



**HAL**  
open science

## La démocratie comme Etat de droit

Michel Troper

► **To cite this version:**

Michel Troper. La démocratie comme Etat de droit. Séminaire automne 1999 Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique, Oct 1999, Montréal, Canada. halshs-03364353

**HAL Id: halshs-03364353**

**<https://shs.hal.science/halshs-03364353>**

Submitted on 4 Oct 2021

**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.

## LA DÉMOCRATIE COMME ÉTAT DE DROIT

Michel Troper

Conférence donnée à UQAM le 21-10-99

### 1. La conciliation difficile de la démocratie avec l'État de droit moderne.

1.1. L'État de droit comme État soumis au droit

1.2. L'État de droit comme État agissant dans la forme du droit

### 2. La nouvelle définition: Un nouveau concept de démocratie.

2.1. Le contenu du concept

2.2. Contre un concept élargi

L'album de la conférence.

Le titre qu'on m'a proposé - La démocratie comme État de droit - peut s'entendre de deux manières :

- a. Comme dans l'expression "portrait of the artist as a young man", "la démocratie quand elle est un État de droit". On sous-entend ainsi qu'elle n'est pas nécessairement un État de droit et que dans ce cas, elle n'en est pas moins une démocratie, comme l'artiste peut rester un artiste, même quand il n'est plus un jeune homme. Ici le "comme" sert à révéler un moment, un aspect ou encore une espèce du genre. Mais on ne prétend pas révéler l'essence de l'artiste et l'on admet qu'on pourrait faire aussi bien son portrait comme citoyen ou comme agent économique. On sait bien par exemple que, selon certaines conceptions, il y a une démocratie totalitaire ou une démocratie socialiste. La démocratie comme État de droit est alors une espèce du genre démocratie, peut être préférable aux autres, mais qui n'est pas toute la démocratie ou encore un aspect de la démocratie (par exemple la démocratie comme forme d'exercice ou de gestion du pouvoir, par opposition à la démocratie comme forme de détention du pouvoir).
  
- b. Comme dans les titres d'ouvrages célèbres "justice as fairness" ou "rational as reasonable" dans lesquels la justice est définie comme équité et le rationnel comme raisonnable. La démocratie pourrait donc être définie comme État de droit. Ici, il s'agit d'une définition stipulative, proposée pour résoudre certaines questions. Supposons qu'on admette que, définie d'une certaine manière, la démocratie est difficilement compatible avec telle ou telle institution, par exemple le contrôle de constitutionnalité ou les statuts particuliers des minorités, on stipulera une définition nouvelle, telle que la compatibilité sera alors assurée. On créera un nouveau concept de démocratie et on dira alors que, la véritable démocratie, la démocratie comme État de droit, est parfaitement compatible avec ces institutions et, mieux, qu'elle les implique.

C'est cette deuxième démarche qui fait problème. Il convient donc d'analyser d'abord les difficultés de concilier l'État de droit avec la conception classique de la démocratie, qui ont rendu nécessaire la recherche d'un nouveau concept de démocratie, puis ce nouveau concept et les difficultés auxquels il se heurte lui-même.

### 1. La conciliation difficile de la démocratie avec l'État de droit moderne.

Pour prendre la mesure de cette incompatibilité, il suffit de partir d'une définition simple de la démocratie comme gouvernement du peuple par lui-même ou, dans une perspective individualiste, comme système d'autonomie. Lorsqu'on parle de gouvernement du peuple par lui-même, on veut dire non pas que toutes les décisions sont réellement prises par le peuple, mais qu'elles lui sont imputées parce qu'elles sont prises par ses représentants élus ou qu'elles sont dérivées de décisions prises par les représentants élus. Dans une démocratie, le peuple est souverain, parce qu'il n'y a pas de décisions qu'il ne puisse prendre.

L'autonomie est une situation dans laquelle les hommes ne sont soumis qu'à des normes qu'ils ont eux-mêmes posées ou auxquelles ils ont consenti, par opposition à l'hétéronomie, système dans lequel ils ne sont soumis qu'à des normes posées par d'autres et auxquelles ils n'ont pas consenti. Le principe fondateur de la démocratie est donc non l'égalité, mais la liberté. En effet, tous peuvent être égaux s'ils sont soumis à un même maître et si celui-ci les traite également. Dans la démocratie comme autonomie, l'égalité n'est qu'une modalité de la liberté, parce que tous ont un droit égal d'être soumis à leurs propres normes .

