

## ***Les Conférences***

*Conférence présentée au CREDOF, le 7 mars 2013*

### ***Démocratie participative : le rôle du pouvoir judiciaire***

*par Sueli Gandolfi Dallari*

*Professeure de droit sanitaire à l'Université de São Paulo, Brésil  
Coordinatrice du Nucleo de Pesquisa em Direito Sanitário  
de l'Université de São Paulo (<http://cepedisa.org.br>)  
Rédactrice en chef de la Revista de Direito Sanitário ([www.revistas.usp.br/rdisan](http://www.revistas.usp.br/rdisan))*

Essayer de trouver une réponse capable d'articuler les contrôles judiciaires avec les mécanismes de démocratie participative à toutes les phases des politiques publiques exige d'examiner les principaux éléments du contexte actuel qui suscite l'intérêt pour la démocratie participative (2) : (a) le grand essor du langage des droits humains, qui s'est affirmé partout dans le monde, en surmontant des barrières culturels ; (b) le développement du « néo constitutionnalisme », qui a progressivement conquis une place parmi les théoriciens du droit constitutionnel, surmontant lui aussi les limites du formalisme juridique solidement gravé dans la pierre tout au long du dix-neuvième siècle ; et (c) le nouveau rôle joué par le pouvoir judiciaire, lié à l'acceptation de son caractère d'organe politique au même titre que les pouvoirs exécutif ou législatif et à la prévalence des valeurs dans la communauté.

Soumettre les politiques publiques au contrôle du pouvoir judiciaire exige aussi un examen de la notion de participation actuellement associée au mot démocratie (2), soit (a) dans les normes juridiques nationales ou internationales, soit (b) dans la compréhension du thème par quelques chercheurs contemporains. On terminera avec une analyse des possibilités d'action laissées au pouvoir judiciaire lors du nécessaire contrôle juridictionnel exercé sur la participation populaire aux politiques publiques (c).

#### **I. Le pouvoir judiciaire aujourd'hui : renouveau des droits humains et néo-constitutionnalisme.**

L'expérience historique actuelle donne à voir une revalorisation du droit comme instrument de conquête de la paix sociale interne aux États, mais aussi entre les États contemporains. La dissémination des droits humains comme argument pour la création des organisations internationales ou, même, pour les négociations commerciales est un symptôme de ce

tableau, comme le sont également l'expansion d'un constitutionalisme qui, en plus d'établir les règles fondamentales de sociabilité, s'occupe aussi de leur réalisation effective, et de la reconnaissance du rôle politique du pouvoir judiciaire.

(a) La fin de la seconde Guerre mondiale, moment où l'on répond à une période de destruction par la promotion un nouveau pacte internationale, est le moment où on le langage des droits humains entame son essor. *De facto*, avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, de 1948, s'impose une nouvelle conception du droit lui-même qui, selon Dalmo Dallari, « *exclut les constructions formelles sans base sociale, les constructions vouées à la garantie des privilèges masqués en droit, pour sa légitimation* »<sup>1</sup>. Il est évident que l'évolution vers l'affirmation du lien nécessaire entre l'affirmation du droit et sa réalisation n'a pas été linéaire ; l'examen des discussions lors de l'élaboration des Pactes de 1966 sur les droits de l'homme est une preuve accablante des énormes obstacles à la compréhension de l'interdépendance des droits civils et politiques et de ceux économiques, culturels et sociaux. Le temps écoulé (du commencement des années 1950 à 1976) entre l'idéalisation initiale de droits unitaires, le besoin de les présenter finalement en deux propositions séparées, et leur entrée en vigueur, suffit à comprendre les difficultés rencontrées. Mais l'évolution ne serait pas complète sans la Déclaration de Vienne, adoptée le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, qui réaffirme que « *tous les droits de l'Homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. .... il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales* » et que « *la démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont interdépendants et se renforcent mutuellement. La démocratie est fondée sur la volonté, librement exprimée, du peuple qui détermine le système politique, économique, social et culturel qui sera le sien et sur sa pleine participation à tous les aspects de la vie de la société. ...* » (Articles 5 et 8)

