

**L'Ambivalence des relations
du droit et de la démocratie**

Serge Regourd

**Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Directeur de l'Institut de Droit de la Culture
Et de la Communication**

« Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Cette citation de Lacordaire, prêtre catholique, au 19^{ème} siècle, marque de manière incontestable, la primauté de la règle de droit pour une régulation harmonieuse de la cité, dans laquelle les puissants n'écrasent pas les personnes vulnérables.

Il ne peut y avoir de fonctionnement démocratique hors la mise en œuvre du droit. Historiquement, l'invention démocratique émerge et se structure par le droit, non seulement par les dispositifs positivistes du droit mais par l'affirmation du principe même du fondement juridique de l'organisation sociale postulant que seul le droit est source de légitimité. La légitimité repose dans les droits des individus de telle sorte que tout pouvoir légitime doit procéder de l'accord de ces individus. La Révolution Française de 1789 constitutive d'une étape historique et symbolique décisive pour ce que le philosophe Marcel Gauchet nomme « l'avènement de la démocratie » se caractérise par son projet politique de re-construire la société sur la base du droit. Dans la « société de nature », précédant un tel contrat social, Hobbes, soulignait, à l'inverse, comment « l'homme est un loup pour l'homme ».

L'actualité de la mondialisation et de la globalisation économique tend, à l'inverse, dans bien des domaines, à promouvoir des logiques de dérégulation, et de dérèglementation, au profit d'une

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

régulation directe par le Marché. Mais le marché n'est pas, naturellement, démocratique, car selon la belle formule du poète péruvien Octavio Paz, « le marché n'a ni conscience, ni miséricorde ». Lorsque le droit s'efface, inexorablement, la démocratie cède le pas, au profit de toutes les formes d'autoritarisme, et d'oligarchies.

Mais ayant admis qu'il ne peut y avoir de démocratie hors de la régulation juridique, les relations positives entre le droit et la démocratie s'avèrent aussitôt plus complexes car chacun des deux termes constitue un polysème, renvoyant à une multiplicité de significations. Il y a autant de figures juridiques que de conceptions de la démocratie.

S'agissant de cette dernière, il est classique de se référer à la définition initiale de Lincoln, se référant au « gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple ». Mais, les difficultés commencent aussitôt car prise à la lettre cette définition n'a jamais correspondu à la réalité : jamais, et nulle part, le peuple n'a exercé les fonctions gouvernementales, ce que l'on a qualifié en doctrine de « démocratie directe » étant considéré comme inaccessible sur le terrain de l'effectivité politique, et donc juridique.

L'on en a, immédiatement, déduit que la seule « démocratie » susceptible de positivisme juridique était donc la « démocratie représentative », c'est-à-dire la délégation de l'exercice du pouvoir par le peuple souverain à ses représentants. Mais cette délégation de la souveraineté ne contient-elle pas déjà les germes d'un risque de captation oligarchique ? Au moment de la Révolution Française de 1789, précitée, l'un des grands constitutionnalistes, et artisan de la mise en œuvre de la philosophie des Lumières, l'Abbé Sieyès soulignait déjà – dans un discours du 7 septembre 1789 – : « Les citoyens qui se nomment des représentants renoncent et doivent renoncer à faire eux-mêmes la loi, ils n'ont pas de volonté particulière

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

à imposer. S'ils dictaient des volontés, la France ne serait plus cet Etat représentatif, ce serait un Etat démocratique. Le peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants ».

Ainsi, à l'origine, le régime représentatif est-il distingué, et même opposé au régime démocratique. La filiation du régime représentatif et du régime démocratique suppose que les citoyens ne soient pas réduits à la seule fonction électorale de désignation de leurs représentants. Certes, ici encore, il convient de souligner que la consécration juridique du suffrage universel constitue la condition nécessaire, première, de la démocratie et la construction démocratique a procédé par étapes, qui sont conjointement, des étapes d'élargissement du suffrage : du suffrage censitaire au suffrage universel masculin, étendu ensuite, à partir de la Norvège, dès avant la 1^{ère} guerre mondiale, au suffrage féminin. Et ce sont, évidemment, à chaque étape historique, des textes juridiques, des lois, qui ont défini les conditions de ce progrès démocratique.

Mais le suffrage universel constitue-t-il une condition suffisante ? Assurément pas si l'on se réfère au postulat de Sieyès. La question est alors celle de l'aménagement juridique de la capacité ultérieure des citoyens à contrôler leurs représentants, ou plus simplement, de l'obligation juridique faite aux représentants de respecter leurs engagements auprès de leurs électeurs, de telle sorte que la pérennité du lien de représentation initial soit assurée.

