

La démocratie : mais qu'en disent les juristes ?

*Forces et faiblesses
de la rationalité juridique*

Actes du Colloque
organisé les 24 et 25 mai 2012
à la Faculté de droit de Montpellier
Centre d'études et de recherches comparatives
constitutionnelles et politiques (CERCOP)

Sous la direction de
Alexandre VIALA
Professeur à l'Université Montpellier I
Directeur du CERCOP

2014

LGDJ

Lexisnexus éditeur

De la nécessité d'une démocratie informée par le droit

LUC HEUSCHLING

Professeur de droit constitutionnel à l'Université du Luxembourg

INTRODUCTION

A. La diversité des conceptualisations juridiques de la démocratie

Comment les juristes pensent-ils, en tant que juristes, la démocratie ? Voilà la question posée par ce colloque. Il s'agit de faire ressortir en positif (ce qui est présent) et en négatif (les angles morts et silences¹), d'un point de vue descriptif et critique, l'apport spécifique de la pensée des juristes sur la démocratie. La démocratie est, certes, une réalité institutionnelle, sociale, mais elle est aussi, au préalable, une construction intellectuelle, un objet de pensée, bref un concept. Avant de *faire* la démocratie, il faut la *penser*.

Or, à partir de quel cercle herméneutique, avec quels outils intellectuels les juristes conçoivent-ils le (ou les ?) concept(s) de démocratie ? L'expression

1. Sur l'atonie de la réflexion des juristes savants français sur la démocratie, cf. L. HEUSCHLING, «Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich», in H. BAUER, P. M. HUBER und K.-P. SOMMERMAN (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, Mohr, Tübingen, 2005, p. 33 et s.; S. PINON, «La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française», *Politeia* 2006, n° 10, p. 407 et s. Entre-temps le débat s'est toutefois vivifié. Voir le débat entre D. ROUSSEAU («Constitutionnalisme et démocratie») et P. BRUNET («La démocratie entre essence et expérience») sur le site *La vie des idées* (19.9.2008 ; 9.10.2008), les articles de J.-M. DENQUIN, «Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit», *Jus politicum* 2008, n° 1 ; «Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle», *Jus politicum* 2009, n° 2, les écrits d'Otto Pflersmann (O. PFLERSMANN, «Principe majoritaire et démocratie juridique. À propos d'un argument de Kelsen revisité par Michel Troper», *Mélanges Michel Troper*, Paris, Economica, 2006), A. DELCAM, A. M. LE POURNIER, B. MATTHEU, D. ROUSSEAU (dir.), actes du colloque *Nouvelles questions sur la démocratie*, Paris, Dalloz, 2010, etc.

« les juristes » souscrit à un certain holisme : elle suggère l'existence d'une unité entre juristes par opposition à d'autres groupes de producteurs d'idées à l'instar des philosophes, des sociologues, des économistes, etc. À l'unité des juristes correspondrait l'unité de leur *output* intellectuel : « le » concept de démocratie des juristes. Une telle suggestion est toutefois discutable. Existe-t-il une seule rationalité juridique qui déboucherait sur une seule mise en forme du concept de démocratie ? Poser la question, c'est y répondre. Une analyse épistémologique même sommaire du champ des juristes, en France ou ailleurs, à l'heure actuelle ou dans le passé, révèle une diversité de postures et de positions. L'objet « droit », qui sert de prisme (ou de préjugé ?) naturel au juriste pour penser la démocratie, n'est pas défini de façon identique par tous les juristes, savants et/ou praticiens. Ce en quoi est censée consister l'opération de « penser » – pensée descriptive ou prescriptive ? – est également sujet à débat au sein des juristes, en particulier chez les juristes savants.

B. État de droit et démocratie, démocratie et État de droit

S'il n'y a donc pas de dénominateur absolument commun à tous ces juristes, aux profils variés, il n'est toutefois pas impossible de déceler, ici ou là, aujourd'hui ou d'antan, des modes de penser dominants, bref ce que, dans le sillage de Thomas Kühn, il est loisible d'appeler des « paradigmes ». Ceux-ci ressortent en particulier dans la perspective de l'oiseau, qui est celle d'un historien et/ou comparatiste de la pensée juridique. Parmi les candidats à un tel statut de paradigme figure, à l'heure actuelle, le concept ou plutôt, le mot, le discours de l'État de droit. Si ce mot-clé n'est pas la chaise gardée des juristes – ses fondements ont été, en grande partie, théorisés par des philosophes, depuis Aristote et Platon jusqu'aux Lumières –, les juristes peuvent toutefois prétendre à une certaine expertise à son sujet. Le mot « État de droit » est chargé de savoirs de juristes, il fait l'objet de multiples investissements (ou appropriations) de leur part et sert ainsi, par excellence, en interne et en externe, de vecteur à leurs constructions intellectuelles. Son rôle est particulièrement important en ce qui concerne la démocratie. Penser en tant que juriste la démocratie revient souvent, de nos jours, à penser l'articulation entre démocratie et État de droit ou, dans l'ordre inverse, entre État de droit et démocratie². Le terme et, au-delà, le

concept d'État de droit – un certain concept d'État de droit – devient l'outil grâce auquel nombre de juristes pensent/repensent la démocratie.

Leur posture épistémologique varie toutefois. Tantôt le discours de l'État de droit véhicule un concept à finalité descriptive, cognitive : tel un sismographe, le concept d'État de droit est un indicateur des métamorphoses profondes de la démocratie, parfois difficilement perceptibles à l'œil nu. Il révèle des évolutions en profondeur de la réalité, en droit positif, de la démocratie. Tantôt le concept d'État de droit sert d'instrument avant-gardiste, critique, polémique, visant à remodeler le concept et, partant, la pratique de la démocratie. En somme, l'État de droit est un « point chaud » de la pensée des juristes, un endroit où les transformations de la démocratie se voient et/ou se font.

Si, pour les uns, l'État de droit se substitue/doit se substituer à la démocratie – c'est l'un des sens possibles des formules, en partie énigmatiques, de « de la démocratie à l'État de droit », de la « démocratie par le droit » ou de l'interchangeabilité des deux termes « État de droit » et « démocratie » –, d'autres juristes estiment que, dans l'agrégation des deux idées de la démocratie et de l'État de droit, on peut observer/on doit encourager un déplacement du centre de gravité, un changement de présence : avant d'être démocratique, l'État est d'abord un État de droit. À la formule de la « démocratie libérale », où le mot « démocratique » est la colonne vertébrale, le substantif auquel s'ajoute l'adjectif « libéral », doit se substituer dans nos esprits, à titre cognitif ou critique, la nouvelle formule de l'« État de droit démocratique », où l'État de droit est le substantif et la démocratie seulement l'adjectif qualificatif. La thèse du renversement de présence a été défendue de façon explicite, outre-Rhin, à cette époque clé pour le droit public en Europe que fut l'époque après 1945. Deux voix sont à citer : d'une part le professeur de droit public suisse Werner Käger (1909-2005) et, d'autre part, le philosophe du droit et pénaliste allemand Gustav Radbruch (1878-1949). Si le premier prône de remplacer l'expression „*rechtsstaatliche Demokratie*” par celle de „*demokratischer Rechtsstaat*”³, le second estime que, d'un point de vue hiérarchique, l'État de droit est une valeur plus précieuse et urgente que la démocratie. Selon sa célèbre formule, à connotation chrétienne, l'État de droit est comme « le pain quotidien » : on ne peut s'en passer⁴. À l'heure actuelle, la rivalité entre ces deux principes

2. À titre d'exemple : S. MURACIO, « L'État de droit, pour quoi faire ? L'État de droit comme logistiquisme d'une bonne gouvernance démocratique », *Mélanges Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 375 et s. ; S. MURACIO, « L'éclipse de la démocratie ? », *Nouvelles questions sur la démocratie*, p. 125 et s. Il est rare que le terme « État de droit » soit absent du discours des juristes sur la démocratie. Pour un exemple récent, voir toutefois : A.-M. LE POURHIEF, « Définir la démocratie », *RFD* 2011, n° 87, p. 453 s.