Ainsi, il est possible d'affirmer que, dans cette conception, les droits humains, comme le dit Maurice Cranston, sont une forme de 'droit moral' différents des autres car ils sont des droits de toutes les personnes, par tous les temps et toutes les situations : un droit humain est une chose dont personne ne peut être dépossédé sans faire une sévère offense à la justice.<sup>2</sup> Comme l'explique aussi Dalmo Dallari: « Les droits Humains sont des attributs naturels, essentiels et inaliénables de la personne, que celle-ci peut opposer à n'importe quelle action ou omission qui offense ou menace d'offenser son intégrité physique et mentale et sa dignité, ou qui empêche la satisfaction de ses besoins essentiels, physiques, intellectuels, affectifs et spirituels ainsi que le libre développement de sa personnalité »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> D. A. Dallari, *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século vinte e um*, São Paulo, Saraiva, 2010 p.289.

<sup>2</sup> M. Cranston, *O que são Direitos Humanos?*, São Paulo, DIFEL, 1979, p.68.

<sup>3</sup> D.A Dallari. *op.cit.*, pp.296-297.

(b) L'incorporation du texte de la Déclaration de 1948 et des dispositifs prévus par les Pactes de 1966 a abouti au développement du 'néo-constitutionalisme', qui a fini par évincer les limites du formalisme juridique dans la mesure où l'affirmation de la suprématie de la personne dans l'échelle des valeurs doit être matériellement réalisée. Ce néo-constitutionalisme a un épanouissement quasi universel, présent tant au Japon comme dans les États Africains, par exemple. En effet, dès la deuxième moitié du vingtième siècle, apparaît une production théorique et d'importants changements dans la pratique juridique japonaise, propres au néo-constitutionalisme<sup>4</sup>. De même, en 1998, il a été possible d'affirmer que les États et les organisations régionales et subrégionales de l'Afrique se sont engagés à résoudre les conflits du continent et à promouvoir des solutions aux problèmes africains en conférant aux nouvelles formes de constitutionalisme un part central dans cet engagement<sup>5</sup>. Ces débats politiques ont été transférés dans le champ juridique. Les références aux normes juridiques et à la légalité sont une condition de légitimité du pouvoir, que ce soit face à l'opinion publique interne ou à la communauté internationale. Les États cherchent à appliquer les mécanismes constitutionnels même dans la crise, y compris par les juges<sup>6</sup>. Le texte même de la Constitution de l'Afrique du Sud de 1996, est un bon exemple de ce nouveau constitutionalisme quand il affirme que « nous adoptons cette Constitution pour [...] établir une société fondée sur les valeurs démocratiques, la justice sociale et les droits humains fondamentaux [...] améliorer la qualité de vie de tous les citoyens et libérer le potentiel de chaque personne [...] » (préambule) ou que quand elle s'en remet la Cour constitutionnelle pour rendre effective les droits de la Charte, (art.8, 3, a).

Ainsi, non seulement le néo-constitutionalisme s'occupe de la légitimité du pouvoir constituant mais il cherche aussi à garantir des relations sociales justes fondées sur la suprématie de la dignité de la personne, en tenant compte de l'extrême variabilité des conditions matérielles, des caractéristiques culturelles, des particularités éthiques, juridiques et sociales de chaque peuple. La Constitution, comme dit le très influent professeur portugais José Joaquim Gomes Canotilho, ne se limite plus à « charger le législateur à rechercher l' 'intérêt public', le 'bien commun', l'amélioration de la 'qualité de vie', fondée sur des directives aussi vagues que l'idée de 'justice', de 'solidarité', ou de 'droit'. Elle définit dorénavant, avec plus ou moins de détail, les fins de l'État, les principes matériels qui donnent le « la » de sa réalisation et des tâches des organes de l'État »<sup>7</sup>. Ou, comme le dit aussi Luís Prieto Sanchís, la Constitution offre un dense contenu matériel décomposé en valeurs, principes, droits fondamentaux, directives pour les pouvoirs publics, etc., « de façon qu'il est difficile de concevoir un problème juridique d'une gravité même moyenne qui ne rencontre pas quelque orientation dans le texte constitutionnel »<sup>8</sup>.

(c) Cette nouvelle compréhension de la Constitution n'est en réalité pas si novatrice s'agissant du caractère politique du pouvoir judiciaire. Celui-ci découle directement de l'étroite interd-

---

<sup>4</sup> P. Eclý, et alli, *Le Nouveau défi de la Constitution japonaise*, Paris, LGDJ, 2004.

