourreau !

159 de la Constitution soit limité dans le temps¹³, soit la possibilité pour le juge de tempérer les effets de l'illégalité qu'il constate soit généralisée. Comme le permettent d'autres textes¹⁴, il apparaît en effet opportun que le juge puisse, si besoin en est, tempérer les effets de la décision qu'il prononce, décision qui peut avoir des conséquences pour le moins perturbatrices de l'ordre juridique. Raison de plus d'encadrer ce que l'on a appelé une « politique jurisprudentielle du droit transitoire¹⁵ », eu égard à l'importance prise désormais par le juge dans la gestion de la société.

En route vers l'action populaire

Paradoxalement par rapport à ce qui précède, certains gouvernés (mais sans doute moins les gouvernants...) sont demandeurs d'un accès encore plus large aux juges. Ils sont en train, peu à peu, de l'obtenir, au point qu'apparaissent, dans certains secteurs du droit, une véritable action populaire. Cela est justifié par la dimension de plus en plus collective des litiges opposant les gouvernants et gouvernés.

Deux indices en témoignent : tout d'abord, des projets se concrétisent peu à peu pour instaurer, des « *class action*¹⁶ ». Ensuite, on voit peu à peu poindre une forme d'action populaire environnementale. Les *class action* ou actions de groupe sont redoutées par les gouvernants, le monde industriel, etc. Pourtant, on conçoit mal que l'on puisse en faire l'économie : à dommage(s) de masse, litige(s) de masse. Les USA les pratiquent depuis des années ; 13 États européens l'ont

¹³ Par exemple, on ne pourrait plus l'utiliser après cinq ou dix ans d'application d'un texte.

¹⁴ Voir, par exemple, l'article 14 *ter* des lois coordonnées sur le Conseil d'État ou l'article 8 al. 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁵ F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions jurisprudentielles. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », dans F. OST et M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 91 et s.

¹⁶ Pour plus de développements, voir A. LEGENDRE (COORD.), *L'action collective ou action de groupe. Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2010.

instaurée ; la Commission européenne y réfléchit sous forme de livres blanc et vert. Bref, la demande d'adapter les règles de procédure aux litiges collectifs est indéniable et des évolutions sont prévisibles, témoignant d'une confiance renouvelée au juge pour arbitrer les nouvelles dimensions de possibles différents entre gouvernants et gouvernés.

De même, l'acceptation par les juges que des habitants puissent agir au nom et à la place de pouvoirs publics défaillants, notamment en vue de protéger l'environnement, rapproche de l'action populaire. Pour le dire en résumé, les communes ont le pouvoir d'agir afin de mieux protéger l'environnement. Par ailleurs, d'anciennes dispositions légales un peu oubliées permettent aussi aux habitants d'agir à la place de la commune défaillante. On a donc vu des habitants agir au nom d'une commune défaillante afin de mieux protéger l'environnement. On a même vu ces habitants être admis à agir, toujours au nom de la commune, contre... des actes émanant de la commune elle-même¹⁷ ! En outre, la Cour de cassation vient d'admettre récemment que si la commune devait « se réveiller » et intervenir à la cause introduite en son nom par les habitants, ceux-ci pouvaient rester néanmoins à la cause, non pas en qualité d'habitants, mais bien toujours... en qualité de représentants des intérêts de la commune, aux côtés de la commune elle-même!¹⁸

On en arrive ainsi à faire du juge l'arbitre des litiges entre gouvernants et gouvernés, non pas à propos des actes de gouvernants, mais bien à propos de la manière de gérer au mieux l'intérêt général, conçu parfois différemment, d'une part par les gouvernés et, d'autre part, par les gouvernants. On le voit, cette évolution au plan local, ouvre des perspectives essentielles et, ne le cachons pas, perturbantes. Alors qu'elle était *a priori* légitime, l'action des gouvernants est de plus en plus brouillée. Ceux-ci ont, au-dessus de leur tête, une « épée de Damoclès citoyenne » qui s'exprime sous forme d'une concurrence po-

¹⁷ Pour plus de développements, voir G. PIJCKE et F. TULKENS, « L'action en cessation environnementale exercée par les habitants : une action populaire consacrée par la Cour constitutionnelle? », note sous C.C., n° 70/2007, 26 avril 2007, *Aménagement-Environnement*, 2007/4, p. 204-212.

¹⁸ Cass., 26 septembre 2010, inédit.

tentielle de leurs décisions par les gouvernés. Le juge se retrouve, une fois de plus, – mais à quel titre ? – dans la délicate position de l'arbitre des divergences de vues entre représentants élus-décideurs et représentés citoyens-contestataires de ceux-ci. Il serait bien hasardeux de tenter de prédire comment cette situation va évoluer.

Tout au plus, dira-t-on que les rapports entre gouvernés et gouvernants sont loin d'être figés, en sorte que la mise en perspective historique a d'autant plus un sens.