3. W. KÄGER, „Rechtsstaat und Demokratie (Antinomie und Synthese)”, in *Demokratie und Rechtsstaat. Festschrift Z. Gicconetti*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1953, p. 107 et s., p. 141. Pour une présentation contextualisée du débat, cf. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 144 s.

4. G. RADBRUCH, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” (1946), in *Gesamtausgabe*, t. 3, Heidelberg, C.F. Müller, 1990, p. 93.

pour la présence se livre dans tous les pays d'Europe, que ce soit dans les manuels (lequel des deux principes doit être présenté en premier à l'esprit vierge du futur juriste ?) ou dans les premiers articles des constitutions (quel mot phare, résumant à l'égard des citoyens la quintessence de l'être de l'État, doit être mis en exergue dans l'article 1^{er} de la Constitution ?).

La présente contribution vise à creuser ce lien entre démocratie et État de droit ou – car l'ordre hiérarchisé⁷ – entre État de droit et démocratie. Si cette

5. Comparer, par ex., la structure du manuel dirigé par Louis Favoreu, tout entier focalisé sur l'État de droit, avec celui, plus ancien, de Georges Vedel, tout entier imprégné du discours de la démocratie. L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 1998 ; G. VEDÉL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949.

6. On trouve une illustration intéressante de tels tiraillements dans la révision constitutionnelle totale qui a lieu actuellement au Luxembourg. La commission parlementaire compétente au sein de la Chambre des députés – la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle – s'était prononcée en faveur d'une présence symbolique accordée à l'État de droit. C'était ce terme, seul, qui devait figurer dans l'article 1^{er} de la nouvelle Constitution (« Le Grand-Duché de Luxembourg est un État de droit, libre, indépendant et indivisible »). On notera que le terme de la démocratie qui figure dans l'article 1^{er} de la Constitution actuelle de 1868 (« Le Grand-Duché de Luxembourg est un État démocratique, libre, indépendant et indivisible ») aurait été relégué. La démocratie aurait été évoquée dans l'article 2 de la proposition de la Commission (« Le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire ») et dans l'article 3 (« La souveraineté réside dans la nation »). Cf. la proposition de révision n° 6030 (session ord. 2008-2009) déposée par P.-H. Meyers le 21 avril 2009, p. 8. À l'inverse, le Conseil d'État, dans son avis du 6 juin 2012 relatif à la révision constitutionnelle (document parlementaire n° 6030-06), s'est prononcé pour un ordre apparemment inverse : « Art. 1^{er}. Le Luxembourg est un État démocratique, libre, indépendant et indivisible. Art. 2. Le Luxembourg est une monarchie constitutionnelle placée sous le régime de la démocratie parlementaire. Il est fondé sur les principes d'un État de droit et sur le respect des droits de l'homme ». Tous les documents parlementaires relatifs au dossier 6030 sont consultables sur le site www.chd.lu. Pour le texte actualisé du projet de réforme : <http://www.forum.lu/constitution/index.php/dokumente/verfassungsentwurf-mai-2013/> Pour un débat analogue en Suisse, cf. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, p. 9. Sur la présence du terme dans les premiers articles des constitutions en Europe, cf. le tableau dans L. HEUSCHLING, « État de droit », in J.-B. Aubry (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 547 et s.

7. Toute pensée – et donc aussi le droit, qui est une construction de l'esprit – s'appuie sur des mots. On aurait tort de négliger l'importance des mots car, en s'adressant à la raison et/ou à l'affect, les mots guident et orientent l'esprit. Le cerveau humain ne peut penser autrement qu'à travers des mots. Les mots configurent un certain espace intellectuel : ils opèrent, selon la terminologie des linguistes, un « découpage » du monde (réel et intellectuel). À partir d'un certain mot, certaines voies s'ouvrent alors que d'autres voies, en soi possibles, sont occultées ou reléguées. Certaines portes sont ouvertes, d'autres fermées. Les mots peuvent accélérer la progression du penseur en l'amenant au centre névralgique de la problématique, ou, à l'inverse, l'entraver en le faisant buter sur certains écueils et même l'induire en erreur en l'égarant dans des détours ou, pire, dans des voies sans issue. Pour des précisions, cf. L. HEUSCHLING, « État de droit », in H. BAUER et C. CALLIES (dir.), *Verfassungsprinzipien in Europa – Constitutional Principles in Europe – Principes constitutionnels en Europe*, Sakoulas/Berliner Wissenschafts-Verlag/Bruyant, 2008, p. 112 et s.

problématique ne figure pas, telle quelle, dans le titre du présent article, c'est que j'ai voulu éviter à ce stade le terme d'État de droit. J'ai préféré un titre moins « massif », « carré », car nul n'ignore qu'à l'heure actuelle le terme d'État de droit est si sacré, si sacralisé, qu'il relève souvent de l'ordre d'un *enoché down argument*, d'un discours dogmatique dans lequel toutes les fragilités et incertitudes de la construction intellectuelle de l'État de droit sont esquivées. Le titre retenu entend moins asséner des réponses qu'ouvrir la voie à un champ d'études dont il convient de souligner l'étendue et la complexité. Car, à lire le titre retenu – « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit » –, le lecteur comprend aisément qu'il y a plusieurs façons de penser le droit et le point jusqu'auquel le droit, ainsi défini, informe nécessairement la démocratie. L'étude qui suit voudrait décortiquer ce noeud gordien. Il s'agit d'éclairer ce débat par un quadrillage, une grille d'analyse, quitte à prendre aussi position dans ce débat.

I - UN POINT DE DÉPART UTILE : LA THÈSE DE L'ANTINOMIE

Une manière d'entrer dans ce débat est de commencer par une thèse radicale. Celle-ci travaille le milieu des juristes : elle les inspire, les choque, les provoque, les fait réfléchir. C'est aussi un argument polémique utilisé à certaines occasions par des intellectuels et des élus politiques pour mieux stigmatiser le pouvoir des juges, spécialement des juges contrôlant les normes les plus élevées de l'ordre juridique. L'idée avancée est celle d'une antinomie entre la démocratie et l'État de droit. Dans le passé, d'aucuns parlaient aussi, lorsque le terme « État de droit » était moins présent, d'une antinomie entre démocratie et « libéralisme », entre démocratie et « droits de l'homme ». À cette formulation traditionnelle s'est substituée à présent la formulation axée sur le mot « État de droit ». La thèse de l'antinomie a été développée par divers auteurs, sous diverses facettes. Le tableau suivant réunit et résume, par voie de reconstruction, l'ensemble de ces arguments⁸ :

8. Pour plus de précisions quant à l'identité des auteurs et la teneur des divers arguments, cf. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, p. 582 et s.