L'expression "État de droit", elle, est plus ambiguë. On peut bien se réclamer de la philosophie antique et dire que c'est une situation dans laquelle les hommes sont soumis à des lois seulement et non à d'autres hommes, on ne peut pas éviter que certaines lois au moins soient faites par des hommes pour d'autres hommes. Il faut alors distinguer deux situations très différentes. Dans la première, ceux qui font les lois, les gouvernants, sont eux-mêmes soumis à des lois plus hautes. L'État est un État de droit parce qu'il est soumis au droit. Dans la seconde situation, les gouvernants règlent les conduites des sujets par des lois générales et impersonnelles, de sorte que chacun est soumis non pas à un ordre à lui adressé, mais seulement à ces lois générales ou à un commandement simplement déduit d'une loi générale. L'État de droit est alors un État qui agit dans la forme juridique. Or, dans ces deux acceptions, l'État de droit est difficilement conciliable avec la démocratie.

^

### 1.1. L'État de droit comme État soumis au droit

La thèse que l'État serait soumis au droit présuppose évidemment qu'il existe un droit qui n'aurait pas été créé ou posé par l'État et qui viendrait le limiter. Elle se présente elle-même sous deux variantes.

Selon la première, ce droit extérieur et supérieur à l'État est le droit naturel. Or, sans entrer dans une discussion sur le point de savoir si un tel droit naturel existe bien, on peut souligner que les hommes ne peuvent être dits autonomes, s'ils n'ont pas le pouvoir de se donner des normes ayant n'importe quel contenu.

C'est ce qui ressort à l'évidence de la définition de la démocratie comme un régime dans lequel le peuple est souverain. Si la souveraineté est une puissance illimitée, un peuple qui serait soumis à des règles supérieures cesserait d'être souverain. Cette incompatibilité a été maintes fois soulignée et d'abord par Rousseau : "Dans tout Etat, il faut une puissance suprême, un souverain qui puisse tout. Il est de l'essence de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée ; elle peut tout ou elle n'est rien" .

À l'idée que la soumission de l'Etat au droit naturel est incompatible avec la démocratie, on fait généralement une objection: c'est précisément le droit naturel qui institue le peuple comme souverain, de sorte que ce peuple cesse de l'être dès lors qu'il ne se prononce pas conformément aux lois. Mais la réfutation est facile : l'objection repose sur la croyance métaphysique dans l'existence objective d'un droit naturel - et la charge de la preuve repose sur ceux qui adhèrent à cette doctrine - mais à supposer qu'on accepte l'idée que le peuple tirerait du droit naturel une compétence limitée, il n'en résulterait pas que ce peuple serait soumis à des règles de fond, mais seulement qu'il serait souverain en vertu de règles procédurales et formelles. En revanche, dès lors qu'il agirait selon ces règles de procédure, il pourrait donner à ses décisions n'importe quel contenu; il serait pleinement souverain et, par conséquent, *legibus solutus*. La démocratie ne serait donc pas un État soumis au droit.

Selon la seconde variante, quelquefois appelée "positiviste", l'Etat n'est plus conçu comme subordonné au droit naturel, mais seulement à un droit positif antérieur. On invoque souvent à ce propos l'hypothèse d'un Solon ou d'un Lycurgue, énonçant les règles qui s'imposent ensuite aux gouvernants ou encore celle d'une Déclaration des droits de l'homme que le législateur sera tenu d'observer. Cette version ne va pas non plus sans difficulté.

La plus sérieuse est évidemment que si le droit, auquel seront soumis les gouvernants, est un droit positif, il n'est nullement extérieur ou étranger à l'Etat. L'acte par lequel on l'a posé est un acte de l'Etat lui-même, de sorte que si l'Etat est soumis à ces règles, il n'est soumis en définitive qu'à sa propre volonté. On peut certes considérer que la règle est tout-de-même extérieure et antérieure aux gouvernants actuels et que ce sont ceux-ci qu'il s'agit de limiter. On ne pourra plus

parler d'un Etat limité par le droit, mais tout-au-plus d'un Etat auto-limité. La justification de cette limitation est d'ailleurs loin d'être claire, car si ces règles, celles d'une Déclaration des droits de l'homme par exemple, ont été posées par une volonté humaine, on comprend mal pourquoi, dans une démocratie, la volonté des hommes d'aujourd'hui devrait être subordonnée à celle des hommes d'hier.