<sup>5</sup> *Revista da Comissão Internacional de Juristas*, n° 60, número especial, Genebra, 1998, p. 5.

<sup>6</sup> J. B. Gaudusson, *Les Constitutions Africaines*, Paris, La Documentation Française, 1997, pp. 9-11.

<sup>7</sup> J. J. G. Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, 1982, p. 249.

<sup>8</sup> L. P. Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Editorial Trotta, 2003. p. 124.

pendance droit/politique. Car, si le droit est l'ensemble des normes destinées à rendre plus facile la convivialité en société en solutionnant les conflits éventuels, dans une société complexe, il est toujours nécessaire d'éclaircir le sens des normes juridiques. Or, cette opération est directement déterminée par l'organisation sociale sous-jacente et est, partant, politiques. Toutefois, on sait que cette constatation a eu beaucoup de difficulté être acceptée au moment de la construction de l'État moderne, libéral et bourgeois.

Il faut en effet revenir aux « contradictions » initiales, celles rencontrées dans *L'Esprit des lois*. Montesquieu a été capable d'établir avec clarté la distinction et le besoin de séparation entre les pouvoirs exécutif et législatif, qu'il a décrits comme de vrais pouvoirs. Mais il n'a pas réussi à faire de même avec la fonction de juger, que doit être séparée des autres pour empêcher l'oppression, mais qui apparaît comme une partie de l'exécutif. La Constitution française de 1791 accentue le besoin de séparation du pouvoir judiciaire avec les autres pouvoirs politiques ; elle en doit « [...] *ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.* » (Const. 1791, chap. V, art. 3). Curieusement, même s'il s'agit bien encore d'un État moderne, libéral et bourgeois, l'expérience des États-Unis d'Amérique à ce sujet est différente, car la Constitution (de 1787) en affirmant l'indépendance même du pouvoir judiciaire, lui a conféré la compétence pour « en droit et en équité » (art. III, sec.2<sup>a</sup>), ne laissant avec la référence à l'équité aucun doute sur le besoin d'interprétation politique des règles. Plus généralement, la théorie juridique du XIX<sup>e</sup> siècle a réservé au pouvoir judiciaire le rôle de contrôler les autres pouvoirs, en supposant que son action se bornerait à défaire les actes contraires à la Constitution et aux lois, dont l'inconstitutionnalité ou l'illégalité serait techniquement « objectives ». L'affaire *Marbury contre Madison*, au début de ce siècle (1803), en reconnaissant que l'organe judiciaire a le devoir de dire « *what the law is* » et a le pouvoir d'annuler les actes législatifs et exécutifs, peut être comprise comme la marque de reconnaissance du caractère politique du pouvoir judiciaire. Pourtant, le vote du juge Marshall, alors qu'il est fréquemment appréhendé comme le fondement du pouvoir de contrôle judiciaire sur les autres pouvoirs, n'a pas été généralement accepté comme étant la base du caractère politique de ce contrôle.

En fait, l'importance du rôle politique du pouvoir judiciaire n'a été reconnue que dans le contexte historique, social et politique qui a donné naissance à la théorie contemporaine des droits humains et au berceau du néo-constitutionalisme. Cependant, même s'il existe encore, au commencement du vingt-unième siècle, une controverse entre les courants théoriques à propos du rôle politique du pouvoir judiciaire, il est possible de constater que, même les plus réticents, qui n'imaginent ce contrôle que comme un 'contrôle négatif' (d'annuler les actes inconstitutionnels ou illégaux) et non-politique, acceptent que le pouvoir judiciaire est en train de prendre des décisions capables de diriger l'action administrative et législative, en exigeant que celle-ci se conforme à l'ordre constitutionnel. C'est le cas, par exemple, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, au Brésil. Il accepte que les constitutions exigent de l'administration plusieurs principes, dont le pouvoir judiciaire peut et doit être garant, en imposant une orientation à l'action gouvernementale. Mais il attire l'attention des juristes sur