Les différences censées opposer la démocratie et l'État de droit

	Démocratie	État de droit
Origine	Grèce antique	Modernité
	Rousseau	Montesquieu
Idée d'œuvre	souveraineté du peuple	dignité humaine droits de l'homme
	principe formel forme de gouvernement	principe substantiel finalité de l'État
	principe constitutif de l'État	principe limitatif de l'État
	publicité	secret (secret des affaires privées)
	peuple/citoyen (condition de nationalité)	individu/homme (y inclut l'étranger)
Sujet (fondement anthropologique)	relativisme des valeurs	jusnaturalisme
	juspositivisme	
	Volontarisme	rationalisme
	loi = <i>voluntas</i>	loi = <i>ratio</i>
Soubassement philosophique	égalité niveaulement vers le bas règne de la médiocrité	liberté richesse de la diversité règne de l'excellence
	liberté politique	liberté individuelle
	égalité démocratique	égalité humaniste
	parlement référendum	justice (constitutionnelle) autocratie des experts/sages, technocratie
Mécanismes institutionnels	concentration des pouvoirs	séparation des pouvoirs
	équivalence de la volonté populaire dans le temps	hiérarchie des normes constitutionnalisme
	majorité simple	majorité qualifiée unanimité
Attributs psycho-sociaux	optimisme identité entre gouvernants et gouvernés	méfiance distance.
	passion	raison froide
Vision du temps	réflexion à court terme	réflexion sur plusieurs générations
	fluidité, dynamique	rigidité, statique

Ce tableau est une reconstruction qui donne un aperçu du spectre des arguments utilisés. Mais tout avocat de la thèse de l'antinomie ne souscrit pas forcément à tous les arguments cités, dont certains sont d'ailleurs contradictoires. Il est à noter aussi que les défenseurs de cette thèse s'inscrivent dans différents courants ou écoles : parmi eux, on trouve des positivistes qui se disent par ailleurs démocrates (Hans Kelsen, Richard Thoma, Michel Troper⁹, etc.), le père intellectuel du décisionisme (Carl Schmitt) et divers défenseurs du jusnaturalisme libéral, moderne (Benjamin Constant, etc.). L'un des arguments clés de cette thèse est le suivant : le concept de démocratie est un concept « formel », à l'inverse de celui de l'État de droit qui est un concept « matériel ». L'idée de la souveraineté du peuple (souveraineté absolue) s'oppose radicalement au concept jusnaturaliste des droits de l'homme. Cette opposition peut être lue et défendue dans les deux sens. Selon les uns, la démocratie précède les droits de l'homme qui ne sont que des droits subjectifs positifs et non point des droits naturels. Il s'ensuit que le souverain peut, s'il le souhaite, s'en débarrasser à tout moment¹⁰ au risque de faire naître ce que d'autres ont appelé, après 1945, la « démocratie totalitaire » (J.-L. Talmon¹¹). De l'avis des positivistes à l'époque de Weimar, il est même loisible au souverain démocratique de se suicider par voie légale. Le constituant peut supprimer les droits de l'homme, voire transférer tous les pouvoirs entre les mains d'un dictateur, sans jamais contredire les exigences de la démocratie. Il faut et il suffit que cette renonciation soit prise à la majorité des voix, selon la procédure prévue à cet effet en droit positif. À l'inverse, dans l'esprit des jusnaturalistes libéraux, la démocratie est précédée par les droits naturels de l'homme qui constituent une barrière absolue à la souveraineté, quel qu'en soit d'ailleurs le titulaire. Les droits de l'homme servent de contenu prédéterminé à cette coquille vide qu'est le principe majoritaire. Celui-ci se trouve rétrogradé au rang de simple instrument, interchangeable à la limite. Comme

9. M. TROPER, « La démocratie comme État de droit », in J. BOULAD-AYOUB et L. BONNEVILLE (dir.), *Souverainetés en crise*, PU Laval/Harmattan, Québec/Paris, 2003, p. 55 et s.

10. Cf. H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, trad. de la 2^e éd. (1929), Paris, Economica, 1988, p. 22. La doctrine de Kelsen a néanmoins connu une évolution, amorcée à la fin de la République de Weimar. C'est surtout après 1945, afin de se démarquer des démocraties populaires, que Kelsen incorpore des éléments libéraux dans sa définition de la démocratie, jusque-là entièrement procédurale. Ainsi il dira dans son long article « Foundations of Democracy », publié dans le journal *Ethics* (vol. LXVI, 1955, p. 1-101) que « *modern democracy cannot be separated from political liberalism* » (p. 27). Pour une analyse détaillée, cf. H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1^{re} éd., Baden-Baden, Nomos, 1986, p. 262-271.

11. J.-L. TALMON, *Les origines de la démocratie totalitaire* (1952), trad. de l'angl., Paris, Calmann-Lévy, 1966. Voir déjà auparavant B. DE JOUVENEL, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance* (1945), Paris, Hachette, coll. pluriel, 1972, chap. XIV, p. 415 et s.

l'a dit de façon abrupte Hayek : « La démocratie est un moyen et non pas un but [en soi] »¹².

II – POUR LA THÈSE DE LA CONSUBSTANTIALITÉ

Si la thèse de l'antinomie peut s'appuyer sur l'existence de tensions entre certains éléments de la démocratie et de l'État de droit, elle glisse toutefois vers des extrapolations excessives. Ce faisant, elle occulte les liens intrinsèques, parfois intimes, qui relient ces deux échafaudages conceptuels désignés sous les termes « démocratie » et « État de droit ». Globalement, on peut, à la suite de Norberto Bobbio¹³, formuler trois thèses concernant les rapports possibles entre l'État de droit et la démocratie.

La thèse, déjà évoquée, de l'*antinomie* : celle-ci affirme que les idées de la démocratie et de l'État de droit sont contradictoires. Ce modèle d'explication connaît deux variantes. Selon la première, la plus radicale, les deux principes s'*excluent*, ce qui signifie qu'il faudrait logiquement opter soit pour l'un soit pour l'autre. Selon la deuxième variante, plus modérée, il convient pour diverses raisons (parfois, simplement, parce que le texte constitutionnel consacre les deux) de *concilier*, d'opérer un compromis, aussi bancal soit-il, entre ces deux idéaux en soi contradictoires.

La thèse de la « compatibilité » (Bobbio) ou ce que j'appellerai la thèse de la *neutralité* ou de l'*indifférence* : selon cette vue, les deux idéaux sont indifférents l'un par rapport à l'autre. S'il est possible de combiner la démocratie et l'État de droit, rien, sur le plan conceptuel, ne s'oppose à ce qu'on les sépare, ce qui permet d'envisager tout à la fois un État de droit qui ne serait pas démocratique et une démocratie qui ne serait pas un État de droit.

La thèse de la « nécessité » (Bobbio) ou « consubstantialité »¹⁴ : celle-ci postule qu'en dépit de tous les conflits observables, il existe un lien *nécessaire*, intrinsèque, entre les deux constructions conceptuelles. L'un appellerait l'autre, l'un ne pourrait être pensé et, partant, réalisé sans l'autre. Cette thèse est présentée sous deux variantes. La variante minimaliste, faible, reflète l'existence d'un lien nécessaire *unilatéral* allant de la démocratie vers l'État de droit : la démocratie ne peut être pensée sans l'État de droit. En revanche, rien n'interdirait de penser l'État de droit

sans démocratie. La variante forte, maximaliste, affirme un lien nécessaire *réiproque* : la démocratie ne peut être pensée sans État de droit, et l'État de droit ne peut être pensé sans démocratie.

Admettons qu'il soit possible de décrire les rapports complexes entre ces concepts ou échafaudages conceptuels – tant leur structure interne est complexe – par une seule thèse. Ou admettons au moins, que leurs rapports puissent être décrits *pour l'essentiel* par une seule thèse. Quelle serait-elle ? Dans cet article, je voudrais plaider la pertinence de la thèse de la consubstantialité, dans sa variante forte. Pour ce faire, je vais commencer le raisonnement à partir du concept de démocratie. Il s'agit de déconstruire ou décortiquer celui-ci afin d'en éclaircir les conditions de pensabilité. Quels en sont les éléments constitutifs, sans lesquels la démocratie est impossible à concevoir ? À quel moment, à quel endroit de l'échafaudage intellectuel de la démocratie apparaît l'État de droit ou, plus exactement, tel ou tel *élément* de l'État de droit, car celui-ci est, comme déjà indiqué, une structure intellectuelle composée d'une pluralité d'éléments¹⁵. En refusant de traiter l'État de droit tel un bloc, il devient possible de voir, avec précision, quel élément de l'État de droit est indispensable, ou dispensable, pour concevoir la démocratie. À cet égard, on peut rechercher l'existence de liens conceptuels nécessaires dans deux directions, en aval (A) ou en amont du processus démocratique (B).