Mais les gouvernants sont-ils bien dans ce système soumis à des règles de fond anciennes ? Rien n'est moins sûr, car si leurs actes sont contrôlés par référence à des règles, celles-ci sont énoncées dans des textes vagues et ambigus, qui d'ailleurs renvoient à des notions de droit naturel et qui, par conséquent, doivent nécessairement être interprétées. La latitude dont dispose l'interprète, c'est-à-dire ici le contrôleur, est considérable, d'où il résulte que les gouvernants ne seront en définitive soumis qu'au contrôleur, donc à des hommes.

Il faut d'ailleurs noter que cette conception de l'Etat de droit est incompatible avec l'une des justifications habituelles du contrôle de constitutionnalité des lois. Pour soutenir que le juge constitutionnel n'est pas un co-législateur, on affirme en effet que, lorsqu'il décide qu'une loi est contraire à la constitution, l'organe de contrôle ne s'oppose pas réellement au contenu de la loi adoptée par le parlement, mais se borne à indiquer la procédure à suivre. Selon certains défenseurs du contrôle de constitutionnalité, une loi contraire à la constitution ne serait pas une règle qu'il est interdit d'adopter, mais une règle qu'on ne peut pas adopter selon la procédure législative ordinaire, mais seulement après avoir modifié la constitution, conformément à la procédure prévue pour la révision constitutionnelle. Rien, en théorie, n'empêche par exemple qu'une mesure jugée contraire à la Déclaration des Droits de l'homme soit adoptée en forme constitutionnelle. Or, même si l'on négligeait la difficulté pratique de modifier la constitution, qui est considérable dans de nombreux États, le raisonnement se détruirait lui-même puisque la Déclaration ne pourrait plus être considérée comme un droit extérieur à l'Etat et propre à le limiter.

Ainsi, un État de droit au sens d'un État limité par le droit est-il une chimère. Un tel État ne peut pas exister. Les institutions qui s'inspirent d'une telle conception ne réalisent nullement une soumission de l'État au droit; elles organisent ou bien un État qui n'est pas limité ou bien la soumission au sein de l'État des autorités démocratiques à des textes anciens et surtout à ses interprètes.

On peut alors envisager l'État de droit non pas comme un État qui se conformerait à un droit extérieur et supérieur à lui, mais comme un État qui agirait au moyen du droit, c'est-à-dire dans la forme juridique.

^

## 1.2. L'État de droit comme État agissant dans la forme du droit

Il s'agit en substance de l'idée, souvent développée au XVIIIème siècle, que l'Etat, ou plutôt les autorités de l'Etat, ne doivent agir qu'en application d'une loi, c'est-à-dire d'une règle générale et abstraite. L'Etat de droit, ainsi entendu, est alors simplement un type d'organisation du pouvoir, dans lequel existe une hiérarchie des normes. Cette hiérarchie constituerait la garantie essentielle de la liberté politique et cela pour deux raisons essentielles. La première tient à la conception même de la liberté politique, telle que la définit par exemple Montesquieu : c'est le fait d'être soumis aux lois et exclusivement aux lois. Je jouis dans cette situation d'une liberté semblable à celle que me donne la nature, dont les lois sont fixes et connaissables, de telle sorte que je puis prévoir toutes les conséquences de mes actions. La liberté politique, qui se confond alors avec la sécurité juridique, est préservée, quel que soit le contenu des lois. Peu m'importe qu'elles soient sévères, pourvu qu'elles soient fixes et générales, car si une autorité est soumise à la loi, en lui obéissant, c'est encore à la loi que j'obéirai indirectement.