le rôle, à son avis, trop politique que le Tribunal Fédéral Suprême (STF) est en train de jouer dans le pays, en prenant les exemples qui se suivent.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, en examinant le *contrôle concentré de constitutionalité* introduit par l'amendement 16/65, rappelle que le STF a compris que la déclaration d'inconstitutionnalité serait effective *erga omnes*. Cette force politique du pouvoir judiciaire ne gênait pas le gouvernement, car c'était le Procureur Général de la République qui était chargé de la saisine et comme il est nommé - et soumis - au Président, il ne se saisissait que des inconstitutionnalités qui convenaient au gouvernement. La situation change avec la Constitution de 1988 et l'amendement 45/04 qui ont conféré la possibilité d'action directe en inconstitutionnalité et l'action déclaratoire de constitutionalité à plusieurs autorités ainsi qu'à l'ordre des avocats, les partis politiques, les confédérations syndicales (CF art.103, I a IX) ; il y a là un important outil de contrôle de l'intérêt gouvernemental. Le même professeur observe que tant la Loi 9.868/99 qui dispose sur l'*Action Directe d'Inconstitutionnalité* et *Action Déclaratoire de Constitutionalité* que la loi 9.882/99 sur la *Question de Non Accomplissement – respect – de Principe Fondamental*) contiennent la même disposition : « Quand il déclare l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif et soulève des raisons de sécurité juridique ou d'intérêt social exceptionnel, le STF peut, par une majorité des 2/3, restreindre les effets de la déclaration ou décider du moment de son efficacité » (art. 27 de la loi 9.868 et art. 11 de la loi 9.882). D'après lui, l'acte inconstitutionnel peut ne pas être nul notamment, quand est introduit une 'modulation' au moment de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il s'agit d'un important argument duquel le constitutionnaliste déduit « le rôle politique du STF dans l'ordre constitutionnel »<sup>9</sup>.

Finalement, il ne semble plus y avoir quelque doute sur le rôle politique joué par le pouvoir Judiciaire actuellement. Il est nécessaire de vérifier maintenant si ce rôle politique est compatible - et comment le rendre compatible – avec l'exercice de la démocratie.

## II. Pourvoir judiciaire, démocratie et participation populaire

On peut tenter de rechercher la compatibilité des contrôles judiciaires avec les mécanismes démocratiques à toutes les phases des politiques publiques. Étudier la notion de participation tout d'abord adoptée par quelques chercheurs contemporains (a), et présente dans les normes juridiques nationales ou internationales (b), sera ainsi utile dans pour analyser les possibilités d'action laissées au pouvoir judiciaire pour contrôler la participation populaire dans les politiques publiques (c).

(a) Les États qui ont réformé leurs Constitutions dans le dernier quart du XX<sup>e</sup> siècle ont adopté l'exigence démocratique comme ingrédient nécessaire à la formule moderne de l'État de Droit. Il est possible d'identifier aux quatre coins du monde, sous toutes les nuances

---

<sup>9</sup> M. G. O. Ferreira Filho, papel político dado ao Supremo pela Constituição. In *Consultor jurídico*, 8/4/2009 (<http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao>).

idéologiques, un mouvement vers l'« empowerment » du citoyen, pour qu'il prenne le contrôle des actions et des politiques publiques, en faisant du discours de la participation un sujet dans presque toutes les campagnes électorales<sup>10</sup>. Il existe un désir d'« *incorporation effective de tout le peuple aux mécanismes de contrôle des décisions et de leur réelle participation aux rendements de la production* »<sup>11</sup>. Partant, la reconnaissance de la participation comme élément essentiel du concept de démocratie et le fait qu'elle exige la participation directe et personnelle du peuple à la formation des actes gouvernementaux deviennent évidents. Cet enthousiasme pour l'intervention directe du peuple dans la production des lois et des politiques gouvernementales est dû, surtout, à la reconnaissance de ce que la représentation politique s'est révélée inadéquate pour exprimer fidèlement la volonté du peuple et pour réaliser leurs intérêts. Mais il faut reconnaître la force idéologique de la transformation de l'individu, qui d'objet de l'action publique se transforme en agent, reflété soit par l'inclusion des nouveaux espaces de participation, soit par l'exigence que les politiques publiques soient élaborées et mis en œuvre avec la participation du peuple.