A. En aval : de la nécessité pour la démocratie d'agir par le droit, par des règles

La démocratie est un système politique qui, à l'instar de tout autre système politique, entend agir sur le réel. Mais, pour ce faire, comment agit-elle ? Se pose ici la question de savoir si la démocratie pourrait se passer du droit et se contenter d'autres instruments de régulation des conduites sociales à l'instar de la religion, de la morale, des mœurs, de l'éducation, de l'arbitrage, etc. À cette question, iconoclaste, la réponse – négative – semble aller de soi : dans l'histoire, on ne connaît aucun régime démocratique qui aurait fonctionné sans droit. Aucun théoricien de la démocratie – du moins pas le plus célèbre d'entre eux : Rousseau – n'a prôné le rejet du droit dans la cité démocratique. Rousseau, au contraire, ne cesse d'évoquer la présence et le rôle de la loi en tant que moyen d'action du souverain. Si, donc, on

12. F.-A. HAYEK, *Die Verfassung der Freiheit*, trad. de l'angl. (*Constitution of Liberty*), 1960), Tübingen, Mohr, 1971, p. 127.

13. N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, trad. de l'ital. Paris, Cerf, 1996, p. 64.

14. J'emprunte ce terme à É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 540 et s.

15. Au sein d'une littérature de plus en plus étendue, cf. not. K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr, 1997 ; R. KLEINFELD, "Competing Definitions of the Rule of Law", in Th. CAROTHERS, *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for international peace, 2006, p. 31 et s.

entend à travers le mot « État de droit » l'idée minimaliste, formelle, de l'existence d'un système de règles juridiques, quel qu'en soit le contenu – un « gouvernement de lois » –, il faut admettre que démocratie et État de droit sont intimement liés. C'est en ce sens que l'on peut citer l'affirmation de Michel Troper : « Il n'y a pas de démocratie sans État de droit. Dans une démocratie, en effet, le peuple – ou ses représentants – fait la loi et l'autorité administrative ne peut agir qu'en exécution d'une loi »¹⁶. L'État de droit est l'instrument de la démocratie. Il est second par rapport à la démocratie qui est première. Mais comme il s'agit d'un instrument *irremplaçable*, l'État de droit, compris en ce sens minimal, peut imposer sa logique à la démocratie comme d'ailleurs à toute autre forme de pouvoir politique (monarchie, aristocratie, etc.). Tant la pensée que la pratique de la démocratie ont intériorisé cet élément, cette « logique » de l'État de droit.

Mais quelle est, exactement, cette « logique » ? Au cœur du débat se trouve la question de l'existence des lois, des *règles*, c'est-à-dire de normes juridiques dont l'objet serait abstrait et dont le cercle de destinataires serait défini de façon générale et impersonnelle (« toutes les personnes de sexe masculin, âgées de plus de 18 ans », « les travailleurs », « chacun », « les étrangers », etc.). Nul ne niera qu'un système juridique comporte nécessairement des normes individuelles, c'est-à-dire des ordres dont l'objet est précis et dont le destinataire est une personne (« Madame Martin ») ou une liste des personnes nommément désignées (« Monsieur Martin, Madame Schmitt et Madame Béanger »). Ce sont ces normes individuelles qui insèrent le droit dans le tissu social, au niveau de chaque acteur social. Ce sont elles qui, de manière détaillée, font le lien entre le système politique et la société. En revanche, reste à savoir si le droit, en tant qu'instrument de régulation du social, doit nécessairement comporter des *règles* ? Serait-il possible de concevoir un système politique et même un système politique démocratique fonctionnant sans *règles*, sans « gouvernement des lois » ?

Platon, dans la *République* et, de manière encore plus précise et nette dans son dialogue ultérieur *Le politique*, a théorisé un tel mode de fonctionnement qu'il appelle « *anomia* » (anomie)¹⁷. Dans la cité idéale, afin d'être parfaitement juste (i. e. rendre à chacun ce qui lui est dû), le roi-philosophe se doit d'agir par le seul biais de normes individuelles. Seul cet instrument permet de réaliser parfaitement la justice. Car seul un pouvoir libéré de l'entrave des règles, des lois, peut, grâce à la souplesse des normes particulières, tenir compte des spécificités de chaque cas particulier (donc être juste). Toute règle est, par définition, schématique. Elle ignore l'infinie

diversité des cas concrets. Elle est aussi datée ; or la réalité sociale, elle, ne cesse d'évoluer, d'avancer. La vision platonicienne de l'*anomia* n'a toutefois pas connu de succès, ni dans la pensée politique, ni dans la pratique politique. Il est intéressant de creuser les raisons de cet insuccès, car elles éclaireraient pourquoi la démocratie, une fois qu'elle est établie, est à son tour, à l'instar des autres régimes politiques, obligée/contrainte de se servir de l'instrument des règles. Pourquoi, en effet, ne peut-on pas, en démocratie, se passer des règles, des lois ? En quoi consiste le caractère « nécessaire » du lien entre démocratie et gouvernement des lois ?

L'anomie a fait l'objet de divers types de critiques. Platon lui-même, dans *Le politique*, prend en partie ses distances par rapport à l'anomie, en estimant que l'existence de lois est *très utile pour le pouvoir*. Elles font gagner du temps aux gouvernants : plutôt que de répéter à chacun des membres de la société à tout moment le même ordre particulier (car il y a bien des cas de répétition), le pouvoir politique commande à la société par le biais des règles, qui valent pour un nombre illimité de personnes et de situations. Mais, cette réserve de Platon ne fonde pas un lien *nécessaire*. Elle ne suggère pas qu'un régime politique ne peut pas ne pas utiliser l'instrument des lois. C'est seulement une question d'utilité, de plus grande utilité. Cette réserve de Platon ne met pas absolument en cause ni l'utilité, ni la faisabilité du système de l'anomie. Celle-ci est faisable en pratique et elle est utile (au moins, apparemment) pour les individus car, selon Platon, elle leur assure une action juste de la part du pouvoir politique. L'argument de la nécessité n'apparaît que si l'on s'interroge sur le point de savoir si l'anomie est, en pratique, réalisable. Or, il suffit d'y réfléchir un instant – imaginez un instant le nombre phénoménal de commandements que devrait émettre le pouvoir s'il devait, à tout moment, pour toute situation, pour tout individu, définir la conduite à tenir ! – pour conclure à l'infaisabilité d'un tel système. L'existence de lois est donc une contrainte que nul pouvoir politique ne peut esquiver. L'État de droit, compris au sens du gouvernement des lois, du « *Rule by law* » (le règne *par* le droit), est une nécessité fonctionnelle. Même s'il le voulait, le pouvoir (démocratique) ne pourrait pas, sans créer le chaos et saborder ses propres prétentions à réguler la société, renoncer à l'instrument des lois. Celui-ci est irremplaçable et, par conséquent, impose sa logique à tout pouvoir, et pas seulement au pouvoir démocratique.

Il faut toutefois introduire ici des nuances :

1. Si l'abolition de toutes les règles est infaisable, un régime pourrait toutefois – il existe de nombreuses illustrations, tant parmi les régimes dictatoriaux que parmi les régimes démocratiques – jouer sur le *nombre* de règles en vigueur. Il peut soit augmenter, soit diminuer le nombre de

16. M. Troper, « Le concept d'État de droit », *Droits* 1992, n° 15, p. 60.

17. Platon, *Le politique*, à partir de 291d.

normes générales et impersonnelles, ce qui lui permet de se réserver un pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu.

2. Il lui est également possible d'affirmer une norme générale et, en même temps, de prévoir des possibilités d'y déroger, instituant une exception¹⁸. Ainsi est créé un système juridique complexe qui, d'une part, comporte des règles générales de conduite s'adressant à la société et, d'autre part, confère une liberté d'action au pouvoir politique, par le biais de règles de compétence autorisant la création d'exceptions. La logique du gouvernement des lois n'exclut pas, en effet, la possibilité de dérogations¹⁹.

À cette nécessité fonctionnelle qui, dans la portée qui est la sienne, s'impose à tout régime, il convient d'ajouter une raison inhérente à l'univers conceptuel de la démocratie elle-même qui oblige les acteurs, s'ils veulent rester fidèles à l'idéal démocratique, de se servir de l'instrument des lois. Il s'agit du principe d'égalité. Celui-ci impose de traiter de manière identique tous ceux qui sont dans la même situation (uniformité) et exige des différences si les personnes visées se trouvent dans une situation différente. En l'égard au principe d'égalité, tant la norme visant le premier groupe que celle visant le second groupe se doit de prendre la forme d'une norme impersonnelle, donc d'une règle. Il ressort ainsi que le gouvernement des lois est non seulement une nécessité fonctionnelle (une contrainte) à l'égard de tout système politique (et donc aussi à l'égard de la démocratie), mais aussi une exigence éthique (une obligation) inscrite dans l'idéal de la démocratie. Le contenu de la logique du gouvernement des lois peut se résumer en deux éléments :

1. l'existence d'un certain nombre de règles ;
2. la hiérarchie entre règles générales et normes individuelles ainsi qu'entre règles plus générales et abstraites et règles moins générales et abstraites.

Le peuple, en démocratie, est donc nécessairement « pris » dans les mailles de ce raisonnement : il ne peut pas, dans l'étape de l'exécution/application des règles, se défaire des chaînes des normes générales et impersonnelles afin d'agir en toute discrétion. Affirmer le contraire reviendrait à plaider la cause de la toute-puissance du peuple, de son arbitraire, comme l'a fait

18. L. HERUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in M. FATTIN-ROUGE STEFANINI, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *La norme et ses exceptions*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

19. Le débat se déplace ainsi vers d'autres questions : combien de règles faut-il pour que l'idéal du gouvernement des lois soit respecté ? Jusqu'à quel point le droit positif peut-il prévoir des exceptions sans fourvoyer la logique du gouvernement des lois ? Dans un système démocratique, l'idéal de l'égalité pose des limites au recours aux exceptions.

Carl Schmitt dans sa *Verfassungslehre* de 1928 : „Das Volk ist aber in einer Demokratie der Souverän ; es kann das ganze System der verfassungsgesetzlichen Normierung durchbrechen und einen Prozess entscheiden, wie der Fürst in einer absoluten Monarchie Prozesse entscheiden konnte. Es ist oberster Richter wie es oberster Gesetzgeber ist“²⁰.

B. En amont : l'information, par le droit, du peuple et du choix démocratique

Le droit non seulement informe, en aval, l'exercice du pouvoir par les institutions démocratiques (la transmission des ordres d'en haut vers le bas, des gouvernants vers les gouvernés), mais il agit aussi en amont. Le droit informe le sujet qui, en démocratie, est censé décider : le peuple (1.). Au nom de la démocratie, il impose certains contenus au processus de décision ou, en d'autres termes, il soustrait d'office certains contenus au choix du sujet démocratique (2.). Reste alors à savoir jusqu'à quel point ces prérequis juridiques de la démocratie doivent être garantis par un juge (3.).

1. Le peuple, un artefact du droit

Qui est le « peuple » ? Comment est-il organisé, informé, et quel est le rôle joué par le droit dans ce processus ? Le sujet est rarement abordé dans la théorie juridique de l'État et constitue un véritable angle mort de la recherche²¹. Pourtant, ce point est crucial. Car l'entité « peuple » est une entité construite, et ce par le droit. Contrairement à ce qu'affirment certains théoriciens organicistes, décisionnistes²² ou racistes, le peuple n'a pas d'existence propre, autonome, à côté ou au-dessus des êtres humains pris *ut singuli*. C'est succomber à la « fiction de la présence immédiate du peuple politique à soi-même »²³ que de croire que le peuple existe avant et en

20. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 275 ; *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, Paris, PUF, 1993, p. 416 : « Mais dans une démocratie, le peuple est le souverain ; il peut déroger à tout le système des normes légiconstitutionnelles et trancher un procès tout comme le prince pouvait le faire dans une monarchie absolue. Il est le juge suprême de même qu'il est le législateur suprême ».

21. Cf. les constats introduits de F. MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997 et de W. LEISNER, *Das Volk. Realer oder fiktiver Souverän?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005. En science juridique française, les travaux sur le concept de peuple sont rares.

22. Sur la théorie de Schmitt qui conçoit le peuple tel un être homogène existant hors de toute règle juridique, cf. H. EHMKÉ, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953, p. 41 et s.

23. O. JOUANJAN, « État de droit, forme de gouvernement et représentation. À partir d'un passage de Kant », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 1998, n° 2, spéc. p. 283 et s.

dehors de toute mise en forme juridique. Le peuple est une construction, un artefact du droit²⁴. La volonté du peuple est construite à partir de la volonté des individus. Le peuple n'existe qu'à travers les membres qui le composent, c'est-à-dire les individus libres et égaux²⁵, dotés de dignité humaine, ce qui fait, d'après Peter Häberle²⁶, que l'idée des droits de l'homme est inscrite au cœur même de l'idée de la souveraineté du peuple.

Le peuple, selon une définition usuelle, se définit comme l'ensemble (l'universalité) des citoyens. Or, c'est le droit qui, selon divers critères (âge, sexe, nationalité, état de santé mentale, honorabilité, domicile, etc.), attribue la qualité de citoyen, en particulier d'électeur et d'éligible. C'est le droit électoral qui, grâce à ses règles complexes, voire impénétrables pour le commun mortel, dégage, à partir des votes déposés dans les urnes, la « majorité politique » au parlement. C'est le droit qui confère une forme précise à cette majorité puisqu'à partir de la même masse de bulletins le droit électoral peut produire une composition du parlement sensiblement différente, selon qu'on applique la règle de la représentation proportionnelle, la règle du scrutin majoritaire ou quelque régime mixte. Une illustration, radicale, de cette mise en forme par le droit est livrée par l'exemple des États-Unis où à plusieurs reprises un candidat a été désigné président des États-Unis alors même qu'il avait moins de votes, au niveau des citoyens, que son opposant. Un autre exemple intéressant est l'élection présidentielle en France : c'est le droit qui fait d'une *minorité* (de la minorité *la plus forte*) la « majorité » désignant le chef d'État qui, au final, est censé, selon la formule convenue, « représenter tous les Français »²⁷. Grâce au droit, la minorité (la plus forte) devient ainsi le tout. Le rôle du droit dans

24. Cf. W. LEISNER, *op. cit.*, p. 46 et s.

25. Dans sa décision sur la notion de « peuple corse », le Conseil constitutionnel a mis en exergue que le peuple (français) s'est construit dans le respect des droits de l'homme. Cf. décision 91-290 du 9 mai 1991 (statut de la Corse), considérant 12 et 13.