La seconde raison est que s'il existe une hiérarchie des normes, c'est-à-dire si les commandements des autorités sont faits en application d'une loi préalable, si le législateur ne peut appliquer lui-même la loi et la modifier pour la rendre plus sévère ou plus indulgente au gré des circonstances et de ses caprices, en d'autres termes si il existe une séparation des pouvoirs, alors ce législateur, ignorant des cas concrets auxquels elle sera appliquée, n'énoncera que des lois générales et abstraites. Certains soutiennent même, avec quelque optimisme, que la loi sera modérée, parce que ceux qui la font sauront qu'elle pourra leur être appliquée et qu'ils ne voudront pas être soumis à une règle oppressive. Un tel système garantit à la fois que les sujets ne seront jamais soumis qu'à la loi et que cette loi sera modérée. L'exercice du pouvoir par des lois générales et abstraites est pour eux non seulement un moyen de régler les conduites des sujets et obtenir leur adhésion, mais c'est aussi un procédé

sûr et commode pour contrôler l'administration. L'une des premières codifications a d'ailleurs été faite par Frédéric II et l'Etat de droit pouvait être considéré comme réalisé dans l'Allemagne de Bismarck.

On voit par là qu'un tel État de droit n'implique pas nécessairement la démocratie. La hiérarchie des normes peut exister dans d'autres gouvernements. Montesquieu la concevait dans la monarchie ou dans le gouvernement mixte. C'est même pour lui la hiérarchie qui permet de distinguer la monarchie du despotisme, puisqu'elle est définie comme un système dans lequel "un seul gouverne, mais par des lois fixes et établies ". Au demeurant, si l'État de droit, c'est la hiérarchie des normes et si, comme le soutient Kelsen, l'État n'est pas autre chose que le droit lui-même, alors, selon la célèbre formule de l'auteur de la théorie pure du droit; tout État est un État de droit . Par conséquent, la démocratie aussi, mais pas seulement la démocratie.

Certains vont pourtant plus loin : la démocratie ne serait pas seulement compatible avec l'État de droit; elle impliquerait l'État de droit et serait irréalisable sans lui. 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. La réalité du pouvoir démocratique dépend donc étroitement de l'existence d'une hiérarchie des normes. S'il n'existe pas de hiérarchie des normes, les sujets ne seront pas soumis directement ou indirectement aux lois qu'ils ont eux-mêmes adoptées, mais aux commandements de l'administration. La hiérarchie doit même être entendue d'une manière particulièrement stricte : la loi ne peut laisser à l'autorité exécutive qu'une marge d'appréciation aussi limitée que possible, de sorte que chaque commandement apparaisse comme une déduction de la loi. C'est la raison pour laquelle l'exécution ne doit pas être confiée à une autorité démocratique, qui risquerait de s'écarter de la stricte exécution des lois .

Cependant, l'idée que la démocratie se confondrait avec l'État de droit se heurte à des objections graves. La première est que, comme on vient de le voir, un gouvernement non démocratique peut parfaitement être un État de droit. La seconde est qu'il ne peut exister dans un État moderne une hiérarchie des normes telle qu'on sera toujours soumis directement ou indirectement à la loi.

On doit en effet distinguer avec KELSEN deux types de relations de subordination entre normes : une relation statique et une relation dynamique. Dans le premier cas, la norme supérieure prescrit un certain contenu à la norme inférieure, dans le second, elle se borne à habiliter une autorité à poser une norme inférieure, mais sans lui prescrire de donner à cette norme un certain contenu. Ce contenu pourra être déterminé librement par l'autorité subordonnée. Il est clair que si l'Etat de droit est un simple rapport dynamique, autrement dit un rapport de délégation du supérieur à l'autorité subordonnée, il n'existe évidemment aucune raison de dire qu'en obéissant à cette autorité subordonnée, j'obéirai encore à la loi. Certains auteurs soutiennent que dans le système juridique, la hiérarchie des normes est principalement dynamique .