Un survol rapide de l'évolution théorique du thème permet d'observer que les chercheurs sur la théorie démocratique sont en train de redéfinir un « procéduralisme », tout particulièrement pour faire face aux limitations de la représentativité. À l'aube du XX<sup>e</sup> siècle, il est clair que la démocratie s'impose comme une forme socio-historique de relation entre l'État et la société et que deux modèles de démocratie se disputent l'hégémonie théorico-pratique : la démocratie représentative et la démocratie participative.

Jürgen Habermas est l'un des philosophes les plus influents sur le sujet, spécialement parce qu'il a construit une réponse procédurale qui valorise le processus de formation politique de la volonté et de l'opinion, en concevant les principes de l'État constitutionnel comme une réponse adéquate à la question de comment institutionnaliser les exigeantes formes communicatives de formation démocratique de la volonté et de l'opinion. Selon lui, l'accomplissement d'une politique délibérative ne dépend pas de l'action collective des citoyens mais de l'institutionnalisation d'une procédure et de conditions de communications<sup>12</sup>. La démocratie procédurale implique ainsi le respect du pluralisme social dans une société décentralisée.

L'expérience démocratique du Sud, qui en partant de l'Europe a atteint l'Amérique et l'Afrique et même l'Inde, a remis dans le débat démocratique la question de la relation entre procédure et participation sociale, le problème de l'adéquation de la solution non participative et bureaucratique au niveau local et aussi la relation entre représentation et diversité<sup>13</sup>

(b) Ce désir d'incorporation de l'ensemble du peuple dans les mécanismes de contrôle des décisions gouvernementales peut être rencontré dans les réformes constitutionnelles du

---

<sup>10</sup> A. Bevort, *Pour une démocratie participative*, Paris, Presses de Sciences Po., 2002.

<sup>11</sup> J. A. da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 1992. p. 108.

<sup>12</sup> J. Habermas, *Three Normative Models of Democracy. Constelations*, vol. I (1):1-10; p. 7.

<sup>13</sup> B. S. Santos, L. Avritzer, *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In B. S. Santos (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, pp. 39-78 ; p.54

dernier quart du vingtième siècle et à l'aurore du vingt-unième siècle, mais aussi dans les documents onusiens. La Constitution française, par exemple, a inclus, en 2004, une Charte de l'environnement, que reconnaît à toute personne « *le droit ... de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* » (art.7), et a donné une nouvelle emphase au referendum : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.* » (Const. art. 3, suivi des articles 11, 89 et 60, qui l'organisent]. Dans la même veine, la Constitution de la Colombie de 1991, affirme s'être organisé comme une République [...] participative (art.1), ses objectifs essentiels [...] (étant)... de faciliter la participation de tous aux décisions qui leur correspondent et à la vie économique, administrative et culturelle de la Nation (art.2). Ce droit de participer à la formation, à l'exercice et au contrôle du pouvoir politique signifie élire ses représentants (art.3), faire partie des élections, plébiscite, referendum, consultation populaire et autres formes de participation populaire ; révoquer le mandat des élus au cas et dans la forme établis par la Constitution et la loi ; former des « actions publiques » en justice pour défendre la Constitution et les lois (art.40, 2, 4 et 6 et 103, 104 et 105). Mais il signifie aussi :

- le droit d'initiative législative par un nombre de citoyens égal ou supérieur à 5% du collège électoral ou 15 % des conseillers ou députés du pays, avec l'assurance que les citoyens qui ont proposé la loi ont droit à un « porte-parole » qui sera écouté par les chambres à toutes les étapes de la procédure (art.155) ;

- le droit de participer aux débats législatifs, soit lors de la discussion des projets des lois organiques, soit lors d'audiences publiques tenues par les commissions du Sénat de la République et de l'Assemblée des Députés, capables d'assurer la participation adéquate des organisations sociales, politiques ou syndicales à la procédure (art.169, §) ;

- le droit de demander la convocation d'un référendum pour abroger une loi (art.170).