26. P. HÄBERLE, „Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft“, in J. LEISNER und P. KIRCHHOFF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* (t. 2, 3^e éd.), Heidelberg, C.F.Müller, 2004, n° 65, p. 351 : « La souveraineté du peuple repose en „dernier“ et en premier (!) lieu sur la dignité humaine. Le peuple n'est pas une entité mystique, mais la réunion d'un nombre d'êtres humains disposant chacun de sa propre dignité : il s'agit de l'association d'une «multitude d'hommes» sous des lois juridiques (au sens kantien), association qui est située géographiquement, qui se construit et se développe au fil du temps, et qui est vécue en public et de façon responsable ; autrement dit, il s'agit du peuple constitué démocratiquement et lié, en sa conscience, au principe de la dignité humaine » (trad. pers.).

27. Exemple : en 2007, au second tour de l'élection présidentielle, M. Sarkozy a été élu avec 18 983 138 voix, contre 16 790 440 voix pour M^{me} Royal. Or, ces 19 millions de voix de M. Sarkozy sont certes supérieures à la majorité absolue des suffrages exprimés (35 773 578), mais c'est une minorité (la minorité la plus forte) par rapport au nombre total d'électeurs inscrits (44 472 733) et, *a fortiori*, par rapport au nombre total de ressortissants français. Le même constat se vérifie lors de l'élection présidentielle de 2012 (pour les chiffres, voir CC décision n° 2012-154 PDR du 10.5.2012).

la mise en forme du peuple apparaît encore lorsqu'on prend en compte le phénomène de la démultiplication des peuples et la démultiplication des formes d'expression d'un seul et même peuple. Dans un système politique à plusieurs niveaux à forme démocratique (exemples : les États fédéraux, les États régionaux, l'Union européenne), il n'existe pas un seul peuple, mais plusieurs. Dans un système fédéral, le droit reconnaît l'existence à la fois du peuple fédéral et des peuples fédérés (selon la terminologie utilisée en Allemagne : *Bundesvolk* et *Landesvolker*). Or, en cas de conflit, lequel des peuples l'emporte ? Quelle volonté a rang supérieur ? La réponse est fournie par le droit qui met en forme la cohabitation de ces peuples au sein d'un même système politique. Même dans le cadre d'un État unitaire, il revient au droit d'articuler, le plus souvent par l'établissement d'une hiérarchie, les diverses expressions du peuple national. Pour ne donner qu'un aperçu de cette question complexe : le peuple français se manifeste à la fois en tant que constituant et en tant que législateur, à travers la voix du parlement et à travers le référendum. Laquelle de ses « voix » doit l'emporter, en cas de conflit ? Où est « le » peuple ?²⁸

La thèse de la mise en forme juridique du peuple peut se voir opposer deux réserves. Celles-ci ne concernent, toutefois, que des cas limites, qui sont toutefois importants. En premier lieu, l'on peut être tenté d'affirmer que, lors d'une révolution – phénomène d'habitude accepté comme relevant du champ de la démocratie –, le peuple agissant (« la rue ») est une entité sociale non informée par le droit (positif), puisque, par définition, dans ce type d'hypothèse le peuple s'insurge contre le droit positif. L'argument a même été théorisé par Sieyès. Dans le chapitre V de *Qu'est-ce que le Tiers État* ? Sieyès affirme en effet : « De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême. (...) Une nation est indépendante de toute forme »²⁹. Le propos de Sieyès doit toutefois être compris à sa juste mesure. La diatribe contre toute imposition de « formes » se dirige tout entier contre les formes que l'on voudrait imposer à la nation au nom du droit *positif* (en 1789 : la subdivision en trois états). Pour Sieyès, le peuple a besoin d'être informé par des règles pour se constituer et exister. Seulement ces normes (à savoir le principe d'égalité et de liberté) relèvent du droit *naturel*. « La nation, dit-il, se forme par le seul droit naturel »³⁰. De nos jours, le

28. Cf. L. HEUSCHLING, „Krise der Demokratie...“, *op. cit.*, p. 57 et s. : « La structure de la légitimité démocratique en droit français : entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, p. 339 et s.

29. E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État* ?

30. *Ibid.*, p. 181.

recours au droit naturel est moins indispensable en ce que les deux principes structurants du concept démocratique de peuple (l'égalité et la liberté des individus) sont reconnus largement en droit (positif) international³¹.

Une deuxième réserve possible concerne le peuple en tant qu'opinion publique ou le peuple manifestant sa volonté dans la rue. Dans ces deux cas, la voix du peuple est-elle structurée selon les règles du droit ? Pour les sondages, cela n'est pas impossible : si les enquêteurs souhaitent connaître l'opinion du « peuple », au sens juridique du terme, il est souhaitable et possible que leur panel représentatif soit constitué en tenant compte des critères d'âge et de nationalité imposés par le droit. Pour les manifestations, en revanche, la situation est, par définition, floue et incertaine. Ceux qui marchent dans la rue peuvent ne pas avoir la qualité juridique de citoyen. Le principe d'égalité est-il respecté ? Combien de manifestants faut-il dans les rues (pendant combien de jours ? à quels endroits ?) pour dire, avec certitude, que le peuple s'est exprimé ? La question est, et reste, problématique, la seule réplique étant de la marginaliser d'une manière ou d'une autre. Ainsi, Christoph Möllers considère qu'il n'y a de volonté démocratique qu'informée par les règles du droit et que, par conséquent, la révolution, la « rue » ou la société civile ne relèvent pas de la démocratie *stricto sensu*, mais du phénomène du « populisme », qui est un mode d'action pré-démocratique (il prétend être démocratique, sans l'être véritablement, faute d'être informé par le droit)³².

2. Démocratie et droits de l'homme

L'autre lien, en amont, est que la démocratie au sens procédural ne peut se concevoir sans certains présupposés libéraux. Encore faut-il cerner à sa juste mesure cette thèse, assez courante, selon laquelle les droits de l'homme ou, du moins, *certain*s droits de l'homme sont une *conditio sine qua non* de la démocratie. Il est certain qu'il n'y a d'élection démocratique, au vrai sens du terme, que s'il y a un choix possible entre plusieurs options, si les citoyens peuvent choisir en toute liberté, en connaissance de cause, sans crainte pour leur vie. Si, *de jure* ou *de facto*, il n'y a plus de pluralisme, le

31. Voir, outre l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 : « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables : a) de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b) de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ; c) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. »

32. Ch. Möllers, *Démocratie – Zustimmung und Versprechen*, Berlin, Wagenbach, 2008, p. 27 et s., p. 33 et s.

processus électoral dégénère en farce ou mascarade, une réalité qui ressort de l'étude de tous les systèmes dictatoriaux ou quasi dictatoriaux qui ne se privent pas d'organiser des élections³³. Le réel fonctionnement de la démocratie implique donc le respect d'un grand nombre de principes : la liberté d'expression, la liberté d'association, la liberté de réunion, la liberté d'information, la liberté des médias, la liberté de la science (car celle-ci assure une certaine objectivité et rationalité des débats politiques), la liberté d'aller et venir (à quoi sert une campagne électorale si les acteurs clés – les candidats et les citoyens – ne peuvent pas, librement, se rencontrer ?), le droit à la vie (qui oserait se porter candidat si sa vie en dépendait ?), la protection de la propriété privée (comment un parti d'opposition pourrait-il se développer si ses biens sont arbitrairement séquestrés ou détruits ?), etc. On peut même dire qu'il n'y a de débat démocratique possible que si, au préalable, tous les citoyens se sont reconnu mutuellement la qualité d'agents libres et égaux³⁴. L'autonomie du tout n'est que la résultante de l'autonomie de chacun de ses membres³⁵.

La souveraineté du peuple est donc en son essence, dès le départ, informée par ces principes, sans lesquels une démocratie est inconcevable et irréalisable. Le principe de ces libertés et droits est « soustrait aux aléas de la décision politique »³⁶, même si la définition des modalités particulières de leur mise en œuvre revient de droit à la majorité élue. L'État de droit, défini en ce sens, précède ainsi logiquement la démocratie au sens formel. La formule peut néanmoins prêter à confusion. Il ne faut pas en déduire que ces principes viendraient se greffer de l'extérieur sur une souveraineté préexistante, monolithique et sans bornes³⁷. Il s'agit au contraire, comme déjà indiqué, de principes immanents qui se situent à la source d'une souveraineté populaire qu'ils constituent et limitent tout à la fois. Du point de vue

33. Voir, d'antan, les élections sous les dictatures dans les démocraties dites « populaires » du bloc communiste ou, à l'heure actuelle, dans la Russie de Poutine, les stratégies d'intimidation de l'opposition *vis* des accusations arbitraires de fraude fiscale, de diffamation, etc.

34. Ce point est bien mis en évidence par O. GERTENBERG, *Bürgerrechte und demokratische Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, p. 44.

35. Ch. STÄCKE, « Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee », in J. ISENSEE et P. KJESCHNOFF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, (t. 3, 3^e éd.) 2005, p. 5 und 24 (« La démocratie, c'est-à-dire l'autodétermination du peuple dépend de la liberté et de l'autodétermination de ses membres individuels ») ; R. ALEXI, « Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat », in S. GOSWAMI, G. LOHMANN (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte* (2^e éd.), Frankfurt, Suhrkamp, 1999, p. 261 (« L'autonomie ne se laisse pas diviser »).

36. P. GÉKAUD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1995, p. 130.

37. Cf. P. HÄBERLE, *op. cit.*, p. 350 s. *Contra* : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 208 et s.

de la technique juridique, la supériorité logique de ces principes se traduit par l'émergence d'une constitution qui peut être codifiée ou coutumière, souple ou rigide, selon le degré de protection qui est nécessaire dans une société politique donnée. Le pouvoir politique dispose donc d'une marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ces principes dont le contenu reste sujet à certaines imprécisions. L'école d'Habermas parle à cet égard d'un lien « circulaire » entre la démocratie et l'État de droit, qui ne serait pourtant pas tautologique³⁸. Oliver Gerstenberg montre ainsi que, si les droits de l'homme constituent une condition fonctionnelle du processus délibératif démocratique, elles en sont en même temps le résultat puisqu'il revient à la majorité démocratique de poser la constitution et les lois qui en définissent le statut juridique précis. C'est ce qu'il résume par la formule suivante : « Pas de droit légitime sans démocratie, pas de démocratie sans droit légitime »³⁹. Il faut donc distinguer entre le noyau objectif de ces principes *a priori* qui précèdent la décision démocratique et leur concrétisation finale qui résulte de la loi positive votée par la majorité.

Par rapport à cette thèse, deux points restent à clarifier ou du moins à aborder (car, faute de temps, je ne pourrais les creuser⁴⁰). En premier lieu, il reste à savoir si le concept de démocratie formelle présuppose logiquement le respect de l'ensemble des droits de l'homme ou seulement de certains d'entre eux. Si d'aucuns admettent le rôle crucial du triptyque « liberté d'expression – liberté d'association – liberté de réunion », ils se refusent néanmoins à étendre la protection qui en découle à toutes les libertés⁴¹. Loin d'être contredit, l'antagonisme entre démocratie et droits de l'homme serait simplement relativisé. Même si on accepte d'élargir la liste des prérequis, en y incluant par exemple, avec Kelsen⁴², la liberté de la science, le statut de

38. O. GERSTENBERG, *op. cit.*, p. 19 et s. : „Nicht-tautologische Zirkularität: Die Verfassung als Vorbedingung und Resultat demokratischer Politik (Une circularité non-tautologique : la Constitution comme condition et résultat de la politique démocratique)“.

39. *Ibid.*

40. Pour une analyse plus poussée, cf. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, p. 590 et s.

41. Voir, par ex., E.-W. BÖCKENFÖRDE, „Demokratie als Verfassungsprinzip“, in J. ISENSEE et P. KIRCHHOFF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* (t. 2, 3^e éd.), 2004, n° 37, Heidelberg, C.F.Müller, p. 454 ; M. TROPER, „Justice constitutionnelle et démocratie“, *RFDC* 1990, p. 33.

42. À rebours de ses écrits antérieurs, Kelsen affirmait en 1933, dans son opusculé *Staatsform und Weltanschauung* (Tübingen, Mohr, 1933), qu'il n'y a pas de démocratie sans le respect de la liberté de l'esprit, de la liberté d'expression, de la liberté de religion et de conscience, du principe de tolérance et de la liberté de la science. Cette matérialisation du concept de démocratie connaît son point d'orgue en 1955, avec son long article „Foundations of Democracy“, déjà cité (*supra* note 10), où il affirme nettement le lien indissoluble entre démocratie et libéralisme.

certaines droits de l'homme reste discutable. Si le processus électoral ne peut fonctionner sans respect de la propriété des partis, spécialement des partis de l'opposition, faut-il en déduire que tout le régime de la propriété privée est ainsi soustrait à la majorité démocratique ? Dans un autre registre : *quid* du droit des femmes à procéder à une interruption volontaire de grossesse ? La démocratie implique-t-elle, au-delà du respect des/de certains droits de l'homme de la première génération, également le respect des droits de l'homme de la deuxième, voire troisième génération, selon l'idée que ces droits forment un bloc, et que les « droits à » ne visent qu'à renforcer les « droits de » ? Ici s'ouvre un vaste champ de débat où les certitudes et consensus se font plus rares. L'idée de nécessité s'effrite.

Le deuxième point à creuser concerne l'existence d'un lien de dépendance du libéralisme à l'égard de la démocratie. Jusqu'ici il a été prouvé qu'il est impossible de penser un régime démocratique qui ne serait pas, jusqu'à un certain point, libéral. Or qu'en est-il dans l'autre sens ? Est-il possible de penser un régime libéral qui ne serait pas démocratique ? Nombreux sont les auteurs qui, au vu de l'histoire – la protection des droits de l'homme ayant souvent précédé la consécration du suffrage universel –, nient l'existence d'une affinité particulière de l'idéal libéral à l'égard de l'idéal démocratique. Le libéralisme se trouverait dans une position de force par rapport à l'idéal démocratique à l'égard duquel il ferait preuve d'une attitude d'indifférence voire d'hostilité⁴³. Au mieux, il admettrait la légitimité de la démocratie comme étant le meilleur moyen pour garantir la liberté individuelle. Comme le disait Benjamin Constant : « La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. La liberté politique en est la garante ; la liberté politique est par conséquent indispensable »⁴⁴.

Par rapport à cette dernière thèse, qui reflète une vision instrumentale de la démocratie, certains penseurs vont plus loin et affirment, non sans bons arguments, que la liberté politique est le parachèvement logique de la liberté individuelle. Une fois que l'on admet l'idée que l'être humain est un agent autonome qui sait faire un usage raisonnable de sa liberté dans sa sphère privée, il est difficile de lui refuser ce même droit dans la sphère politique. L'inverse reviendrait, selon Jeremy Waldron⁴⁵, à adopter une

43. A. C. HUTCHINSON, P. MONAHAN, „Democracy and the Rule of Law“, in A. C. HUTCHINSON, P. MONAHAN (eds.), *Rule of Law: Ideal or Ideology?*, Carswell, Toronto, 1987, p. 100.

44. B. CONSTANT, « La liberté des Modernes comparée à celle des Anciens », repris dans le recueil édité par M. GAUCHET, *Benjamin Constant. De la liberté chez les Modernes*, Paris, Livre de poche, 1980, p. 509.

45. J. WALDRON, „A Rights-Based Critique of Constitutional Rights“, *Oxford Journal of Legal Studies* 1993, vol. 13, p. 27 et s.

vision anthropologique contradictoire : optimiste et confiante lorsqu'il s'agit de l'individu, de l'*homo oeconomicus*, pessimiste et méfiante lorsqu'il s'agit du citoyen, de l'*homo politicus*⁴⁶. Le leitmotiv des Lumières consiste en effet, comme l'a si bien résumé Kant dans son célèbre texte *Qu'est-ce que les Lumières ?*, à inciter les hommes, tous les hommes (puisque ils sont nés libres et égaux en droits), à se servir de leur propre esprit critique, de leur propre raison – chose qui est la mieux partagée à en croire Descartes. Or, dès lors que les individus sont invités à se libérer de toutes les chaînes qui les maintiennent dans un état de tutelle, il devient malaisé de justifier pourquoi seuls quelques privilégiés auraient le droit de gouverner.

L'un des premiers juristes, à ma connaissance, à formuler clairement cette idée est le constitutionnaliste suisse Zaccaria Giacometti (1893-1970). En 1954, il écrit : « Les libertés constituent le fondement spirituel de la démocratie dans la mesure où la forme de gouvernement démocratique est l'aboutissement ultime de l'idée de la liberté individuelle ; la démocratie résout, en effet, le problème de l'articulation entre l'individu et la collectivité au profit de l'individu, en cherchant à établir l'autodétermination la plus large possible de l'individu au sein de l'État. Appliquée de façon conséquente, la liberté à l'encontre de l'État conduit à la liberté dans l'État (*Die Freiheit vom Staate führt, konsequenterweise zu Ende gedacht und verwirklicht, zur Freiheit im Staat*). »⁴⁷ « La liberté et la dignité humaine ne sont pleinement assurées qu'à l'instant où l'individu est, au-delà de ses droits et libertés, non seulement l'objet de l'ordre étatique, mais aussi son sujet »⁴⁸. La conclusion de cette conception est que la démocratie n'est pas juste un instrument. Elle découle de la dignité humaine et est l'objet d'un droit subjectif, d'un droit de l'homme.

3. La garantie des prérequis libéraux de la démocratie : la question du juge

Une fois que l'on admet qu'il est impossible de concevoir et, partant, de réaliser une démocratie sans satisfaire ces conditions fonctionnelles, s'ouvre un autre champ problématique qui est celui de leur garantie institutionnelle.

46. En ce sens pourtant, K. BIEDERMANN, « Demokratie, Demokratisches Prinzip », *Staatslexikon* 1860, (t. 4, 3^e éd.), p. 359.

47. Z. GIACOMETTI, *Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte*, Zürich, Orell Füssli, 1954, p. 4 (trad. pers.).

48. *Ibid.*, p. 5. Sur ce point de vue, que certains historiens des idées qualifient de « républicain » par opposition au libéralisme *stricto sensu*, cf. aussi P. GÉRARD, *op. cit.*, p. 136 et s. (la distinction entre le modèle d'une « démocratie de protection » et le modèle d'une « démocratie de développement » ou « d'épanouissement »). Pour une critique, cf. E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte? », in S. GÖSEPATH, G. LOHMANN, *op. cit.*, p. 233 et s.

Comment ces prérequis sont-ils garantis, protégés (contre qui) ? Jusqu'à quel point sont-ils objectifs (insularisés) à l'encontre des représentants élus du peuple, voire à l'encontre des citoyens eux-mêmes ? À cet égard, le discours dominant de l'État de droit véhicule un double message : celui de la juridicisation et de la juridictionnalisation de la sphère politique.

La juridicisation : ces prérequis de la démocratie doivent être consacrés en droit (positif), de surcroît dans des textes juridiques situés dans les strates les plus élevées de la hiérarchie des normes, afin de restreindre au maximum l'emprise des élus politiques. À ce titre, l'on peut citer trois phénomènes majeurs :

– 1. l'incontestable attractivité du modèle de la Constitution rigide, supérieure à la loi, sur tout le globe, y compris au Royaume-Uni et dans les pays s'inspirant traditionnellement du modèle constitutionnel anglais (Nouvelle-Zélande, Australie, Canada, Israël, etc.)⁴⁹ ;

– 2. l'expansion, à partir notamment de l'exemple allemand, de l'institution des limites matérielles au pouvoir de révision (les « clauses d'éternité »), voire la théorisation et la mise en place en droit positif de limites au pouvoir constituant (originaire) ;

– 3. le mouvement de protection des droits de l'homme en droit international, régional et/ou universel, depuis 1945.

L'idée de confier la garde des prérequis libéraux à la conscience des acteurs politiques eux-mêmes, qui, par esprit de *fair-play* et par autodiscipline, interdiraient ces limites, paraît de plus en plus suspecte. En tout cas, elle est suspecte pour ce qui est des élus, voire, parfois, pour ce qui est des citoyens eux-mêmes⁵⁰. Ce choix entre l'option de l'objectivation ou celle de l'intériorisation est, pour une large part, le fruit de l'expérience historique de chaque pays, des déboires qu'il a connus, ou non, dans le passé, avec ses élites et/ou avec ses citoyens. C'est une question de confiance, dans laquelle l'expérience traumatisante d'une dictature joue un rôle clé (en défaveur des hommes politiques et en faveur des juges).

À cette tendance de la juridicisation s'ajoute celle de la juridictionnalisation. De la suprématie du droit sur la démocratie nombre d'auteurs déduisent aussitôt la nécessaire suprématie du juge sur la démocratie. Selon

49. Ce glissement tectonique qui est en train de s'opérer au sein de l'ancienne sphère d'influence anglaise se reflète dans l'intérêt croissant des auteurs et acteurs de ces pays pour le modèle du constitutionnalisme codifié et rigide. Pour un premier aperçu synthétique, au sein d'une littérature des plus riches, voir D. ERDOS, *Delegating Rights Protection. The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, Oxford, OUP, 2010.

50. Se pose ici la question de savoir jusqu'à quel point un référendum populaire est soumis au respect de ces prérequis.

le discours dominant de l'État de droit, le seul gardien possible du droit, et spécialement des principes juridiques fondateurs de la Cité, est le juge. L'idée qu'un organe *politique* puisse être le défenseur de ces principes est récusee. Soit l'idée n'est plus crédible, eu égard à l'absence de confiance des citoyens à l'égard des élus politiques (dans un modèle à trois pouvoirs, il ne reste, face aux pouvoirs exécutif et législatif, que le pouvoir judiciaire en tant qu'ultime « refuge » ou « contre-pouvoir »). Soit l'idée d'un gardien politique du droit est récusee d'office comme absurde : seul un juge peut être le défenseur du droit. Inversement, il n'y a de droit, de règne du droit, que s'il existe un juge qui puisse sanctionner le non-respect de la norme. Sans juge, la norme n'aurait pas la force d'une véritable norme juridique. Ce serait, tout au plus, de la morale (or qui dit « État de droit » dit bien règne du droit, et non règne de la morale). Ce raisonnement connaît à l'heure actuelle un succès considérable. Pourtant, il n'est pas sans failles. Sans avoir le temps de creuser ces points, je voudrais juste esquisser deux raccourcis et angles morts : d'une part, la question du pouvoir d'interprétation des juges (jusqu'à quel point les juges sont-ils habilités à mobiliser, plus ou moins « activement », les textes ?) et, d'autre part, la célèbre formule de Juvénal : *Quis custodiet ipsos custodes* ?⁵¹

51. « Mais qui gardera ces gardiens ? »