Mais, même s'il s'agit d'un rapport statique, l'idéal d'obéissance exclusive à la loi n'est pas nécessairement atteint. Le rapport statique peut en effet lui-même s'entendre de deux manières. Dans le premier cas, ce rapport est un strict rapport de conformité : le contenu de la norme inférieure doit être déduit du contenu plus général de la norme supérieure, au moyen d'un syllogisme pratique. L'autorité inférieure ne dispose alors que d'une compétence liée et l'on peut bien dire qu'en lui obéissant, on n'obéit qu'à la loi. Mais, on sait que ces situations sont extrêmement rares et que la loi doit nécessairement laisser à l'autorité d'application une marge d'appréciation plus ou moins grande, mais quasiment jamais nulle. Dans le deuxième cas, il n'y a entre les normes qu'un simple rapport de compatibilité . La norme supérieure se borne à tracer un cadre général, par exemple en déterminant des objectifs ou en fixant des limites, mais laisse à l'autorité inférieure, qui peut être administrative ou judiciaire, le choix des moyens et le pouvoir de décider librement, dans les limites prescrites, du contenu de la norme. Selon KELSEN, le contenu de la norme inférieure n'apparaît pas comme la déduction du contenu de la norme supérieure et l'on peut seulement dire qu'il peut être subsumé sous ce contenu. . On comprend dans ces conditions, la conclusion de FORSTHOFF : l'incertitude du droit frappe l'Etat de droit au coeur .

Or, dans les États modernes, les hypothèses de compétence liée, celles dans lesquelles l'autorité d'application ne peut procéder que par syllogismes, sont extrêmement rares et, dans la quasi-totalité des cas, elles disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable.

Il en va ainsi d'abord du pouvoir des autorités exécutives de préciser et de compléter au moyen de règles générales, les règlements, les lois qu'elles sont chargées d'appliquer. On dira sans doute que ces autorités exécutives sont quelquefois élues et en tout cas contrôlées par le pouvoir législatif lui-même démocratique, de sorte qu'on reste bien soumis à des normes auxquelles on a consenti ou au moins à des normes auxquelles l'autorité démocratique aurait la possibilité de s'opposer. Mais, en réalité, un tel contrôle d'opportunité ne s'exerce pas et ne peut pas s'exercer sur la totalité des règlements, beaucoup trop nombreux et complexes.

D'autre part, il existe un très grand nombre de normes qui n'émanent pas d'autorités exécutives contrôlées et responsables. C'est évidemment le cas de celles qui forment la jurisprudence. Si l'on admet, comme il convient de le faire, que les tribunaux ne peuvent pas appliquer les lois de façon mécanique, qu'ils doivent toujours choisir un texte de référence et l'interpréter et qu'ils disposent dans l'exercice de cette fonction d'un large pouvoir discrétionnaire, on ne peut pas dire qu'en obéissant aux normes posées par les juges, on obéit indirectement à la loi, sauf à celle qui leur confère le pouvoir discrétionnaire. À cela s'ajoute le fait que les décisions dont il est question ici ne sont pas seulement celles qui sont contenues dans le dispositif des jugements. Elles comprennent aussi - et surtout - les motifs qui en forment le support et qui se présentent comme des règles générales, valables pour toutes les situations appartenant à la même catégorie que celle qui a fait l'objet de la sentence. Les tribunaux produisent donc des règles générales, qui ne sont pas déduites des lois. Or, à la différence de l'autorité exécutive, les autorités judiciaires ne sont pas soumises au contrôle du pouvoir législatif démocratique. Sans doute fera-t-on valoir que si le législateur démocratique désapprouve les règles jurisprudentielles, il peut toujours les abroger ou les remplacer par des lois. Mais la surveillance quotidienne d'une jurisprudence énorme est en pratique impossible, les lois, qui viendraient remplacer des normes jurisprudentielles jugées inopportunes par le législateur, pourraient, dans la plupart des États modernes, être elles-mêmes soumises au contrôle d'un juge constitutionnel, puis être à leur tour interprétées par le tribunal chargé de les appliquer. C'est aujourd'hui une réalité que les sujets sont soumis à des normes jurisprudentielles, auxquelles ils n'ont pas eux-mêmes consenti et qui ne sont pas déduites de règles auxquelles ils auraient consenti.

Il faut encore souligner la création récente dans les États modernes d'un grand nombre d'autorités dites "indépendantes". Il s'agit d'autorités administratives, habilitées à régler un domaine spécialisé au moyen de décisions individuelles, comme de règles générales, et qui sont soustraites au contrôle hiérarchique du pouvoir exécutif central et donc au contrôle indirect du pouvoir législatif démocratique.