De manière générale, la règle de droit prévalente dans les démocraties, pour d'évidentes raisons de stabilité et de sécurité juridique, considère que « tout mandat impératif est nul ». Mais afin d'éviter une rupture entre le « pays légal » des représentants et le « pays réel » des représentés, la responsabilité politique des premiers

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

devrait être organisée à l'égard des seconds. Force est, hélas, de constater que tel est rarement le cas. Les règles de droit privilégient, à l'inverse, le pouvoir des représentants contre la ré-introduction des représentés dans l'exercice du pouvoir démocratique.

I – Quand le droit privilégie le pouvoir des représentants sur le pouvoir des représentés

Dans quel pays démocratique la Constitution a-t-elle, par exemple, mis en place une procédure révocatoire des représentants ? Réponse : Dans aucun pays européen.

Une telle procédure existe au Venezuela, pays précisément considéré comme non démocratique par les représentants des démocraties occidentales.

Si l'on prend le cas de la France, cette carence du droit peut-être illustrée par plusieurs exemples concernant la responsabilité politique des représentants à l'égard des représentés.

- En 1983, deux ans après son élection à la présidence de la République, le Président François Mitterrand prend le « tournant de la rigueur », en complète rupture avec le programme social et économique qui l'avait fait élire. Mais ce changement est opéré sans la moindre consultation de ses électeurs : aucun référendum – technique de démocratie directe – n'est organisé pour maintenir le lien entre représentants et représentés.
- En 1986, cette rupture de confiance se traduit par une lourde défaite du Parti Socialiste aux élections législatives mais le Président Mitterrand ne démissionne pas alors qu'il s'agit bien aussi et d'abord de sa défaite personnelle puisqu'il avait lui-même affirmé en décembre 1981 que « Le premier Ministre et les Ministres doivent exécuter la politique définie par le Président de la République dès lors que le Président de la République a pour devoir de mettre en œuvre le

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

programme sur lequel il a passé un contrat avec la nation : je suis le premier responsable de la politique française ».

Mais cette exigence démocratique à l'égard des électeurs n'est, en effet, pas sanctionnée par le droit. Et le 29 mars 1987, le même Président de la République ne manque pas d'invoquer la norme juridique contre l'exigence démocratique : « Le Président de la République doit assurer la continuité de l'Etat et le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, c'est dans l'article 5 de la Constitution, on n'assure pas la continuité de l'Etat si, lorsqu'il y a un événement électoral, on s'en va ». C'est donc bien un dispositif juridique, constitutionnel, qui permet ainsi d'occulter une rupture du contrat démocratique.

- Son successeur, le Président Chirac procéda de même : élu lui-même en 1995 sur un projet de résolution de la « fracture sociale », il choisit quelques mois plus tard, une toute autre orientation politique qui déclencha, en décembre de la même année une longue période de grèves générales et de manifestations de masse, illustrant une nouvelle fois les clivages entre le pays légal des représentants et le pays réel des représentés, de telle sorte qu'en avril 1997, le Président décida de dissoudre l'Assemblée Nationale. Mais le résultat fut un échec cinglant pour le Président : l'élection d'une claire majorité de gauche, ne le conduisit pas davantage à la démission.
- L'exemple le plus significatif du « désarmement juridique » des citoyens fut néanmoins constitué par l'échec du référendum de 2005 sur le projet de Constitution Européenne. Le Président Chirac s'engagea vigoureusement dans la Campagne en faveur du « oui » au référendum, comme les deux grands partis de gouvernement, UMP et PS, eux-mêmes soutenus par l'écrasante majorité des grands médias et des leaders d'opinion. Le « Non » l'emporta nettement (55%) mais l'élite des représentants n'en tira strictement aucune conséquence. Le

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

premier référendum négatif dans l'histoire de la Vème République avait eu lieu en 1969 et le Général De Gaulle avait tiré les conséquences démocratiques de cet échec en démissionnant. Rien de tel pour le deuxième référendum négatif en 2005, dont le résultat fit apparaître, plus que jamais sous la Vème République, une ligne de fracture entre les « élites politiques » et le peuple, que nul dispositif juridique n'a pour vocation de combler.

Le commentaire dominant consista plutôt à souligner l'incapacité du peuple à comprendre les enjeux en cause, et à suggérer qu'il eut mieux valu ne pas organiser le référendum. Conception en quelque sorte « d'une démocratie sans le peuple », ou d'une propension à récuser les procédures juridiques de « démocratie directe », à procéder en quelque sorte à ce que le dramaturge Bertold Brecht qualifiait de démarche visant à « dissoudre le peuple » dès lors que celui-ci tenterait de s'écarter de ce qui a été décidé en son nom. