



HAL
open science

Sur ” Les valeurs de la démocratie ; essai sur huit notions fondamentales ”

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Sur ” Les valeurs de la démocratie ; essai sur huit notions fondamentales ”. *Droit et Société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2005, 59, pp.211-216. halshs-00125724

HAL Id: halshs-00125724

<https://shs.hal.science/halshs-00125724v1>

Submitted on 22 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Dockès (Emanuel) . — Valeurs de la démocratie (huit notions fondamentales),
Editions Dalloz, Collection Méthodes du droit, Paris, 2004, 183 pages.

L'omniprésence du discours sur l'Etat de droit tend à occulter toute réflexion de fond sur la démocratie chez les juristes. Valeur présumée, celle-ci n'est vue qu'indirectement, au travers de la prescription d'un droit naturel moderne, ou au travers de l'étude de certaines des composantes juridiques considérées, souvent sans véritable justification, comme indissociables d'elle (les droits fondamentaux, l'éthique de la discussion, le contrôle de constitutionnalité, la rationalité des choix décisionnels, etc.). La démocratie est présentée comme une évidence, aussi bien comme valeur du discours dominant, que comme matrice du système juridique acceptable.

Interroger la démocratie n'équivaut pas nécessairement à remettre en cause cette valeur : ce peut aussi, et l'exercice est alors salutaire, essayer de la comprendre, de la distinguer d'autres valeurs disponibles qui soit s'y opposent directement, soit tendent à se réclamer d'elle en la redéfinissant d'une manière dont il faudrait dire si elle est ou non acceptable. C'est aussi donc d'une certaine manière la défendre en pratique et la fonder en théorie. C'est retrouver une tradition politique, celle du libéralisme philosophique, et une tradition juridique (plus exactement une tradition des juristes), celle par exemple illustrée par Kelsen dans *La démocratie, sa nature, sa valeur*, que Dalloz vient de rééditer (2004) ou Ross, dans *Why democracy?* (Harvard University Press, 1952)

Le livre que consacre Emmanuel Dockès aux *Valeurs de la démocratie* participe de cette interrogation, sans nécessairement retrouver les mêmes valeurs (il se distingue notamment de Kelsen sur l'articulation du rapport de la liberté à l'égalité, et sur la conception de la représentation) ni les mêmes méthodes (si la démarche n'est pas totalement opposée à l'interrogation analytique, ni à une certaine forme de réalisme, l'auteur affirme lui-même ses – nombreux – points de divergence). Il s'agit ici également d'identifier, tant du point de vue politique (quelles valeurs constituent la démocratie ?) que juridique (quelles institutions du droit positif traduisent ces valeurs ?). Il s'agit aussi de proposer des interprétations de ces institutions, tant du point de vue politique (quelles places occupent-elles dans une théorie de la démocratie ?) que décisionnel (quelles interprétations de ces mécanismes seraient les mieux aptes à réaliser l'idéal démocratique ? quelles institutions devraient évoluer, et comment, pour réaliser cet idéal) : au sens propre, revenir sur une théorie politique de la démocratie, juridiquement informée.

Ce retour est nécessaire ; il est plaisamment conduit et illustré. Il intéressera les juristes, qui y trouveront une proposition de lecture synthétique du droit positif (l'auteur dépassant avec aisance les séparations techniques) ; il intéressera aussi le citoyen et le curieux de la chose publique qui y trouveront une problématisation toujours accessible au non-spécialiste des raisonnements et mécanismes juridiques liés aux interrogations politiques les plus actuelles.

L'ouvrage traite de huit notions fondamentales de la démocratie : Liberté, Egalité, Pouvoir, Droit, Contrat, Propriété, Intérêt et Représentation, qui en constituent à des degrés divers des valeurs. La construction met en avant et développe longuement deux notions essentielles (liberté et égalité) qui trouvent leur synthèse dans l'aversion face au pouvoir (troisième notion), et dans le droit (quatrième notion) un moyen d'effectivité. Les quatre autres valeurs abordées le sont plus brièvement. Deux d'entre elles, le contrat et la propriété, le sont comme valeurs déduites des deux notions essentielles en tant qu'elles leur sont indissociablement liées, mais et seulement si elles sont circonscrites à une interprétation conditionnée par la liberté et

l'égalité. Deux valeurs sont présentées comme discutables (et récusées dans une large mesure par l'auteur) en ce qu'elles tendent à s'opposer à cette liberté et cette égalité : l'intérêt et la représentation. Ce qui retient en premier lieu l'attention est donc moins l'inventaire de valeurs intouchables, sur le mode du discours sur les droits fondamentaux, que la mise en évidence, sur la base de deux prémisses (les deux premières valeurs) de la nécessaire articulation dans l'ensemble du système juridique, quel que soit le degré hiérarchique des normes envisagées et quel que soit le champ académique disciplinaire concerné (droit public ou privé, droit national ou international) de ces notions : c'est en raison de ce lien nécessaire qu'elles constituent des valeurs de la démocratie ; ce n'est qu'en tant qu'elles sont appréhendées au travers de ce lien nécessaire (propositions d'interprétation) qu'elles constituent chacune pour ce qui les concerne des valeurs de la démocratie ; c'est parce qu'elles s'opposent à ce lien nécessaire que les valeurs de l'intérêt et de la représentation sont dissociées des valeurs de la démocratie. Dès lors on ne trouve pas ici d'évaluation abstraite du pouvoir, de la propriété, du droit ou du contrat par exemple, ni dans leurs acceptions juridiques, ni dans leurs acceptions philosophiques, mais une construction concrète des significations possibles, à tous niveaux, et de leur participation à une théorie démocratique. L'étude du pouvoir (pouvoir de fait, pouvoir juridique, et de leurs interactions), celles du contrat ou de l'intérêt (abordées au travers des prismes classiques de l'autonomie de la volonté aussi bien qu'à l'aide des théories économiques, critiques et critiquées) sont à cet égard stimulantes.

Le point de départ de la construction réside bien sûr dans la stipulation de deux pré-supposés : c'est au travers du droit que se construit la démocratie ; les démocraties sont construites autour de deux valeurs, liberté et égalité. Ce dernier pré-supposé n'appelle pas véritablement de discussion, tant il est vrai que désormais l'une et l'autre apparaissent indissociablement liées par la théorie politique et juridique moderne, alors même que le libéralisme ne fut pas toujours égalitaire, et que l'égalité fut et demeure trop souvent vécue dans les fers. Mais c'est cette liaison substantielle qui donne son sens à l'une et l'autre des valeurs, prises comme dans un miroir. Le premier pré-supposé pourrait être plus discutable, en fonction de la signification retenue pour le concept de droit. La critique vigoureuse quoique un peu rapide de la question de la représentation (pp 167-178), où on comprend l'intérêt de traiter de la représentation comme unification fictive du pouvoir¹ mais où on doute que le fait qu'il y ait des pouvoirs - des volontés dans l'Etat alors que l'Etat en est dépourvu – soit occulté par la seule force du mot de représentation (p. 178), ne pouvait conduire qu'au rejet de la réduction du droit à l'Etat et à un système hiérarchisé et centralisé de normes : tant mieux en un sens car cela n'enferme pas la démocratie dans la panacée étatique. L'auteur n'y plaide pas en faveur d'un pluralisme juridique de principe, ni ne suppose nécessairement une supériorité du droit (comme valeurs) sur l'Etat (comme organisation). Il appréhende de manière assez convaincue le droit dans sa dimension psycho-sociologique (à propos de la notion de norme, pp. 114 et suivante) et comprend le lien entre la croyance dans des valeurs (du droit) et l'institutionnalisation du pouvoir (par le droit). Sans se rattacher à une conception réaliste (en tout cas comprise comme empirisme), du point de vue d'une théorie générale du droit, l'auteur ici partage avec ce courant certaines sensibilités.

¹ On se référera avec profit à l'ouvrage que publie en même temps Pierre Brunet, *Vouloir pour la nation*, LGDJ, 2004, pour se rappeler dans quelles conditions déjà les révolutionnaires, Sieyès notamment, envisageaient la représentation comme moyen de créer le représenté, la nation fiction, et comment Robespierre défendait – parfois - l'idée de mandataire du peuple qui correspond davantage à la représentation telle que la conçoit Emmanuel Dockès.

C'est en ce sens qu'il faut prendre cette démarche très au sérieux comme proposant une théorie politique. Partageant assez largement les présupposés qui sont défendus par cette théorie politique, je ne rejoins pas nécessairement l'auteur dans les choix stratégiques qu'il adopte dans l'ouvrage et c'est sur ce point que la posture me paraît légitimement interrogeable.

On ne fera pas grief à l'auteur de présupposer le sens des mots (du droit ou de la langue commune) et même si la formalisation n'est pas celle d'une analyse critique du langage au sens philosophique actuel, la démarche peut être comprise comme dévoilant l'idée selon laquelle, si l'on adhère à cette conception de la démocratie, alors tous les sens ne sont pas admissibles et un sens *doit* prévaloir. C'est ce que l'on comprend par exemple lorsque l'auteur affirme à propos de la liberté « que le sens juridique et commun des mots doit prévaloir même s'il n'est pas le seul imaginable » (p. 2) : à la fois comme proposition d'interprétation et comme contrainte de la décision. J'entends ce terme globalement dans le sens que lui donne la théorie des contraintes². Le fait de production d'une proposition d'interprétation dans une analyse dogmatico-doctrinale ou dans une théorie politique qui s'assume comme telle, quelle que soit cette proposition et sa justification, peut être appréhendé comme une des causes possibles de certains éléments liés au fait constitué par l'acte de volonté que constitue une décision de concrétisation : le sens de la décision ou sa justification, incluant l'interprétation des énoncés. On parle de contrainte dans la mesure où l'hypothèse est que l'existence de cette proposition d'interprétation fait naître des obstacles factuels à la liberté de choisir de l'autorité, par exemple parce qu'elle ne dispose plus d'une argumentation présentable à l'appui d'autres interprétations, ou que l'adoption éventuelle d'une autre justification ou interprétation entraînerait à son tour un coût non assumable au regard d'autres exigences tenues par cette autorité comme plus importantes (par exemple elle révélerait des contradictions systémiques, elle dévoilerait un pouvoir occulté, etc.). La vérification empirique de cette hypothèse dépend évidemment d'une multitude de données variables avec chaque cas : la force persuasive de la proposition (qui dépend notamment mais pas seulement de sa cohérence, de son adéquation aux questions du cas, de sa publicité et de sa réception), la perception d'un rapport de force par l'autorité de décision qui varie en fonction de sa position, du cas, de sa conscience, de son besoin plus ou moins grand d'apparaître comme légitime, etc., etc. La question de savoir si une proposition d'interprétation est en tant que telle une contrainte juridique, ou de type politique ou encore d'un autre type peut rester ouverte. Il importe juste de noter que toute proposition d'interprétation qui prétend se fonder sur une lecture d'un système juridique (et c'est le cas de celles proposées par Emmanuel Dockès) vise à identifier des contraintes de type juridiques et à les mettre en évidence : les constituer en contraintes juridiques de la décision.

Se pose alors me semble-t-il la question stratégique qui est au cœur de toute théorie politique de la démocratie juridique et qui se justifie d'une part en fonction de l'estimation du degré de contrainte que cette théorie peut faire peser sur la mise en œuvre des normes par les autorités de concrétisation du droit, d'autre part en fonction de l'identification des obstacles à cette mise en œuvre sur les fondements politiques défendus. Pour faire court, je dirai qu'à mes yeux l'auteur, dans la détermination de ce choix stratégique, surestime le poids de la théorie politique dans le premier point (sa capacité à établir des contraintes, ce qui ne dispense nullement de fournir comme il le fait cette théorie), et se méprend sur la portée politique de la théorie juridique sur

² V. M. Troper et V. Champeil-Desplats, *Théorie des contraintes*, LGDJ, à paraître 2005.

le second point (son identification des obstacles à la mise en œuvre d'une proposition d'interprétation, et particulièrement d'une proposition sur les fondements politiques qu'il défend : ce qui en soi n'invalide pas sa propre théorie politique mais en restreint paradoxalement encore davantage l'influence sur le premier point).