Enfin, la hiérarchie des normes est bouleversée dans son principe même par l'apparition de normes supranationales. Raisonons sur le cas l'Europe. Les traités européens donnent à des autorités supranationales le pouvoir de produire, dans certains cas à la majorité qualifiée, des règles générales, qui, dans certains cas, sont directement applicables sur le territoire des États. Ces règles peuvent intervenir dans des matières qui, en droit interne, relèvent de la compétence des parlements. Or, ces règles ont, selon le droit interne lui-même, par exemple selon l'article 55 de la constitution française, une autorité supérieure à celle des lois, de sorte qu'un tribunal ordinaire, qui ne peut écarter une loi inconstitutionnelle, peut écarter une loi conforme à la constitution, mais contraire à une norme européenne, même si cette norme européenne apparaissait contraire à la constitution française.

Ainsi, si l'État de droit se présente comme une hiérarchie de normes, le sommet n'en est pas occupé par des normes voulues par le peuple souverain. Au contraire, les normes censées émaner des représentants du peuple sont subordonnées à d'autres. Cet État de droit paraît bien incompatible avec la démocratie.

C'est à ce point qu'on fait valoir qu'il n'y a d'incompatibilité qu'avec la démocratie entendue de manière classique, mais qu'en revanche il n'y en a aucune si l'on confronte l'État de droit avec un nouveau concept de démocratie.

^

## **2. La nouvelle définition: Un nouveau concept de démocratie.**

Ce nouveau concept de démocratie est d'autant plus facilement conciliable avec l'État de droit qu'il s'identifie purement et simplement avec lui.

^

### **2.1. Le contenu du concept**

Nous sommes en présence d'un pur produit des contraintes de l'argumentation politico-juridique. Certes, déclarent les défenseurs de l'idéologie de l'État de droit, le système que nous préconisons se heurte au principe démocratique, mais seulement si l'on identifie ce principe à la domination de la majorité. Or, la démocratie ne saurait se réduire à cela, car la volonté du peuple n'est pas la volonté de la majorité du peuple, encore moins celle de la majorité parlementaire. Faute de pouvoir identifier cette volonté du peuple, il faut nécessairement considérer qu'elle se manifeste dans un certain nombre de principes fondamentaux, qu'on appelle aussi État de droit. Cette idée se présente et est justifiée sous plusieurs formes.

Le plus souvent, on rattache par des liens plus ou moins lâches, les principes à la volonté du peuple. On peut par exemple soutenir que les principes fondamentaux ont été énoncés dans la constitution et que par conséquent c'est bien le peuple qui les a voulus. Il y aurait ainsi, selon la terminologie de Bruce ACKERMAN une démocratie duale. Le peuple s'exprimerait tantôt dans la politique courante par l'élection des représentants chargés de légiférer, tantôt sous une forme plus haute en imposant un changement de constitution. La démocratie ordinaire repose sur la fiction que la majorité parlementaire représente le peuple. En annulant une loi pour inconstitutionnalité, les tribunaux dissipent cette fiction et imposent la volonté réelle du peuple, telle qu'elle figure dans la constitution. Si le peuple réel est en désaccord avec l'interprétation donnée par les tribunaux, il modifie la constitution, soit par la voie de la révision, soit par d'autres moyens, comme il l'a fait pendant la période du New Deal.

En France, le doyen VEDEL soutient une idée analogue. Comme les rois de France, qui, par un lit de justice, brisaient l'opposition des anciens parlements, lorsque ceux-ci refusaient d'enregistrer les lois, le peuple souverain, c'est-à-dire le pouvoir constituant, peut surmonter une décision du juge constitutionnel en adoptant en forme constitutionnelle une loi jugée contraire à la constitution et aux principes fondamentaux qu'elle garantit. Le respect des principes serait donc bien le respect de la volonté du peuple souverain.

Même dans les cas où les principes n'ont pas été inscrits dans la constitution, à l'occasion d'un moment constituant, il faudrait considérer qu'ils sont néanmoins, comme l'écrit Marcel GAUCHET, l'expression de la volonté d'un "peuple perpétuel" ou d'un "peuple transcendant". C'est le juge constitutionnel, qui est chargé d'imposer cette volonté et ainsi de "mettre en représentation le fait qu'elle doit avoir le dernier mot". Dans certains systèmes juridiques, le peuple réel est même privé du pouvoir d'imposer, en révisant la constitution, son interprétation de la volonté du peuple transcendant, puisque sur certains points, qui touchent aux principes fondamentaux, la constitution n'est pas révisable.

Mais, l'idée d'une démocratie comme État de droit, lui-même envisagé comme un ensemble de principes fondamentaux, a été surtout largement développée dans le cadre de la construction européenne. Dans ce cas, il n'est pas facile de rattacher ces principes à la volonté du peuple souverain. On pourrait soutenir qu'ils sont inscrits dans les traités, eux-mêmes ratifiés par les peuples souverains des différents États, mais on souligne le plus souvent qu'ils expriment des valeurs identiques à celles qui règnent dans les constitutions nationales, de sorte que la soumission aux traités serait analogue à la soumission à la constitution. On cite à ce propos la jurisprudence de la cour de Luxembourg qui se réfère aux traditions constitutionnelles communes aux États membres. La construction européenne - et plus généralement la construction d'une société internationale - manifesterait ainsi l'émergence d'un droit commun européen, fondé sur les principes de l'État de droit et la protection des droits fondamentaux. Il n'y aurait plus de place pour la décision politique, puisque ces principes transnationaux seraient imposés au moyen de procédures strictement juridictionnelles, donc neutres et impartiales.

^

## 2.2. Contre un concept élargi

Sans doute, les définitions sont elles libres et l'on peut bien appeler démocratie un système politique profondément différent de celui qu'on désignait jusqu'ici sous ce nom. Il faut toutefois être conscient de cette différence et ne pas prétendre qu'il s'agit de la même chose.

Or, alors que le concept classique de démocratie correspond à un système dans lequel le peuple est souverain, le concept nouveau signifie, lui, un système dans lequel le peuple souverain n'exerce sa puissance que dans des moments particuliers et non pas dans la production des règles ordinaires ou bien un système dans lequel le



peuple n'a été souverain qu'au moment de l'adoption de la constitution originale ou de la ratification des traités européens. La démocratie au sens classique est, avec la monarchie et l'aristocratie, l'une des trois formes de gouvernement. Elle désigne un mode d'attribution du pouvoir, tandis que le concept élargi prétend désigner un mode de régulation sociale, dans lequel la souveraineté aurait purement et simplement disparu pour céder la place au droit et dans lequel le pouvoir politique ne s'exercerait plus que conformément à des principes fondamentaux.

On peut considérer que la démocratie représentative classique se présente comme un principe d'imputation. Toutes les décisions peuvent en effet être imputées directement ou indirectement à la volonté du peuple souverain. Or, dans la démocratie comme État de droit, ce principe d'imputation disparaît totalement, puisque si les décisions ne sont que l'application de principes fondamentaux, elles ne sont pas imputées au peuple et que les principes fondamentaux eux-mêmes ne le sont qu'au prix de constructions complexes, qui ne sont pas réalisables dans tous les contextes juridico-politiques.

Il en va ainsi lorsqu'on affirme que le souverain ne se manifeste réellement que dans des circonstances exceptionnelles ou que le seul souverain est un peuple transcendant, ou que la démocratie n'est rien d'autre que le règne des principes. Ni les traités, ni le droit européen dérivé ne sont censés exprimer la volonté d'un souverain. D'autre part, le droit dérivé n'est pas non plus censé exprimer la volonté propre des autorités qui l'ont énoncé. Aussi, l'interprétation ne peut elle être considérée comme la recherche d'une intention quelconque. C'est pourquoi les textes européens sont interprétés conformément à des valeurs dites objectives, c'est-à-dire supposées indépendantes de toute volonté politique, comme la nécessité de faciliter l'intégration européenne, la croissance économique ou la concurrence. Ces valeurs ont sans doute été proclamées dans les traités, mais de même que les droits de l'homme ont été énoncés, positivés, par les constitutions nationales, mais sont cependant traitées comme des droits naturels, de même on interprète les traités et non comme l'expression de la volonté des négociateurs, mais par référence à des valeurs objectives, c'est-à-dire comme des principes immanents à la nature des choses, donc à celle des marchés, des principes dont le contenu serait connaissable grâce à la théorie de la justice ou à l'analyse économique. On a ainsi tout simplement actualisé la vieille doctrine du droit naturel.