De même, la constitution brésilienne de 1988 affirme que la République Fédérale du Brésil... est un État démocratique de droit [...] où [...] tout le pouvoir appartient au peuple, qui l'exerce par les représentants élus ou directement (CF.art.1<sup>er</sup>, § 1). Cette affirmation est accompagnée, en plus de l'exercice de la souveraineté populaire au moyen du plébiscite, du référendum et de l'initiative populaire (CF art.14), de la création de plusieurs espaces de délibération démocratique à côté de l'administration publique : conseils de santé, assistance sociale et d'éducation, communication sociale (arts. 198, III; 204, II; 206, VI; 224). Et même les documents internationaux ne sont restés en dehors de la ferveur participative. C'est le cas, par exemple, du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui entrera en vigueur en mai 2013. Il prévoit que le Comité des droits économiques sociaux et culturels est compétent pour recevoir et examiner les « communications » déposées par des particuliers, des groupes de particuliers ou des organisations les représentant (ONG, syndicats...), qui se considèrent victimes d'une violation du Pacte.

On ne peut ignorer, pourtant, que l'engouement pour la participation à la gestion des affaires publiques est contemporain : de la globalisation de l'économie capitaliste, dont les

caractéristiques les plus marquantes comprennent le ré-avivement de la croyance dans les vertus autorégulatrices des mécanismes du marché ; d'un renforcement de la dérégulation des activités économiques avec destitution des droits sociaux ; d'une érosion de la souveraineté et de la capacité de décision de l'État, soit par l'émergence des nouveaux acteurs régionaux et globaux (blocs d'intégration économique, mais aussi conglomérats transnationaux), soit par les politiques de privatisation, au plan intérieur ; d'une diminution de la capacité de l'État à répondre aux conflits sociaux contemporains à une dimension de plus en plus globale (terrorisme, narcotrafic, blanchiment d'argent, dégradation environnementale, trafic de personnes ou d'organes), pendant que les États restent confinés aux limites du territoire national<sup>14</sup>.

Enfin, bien que mis en œuvre dans plusieurs États, les dispositifs qui permettent et stimulent la participation populaire (les conseils, les conférences citoyennes ou même la fiscalisation du système) peuvent ne pas avoir eu comme résultat une réelle participation politique, traduite par l'ascension des procédures de décision et de formulation des politiques publiques<sup>15</sup>. Plus encore, le discours participatif emporte quelque perplexité : il suffit de rappeler que, apeurée par « l'irrationalisme des masses » vérifié pendant le fascisme, la Constitution de l'Allemagne de l'Ouest éliminait tous les dispositifs de participation populaire de la Constitution ancienne. Par ailleurs, d'après Gurza Lavalle e Vera, en 2005, à l'International Political Science Association (IPSA), il fut possible d'entendre ceci : « *Je crois juste de dire que, parmi démocrates progressistes, ces développements [des dernières décennies] ont mis à la marge le langage de la représentation en faveur du langage de la démocratie participative [...] La représentation est devenue le cousin pauvre – pour le dire comme cela – du langage apparemment plus riche de la participation démocratique* »<sup>16</sup>.

(c) La réponse capable d'instituer un contrôle démocratique sur ces diverses formes de participation populaire au gouvernement déjà adoptées par plusieurs pays et chéries des chercheurs semblent n'avoir pas trouvé d'autres solutions dans les démocraties actuelles que le contrôle juridictionnel.

La difficulté est que, comme le rappelait Norberto Bobbio<sup>17</sup>, les droits dans la société complexe du début du vingt-unième siècle sont de plus en plus revendiqués et que la réalisation du droit dans ce type de société reposera toujours l'examen des situations de fait. D'où l'importance du « procéduralisme », car il est nécessaire aux acteurs juridiques d'établir la portée et les limites du droit au cas par cas, en ne perdant pas de vue l'obéissance à la Constitution, aux lois et à tous les actes de l'administration qui caractérisent les politiques de garantie des droits en cause. Par exemple, la fonction du pouvoir judiciaire par rapport au droit à la santé – en même temps droit individuel, collectif et dépendant du niveau de

---

<sup>14</sup> L.D Minhoto, C.E. Martins, « As redes e o desenvolvimento social », *Cadernos Fundap* », São Paulo, v. 22, 2002, pp. 81-101.