Nul ne doute que la clarification par la doctrine sur des bases analytiques du sens des concepts utilisés dans des énoncés juridiques dont l'existence dans une démocratie traduit une prise de position politique puisse constituer une contrainte des autorités de concrétisation. Proposition d'interprétation, elle peut convaincre (elle ne sera d'ailleurs peut-être pas dite contrainte mais demeure dans le même rapport causal, relevant de la confirmation d'une conviction préalable sur le sens de la directive politico-juridique ou de la formation d'une conviction sur cette directive) ; elle peut aussi rendre plus onéreuse symboliquement l'adoption d'un sens contraire ou différent, en en faisant apparaître des présupposés politiquement discutables (contrainte plus forte, qui met en concurrence des systèmes de valeurs de référence – que signifie réellement le sens donné ? – et des systèmes de pouvoir de référence – qui assume réellement le pouvoir de donner le sens ?). Mais parce qu'il s'agit de fournir une proposition d'interprétation pour la faire jouer comme une contrainte, on ne se situe que sur le terrain empirique du rapport de force : la proposition (et la contrainte qu'elle causerait) est une cause éventuelle de la décision, et non une obligation de déduire la décision du sens analytiquement révélé par la doctrine. Et cette causalité n'est jamais mécanique et systématique, puisque aussi bien cette proposition d'interprétation est concurrencée par d'autres contraintes éventuelles (par exemple d'autres propositions d'interprétation ou de justification, surtout par des contraintes internes au système juridique lui-même puisqu'il ne s'agit jamais de donner le sens à un seul énoncé qui serait isolé, et que donner ce sens n'est pas sans effet sur d'autres énoncés du système). On peut dès lors dévoiler des contraintes qui peuvent avoir joué (à supposer une certaine rationalité de l'autorité de décision, ce qui pose aussi question) ; on peut essayer de faire peser consciemment des contraintes (et c'est aussi le rôle d'une théorie politique) ; on ne réduit jamais la part d'indétermination dans le choix de la décision de concrétisation (ce que Emmanuel Dockès comprend d'ailleurs très bien dans son analyse de la norme d'un point de vue théorique, et dans son illustration – pp. 25-28 - au travers de la question du droit au logement, par exemple, énoncé mais non concrétisé nonobstant le poids des arguments avancés). Utile en ce sens, la proposition de signification est un élément du débat politique au sens large. Mais elle n'est pas suffisante.

Ce qui conduit au second point et à ce qui me paraît être la limite de la stratégie adoptée. L'auteur identifie une théorie juridique parmi les obstacles à la contrainte que pourrait faire peser une théorie politique sur l'adoption par des autorités de concrétisation du sens des concepts qu'elle défend : la théorie réaliste (pp. 25-28). Certes l'auteur vise certains tenants de cette théorie, mais les juristes qu'il cite révèlent en fait la diversité des positions adoptées au sein de cette théorie. Deux affirmations permettent de rendre compte (imparfaitement j'en ai conscience) de cette critique forte : pour les réalistes, le problème du droit au logement déjà évoqué conduirait à conclure que « ce droit n'existe pas juridiquement ; les juges se voient ainsi reconnaître une sorte de monopole : eux seuls peuvent dire la teneur du droit » (p. 26, confirmé p. 27 : « les réalistes reconnaissent au juge une sorte de monopole de l'influence concrète et par conséquent un monopole de la juridicité ») ; « le réalisme présente l'inconvénient pratique de rendre juridiquement incontestable la décision du juge » (p. 27). En bref donc, le réalisme ne serait pas une théorie juridique qui décrit

mais une théorie politique qui légitime le pouvoir du juge, et en ce sens une théorie concurrente de la théorie de la démocratie.

Je ne peux évidemment pas parler au nom des réalistes ; mais me reconnaissant dans les postures qui sont dites réalistes, et par ailleurs également dans la théorie politique défendue par Emmanuel Dockès, je voudrais pointer pour installer le débat quelques imprécisions qui me semblent aboutir à des contradictions. Et resituer sur ces bases l'enjeu stratégique.