Ainsi, la démocratie, dans son sens nouveau, serait devrait être définie comme le règne des valeurs et la fin du politique. Mais en réalité, l'idée que le règne des principes signifie l'absence d'un pouvoir politique repose sur deux présupposés erronés: que les principes seraient objectifs et connaissables et que les décisions prises conformément à ces principes seraient néanmoins imputables au peuple.

Pour ce qui concerne les principes, il faut souligner d'abord qu'ils doivent être dégagés et interprétés par des juges, que l'interprétation implique des choix et des décisions qui eux-mêmes reposent sur des préférences et des idéologies. S'ils sont exprimés dans des textes constitutionnels et des Déclaration des droits, ces textes sont vagues et ambigus et, par ailleurs, de nombreux principes sont "découverts" par les juges sans lien avec des textes ou avec un lien extrêmement ténu. Sans doute, l'interprétation résulte-t-elle de contraintes propres au raisonnement judiciaire, mais il subsiste une part irréductible de décision, qui se manifeste notamment dans le fait que, dans toute juridiction, il faut nécessairement clore le débat par un vote.

D'autre part, même lorsque les principes sont proclamés par des textes, ceux-ci peuvent différer de pays à pays ou du droit national au droit européen. Pour ne prendre que deux exemples, au nombre des principes constitutionnels français, figurent celui de la nationalisation des entreprises qui présentent le caractère d'un service public ou d'un monopole, de même que la laïcité de la République. Ni l'un, ni l'autre ne sont consacrés par les traités européens. Mais, même lorsque les textes proclament des principes semblables, ils sont appliqués dans des contextes différents, par des juridictions différentes et ils sont donc interprétés de façon différente. Il faut surtout observer qu'il est rare que l'on doive appliquer un principe isolé à un cas concret. Le plus souvent, ce sont deux ou plusieurs principes contraires qui sont en cause et le rôle de l'autorité d'application est de peser ces principes de manière à faire prévaloir l'un sur l'autre ou à trouver une conciliation entre eux. Ainsi, l'égalité et la liberté ou la liberté et l'ordre public ou encore la liberté et la laïcité. De tels conflits doivent être tranchés. Or, les choix en ces matières sont évidemment des choix de valeur, c'est-à-dire des choix politiques au sens large. Ainsi, le mouvement général de juridictionnalisation ne signifie nullement que la décision échappe à la politique, mais seulement qu'elle échappe aux détenteurs



traditionnels de l'autorité politique, c'est-à-dire aux parlements, pour passer entre les mains des juridictions nationales ou internationales.

Quant à l'imputabilité des principes à un peuple souverain, elle reste possible dans le contexte national, grâce à des théories comme celles d'ACKERMAN, de GAUCHET ou de VEDEL, bien que le peuple réputé vouloir les principes soit une simple fiction. En revanche, elle est tout-à-fait impossible s'agissant du droit européen. Dans le cadre national, on peut bien dire que décisions adoptées par les élus du peuple sont celles du peuple, que si le pouvoir des élus est limité par des principes, ces principes ont eux-mêmes été adoptés par le peuple et peuvent être modifiés par lui dans la forme constitutionnelle. Dans le cadre européen, une telle construction est d'abord inconcevable parce que nul ne songe à invoquer un peuple européen, auquel seraient imputés soit les décisions des autorités supranationales, soit les principes auxquelles ces décisions doivent être conformes, tandis qu'on ne peut songer davantage à les imputer aux peuples nationaux. En admettant même qu'ils ont accepté les traités, ils ne sont pas en mesure de modifier l'interprétation des principes contenus dans ces traités ou invoqués par les juridictions européennes, en modifiant ces traités par un équivalent international du lit de justice. Or, ce droit dérivé, qui n'est pas produit au nom du peuple souverain, qui ne peut être modifié par lui, peut déroger à la fois aux lois nationales censées être l'expression de la volonté générale, mais même aux constitutions nationales, puisqu'il n'existe pas de procédure permettant de contrôler leur conformité à ces constitutions.

La démocratie comme État de droit n'est donc pas une variété de démocratie. C'est une forme d'aristocratie.