<sup>15</sup> M. C. S Minayo, in S. F. Silva, « *Municipalização da saúde e poder local: sujeitos, atores e políticas* », São Paulo, Ed. Hucitec-Cortez, 2001. p. 38

<sup>16</sup> A. Lavalle, E. I. Vera Gurza. « *A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability* », Lua Nova, 2011, 84:353-364. p. 106

<sup>17</sup> N. Bobbio, *A era dos directos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, voir trad. française, in *Le Futur de la démocratie*, Paris, Seuil, 2011.

développement économique, social et culturel de l'État – est de garantir sa réalisation, ce qui ne peut être effectué dans le contexte de la société contemporaine qu'au cas par cas. Le refus de répondre à une demande légale de médicament ne pourra éventuellement paraître justifié que si le juge est assuré que toutes les politiques pour garantir le droit à la santé ont été élaborées et mises en œuvre conformément aux standards juridiques applicables au cas concret. Le pouvoir judiciaire voit ainsi dans un refus de médicament un signe de dysfonctionnement d'un des éléments de la politique de santé et doit responsabiliser le gestionnaire ou l'administrateur qui n'a pas agi pour l'empêcher.

Parvenir à une telle décision suppose que les juges et les autres professionnels du champ juridique ne se contentent plus de l'application des textes législatifs et vérifie, plus avant, le contrôle populaire effectif de la mise en œuvre des politiques publiques. En prenant l'exemple du droit à la santé, il faut ainsi que le pouvoir judiciaire soit capable d'appréhender le niveau de santé existant dans la communauté, et de caractériser chaque phase de la politique publique (qui a chacune une traduction juridique dans l'État de Droit). Il lui faut alors accepter la non-exclusivité du pouvoir normatif de l'État et notamment des organes exécutif et législatif. La construction des organes et des mécanismes de participation directe du peuple dans la définition et le contrôle des actes de mise en œuvre des politiques publiques suppose l'identification d'une autre sphère de pouvoir normatif qui puisse être considérée comme une sphère « véritablement publique ». Le juge doit donc être capable de discerner non seulement les arguments fondés sur les actes proprement législatifs, mais aussi ceux qui proviennent du pouvoir normatif de l'administration, ou encore ceux fondés sur le pouvoir normatif proprement « public » en ce qu'il découle de la participation effective des individus à la définition et à la réalisation du droit à la santé.

Pour être plus précise encore, au Brésil, le besoin de chercher les 'donnés du fait – la situation réelle – lié au droit à la santé offre un bon exemple du rôle que l'on peut attendre du pouvoir judiciaire. La Constitution affirme que la prise en charge de la santé est une compétence commune à toutes les sphères de la fédération (Union, États et Municipales) [art.23, II], établissant, ainsi, une responsabilité solidaire. Afin de réduire le risque de maladies et d'assurer l'accès de tous aux services de promotion, protection et rétablissement de la santé, un système national de santé a été organisé ; les pouvoirs publics sont chargés de réguler, surveiller, contrôler et aussi exécuter ces services [art. 196 c/c 197]. Pour mettre en œuvre ce système, les gestionnaires de santé ont imaginé un moyen pour partager les compétences constitutionnelles en la matière. La formule trouvée a été d'instituer des Commissions inter-gestionnaires (créés par la NOB 1/93) pour répartir le budget et les responsabilités entre les sphères fédératives. Ses décisions sont des paramètres objectifs pour le contrôle de la politique publique. Cet important mécanisme de politique publique destiné à promouvoir la décentralisation et la démocratisation, en conformité avec l'ordre constitutionnel sanitaire, requiert une évaluation approfondie pour fonder des décisions justes en matière de santé, car les décisions des Commissions inter-gestionnaires constituent des paramètres objectifs pour le contrôle de la politique publique. Il s'agit en fait de constater que, à la date « Z », la Commission inter-gestionnaire bipartite, avec l'approbation du Conseil de Santé de l'État, a alloué au Municipale « X », la valeur « Y », pour aider à la mise en œuvre des Services Théra-

peutiques à la Résidence, comme ordonné par la Portaria GM/MS n° 246/, de 17 février 2005, pour accélérer, par exemple, la structuration d'un réseau extrahospitalier de santé mentale. Ces éléments deviennent alors des paramètres objectifs pour évaluer le processus de reformulation du modèle d'assistance en santé mentale (voir par exemple la mise en œuvre du Programme « de volta para casa » et du Programme de « Réorientation de l'Assistance Hospitalière en Psychiatrie »).

Or, si l'application du droit requiert la prise en considération du cas concret et si cette tâche doit relever non seulement du juge, mais de l'ensemble du processus judiciaire et juridique<sup>18</sup>, il faut aussi que les fonctionnaires – y compris les gestionnaires et administrateurs publics – maîtrisent très bien leur spécialité afin de permettre la garantie du droit. Le juge doit alors s'assurer que les politiques de santé liées à la prestation des services publics nécessaires à la garantie du droit à la santé ont été établis selon la procédure prévue par la Constitution, en particulier que la communauté a effectivement participé à leur élaboration et continue de contrôler leur mise en œuvre (exigence de la Constitution, art. 198, III). Cela doit permettre de confronter les normes juridiques applicables au cas particulier, mais surtout d'exiger que la préparation et l'exécution de ces politiques soient ajustées aux exigences constitutionnelles et juridiques. Ce résultat, cependant, ne peut être réalisé sans la collaboration des gestionnaires ou administrateurs de santé. Il est essentiel que toutes les décisions soient largement motivées pour permettre l'examen de sa conformité aux exigences légales et constitutionnelles. Dans ce cadre, un rapport de réunion qui approuve le « consensus thérapeutique » est aussi, voire plus, important que le consensus lui-même, car il montre la participation et la motivation de l'acte, permettant de juger de sa conformité aux standards juridiques.

Il est clair, par conséquent, que le juriste qui s'occupe d'une politique publique, doit prêter attention à l'acte normatif qui officialise la traduction en « droit » de la participation populaire. Cela qu'implique également que les législateurs/administrateurs formalisent cette traduction à toutes les étapes de la mise en œuvre des politiques publiques par des décrets, des ordonnances, des résolutions, la législation financière et budgétaire, des contrats et des accords, licences et permis, etc. Du caractère essentiellement procédural du travail découle le besoin d'identifier à chacune des phases le document juridique adéquat. Il ne s'agit de la sorte pas de transformer les juges, les membres du Ministère public ou des avocats des associations en des gestionnaires publics, des évaluateurs éthiques des essais cliniques, des professeurs de médecine ou des directeurs de l'ordre des médecins ; il s'agit plutôt de s'assurer que le document qui identifie chaque étape de la politique publique ait été construit avec la participation active de tous les parties prenants.

En bref, le droit actuel – créé dans le contexte de prévalence des droits humains, du néo-constitutionnalisme, dans les sociétés complexes – exige des procédures démocratiques à la fois pour sa détermination et pour sa réalisation. Le juge doit être en mesure de concevoir son « *interprétation constructive comme joint-venture, soutenue par la participation publique* »

---

<sup>18</sup> G. Amaral, *Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da prática judiciária*. in M.A.B. Nobre, R.A. Dias, (coord), *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, pp. 81-115.

*des citoyens* »<sup>19</sup>. Par la recherche collaborative de la vérité, il doit être ouvert à des formes raisonnables et légitimes de pression et de démocratisation<sup>20</sup>.

Aujourd'hui, sûrement, le contrôle judiciaire des politiques publiques serait beaucoup plus facile si la loi comme les actes administratifs commençaient par indiquer comment ils ont été constitués, par nommer les personnes et les organisations et expliquer les procédures de participation populaire employées pour l'élaboration de la norme. Cela permettrait au juge – qui, dans un éventuel litige, doit prendre en considération le respect du mandat constitutionnel qui exige que le pouvoir soit exercé par le peuple à travers des représentants élus, mais aussi directement – d'établir le respect des formalités de chaque étape de la procédure nécessaire pour la réalisation d'un droit. Le juge pourrait alors être en mesure de faire la distinction, entre le pouvoir normatif de l'administration et celui exercé directement par le peuple, bien que formalisé dans les actes normatifs de l'administration. Et si ce processus peut caractériser la réalisation de n'importe quel droit, il est essentiel à la réalisation du droit à la santé – à la fois droit individuel, collectif et diffus – qui, dans un procès, exige de saisir le sens donnée à la notion de santé dans une communauté donnée.

*Pour citer cet article*

Sueli Gandolfi Dallari, « Démocratie participative : le rôle du pouvoir judiciaire »,  
*La Revue des Droits de l'Homme* n°3, juin 2013  
<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/10-suelli1.pdf>

---

<sup>19</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p.474.

<sup>20</sup> J. R. L. Lopes, "A função política do poder Judiciário" In J. E. Faria (org.), *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, 3. ed. São Paulo, Ática, 1997. p.142.