D'abord évidemment, tous les réalistes, y compris parmi ceux que citent l'auteur, ne réduisent pas les actes de concrétisation aux décisions juridictionnelles : donne le sens, donc concrétise le droit, toute institution publique (voire privée dans certaines versions) qui a effectivement le pouvoir de choisir un sens, sans être contestée par une autre autorité qui pourrait faire effectivement prévaloir un autre sens dans la solution du même cas. Ensuite, il me semble que ce n'est pas la théorie juridique qui rend la décision juridiquement incontestable, mais bien le fonctionnement de la machinerie juridique : c'est bien parce qu'il n'y a pas de possibilité de contester juridiquement le sens retenu que c'est cet acte de concrétisation qui donne le sens. La théorie réaliste ne dit pas que c'est bien ou que c'est mal juridiquement, pas plus qu'elle ne s'empêche de critiquer politiquement, si on le souhaite, le sens retenu, en montrant par exemple les difficultés à faire correspondre ce sens avec une lecture politiquement située ; elle se contente de décrire le fait empirique que ce qui est joué dans la concrétisation est ce pouvoir de doter d'un sens (de donner la teneur). Enfin, le problème (par exemple pour le droit au logement) n'est pas celui de l'inexistence juridique d'un droit (affirmation qui serait quelque peu contradictoire dans une posture positiviste), mais celui de l'existence même d'un droit. Le « droit au logement » est une valeur, une directive politico-juridique éventuelle, mais s'il n'est pas concrétisé, il n'est tout simplement pas un droit. Ces confusions (à mes yeux) procèdent d'un présupposé discutable qu'assume l'auteur, la notion de droit subjectif, qu'il définit comme des « parcelles de la liberté » (p. 8) « consacrées ou accordées par le droit » (p.9). Or comme le reconnaît l'auteur le concept de droit est un concept difficile qui ne peut être défini que stipulativement pour être doté de sens opératoire. Le concept de droit (nettement) et de sources du droit (peut être de manière moins évidente) qu'il retient n'étant pas celui des réalistes, il me paraît inapte à fonder une critique qui n'est pas interne à la posture réaliste (elle-même cohérente), mais dépendante d'une définition donnée de l'extérieur. Sur l'exemple du droit au logement, l'auteur entend implicitement que les juges violent la constitution (qui, parce qu'elle exprime un projet politique et qu'elle l'exprime au terme d'une procédure démocratique – des valeurs -, prescrit une signification – devant s'imposer c'est-à-dire qui doit être comprise comme obligatoire - et détermine un droit – subjectif – même si l'énonciation n'est pas concrétisé) : il me semble que c'est une lecture idéaliste (qui dit ce qui devrait être et qui évalue ce qui est). Je dirais pour décrire cet état de choses que la constitution n'est ni plus ni moins qu'une énonciation de valeurs (politiques), une directive (une des sources du droit), auquel un juge (dans l'exemple) se réfère (ou non) notamment (donc pas exclusivement) pour déterminer s'il va appuyer (ou non) la prétention d'un individu à obtenir dans un cas donné (il dit le droit, c'est-à-dire que je connais le sens juridique – l'effectivité – de la valeur dans et par cet acte de concrétisation) : il me semble que c'est une lecture empirique (qui décrit des faits et qui n'évalue rien).

On rejoint ici la dimension stratégique : le choix de ces concepts et postures, pour être ouverts, n'est pas neutre, et doit être interrogé dans une théorie politique. Je ne nie pas que certains, rarement d'ailleurs au sein de cette sphère que l'on dit réaliste,

mais plutôt à l'extérieur d'elle, fournissent une version caricaturale servant à légitimer le pouvoir : il appartient à ceux qui ne se reconnaissent pas dans cette utilisation de montrer pourquoi cette vulgarisation manque de fondement ; mais cela n'affecte ni le champ de cette théorie (la description de faits et non la prescription de valeurs), ni sa cohérence, ni son utilité.

Ce qui guide très légitimement pour moi la posture de l'auteur dans cet ouvrage est la question (essentielle) suivante : pour rendre effective la théorie de la démocratie défendue, les mots doivent avoir un sens déterminé (analytiquement) et il faut que ce sens se retrouve (effectivement) dans la concrétisation. Je crois que montrer que quelles que soient les procédures de définition et d'énonciation des valeurs, et qu'aussi forte soit la pression sociale et politique qui s'exerce, l'organisation pratique de la liberté et de l'égalité ne parvient jamais à évacuer le fait que la concrétisation de cette liberté et de cette égalité repose sur des actes de volonté qui sont des pouvoirs, et que montrer où se trouve ce pouvoir réel de dire le sens (la teneur du droit), ne constitue pas un obstacle à ce que recherche Emmanuel Dockès. Bien davantage, je crois que cela peut permettre une prise de conscience plus aiguë dans le débat démocratique de la difficulté ou de l'impossibilité d'évacuer cette dimension du fonctionnement de toute machinerie juridique : et en ce sens accroître (faiblement) la contrainte qui pourrait peser sur ce pouvoir, et clarifier socialement des enjeux politiques majeurs (dans la construction notamment de la citoyenneté et de la justiciabilité).

Qu'il y ait débat sur ces questions stratégiques est légitime. Pour que ce débat ait lieu il est un préalable brillamment rempli par cet ouvrage : dépasser les lieux communs pour fournir une véritable théorie de la démocratie.

Eric Millard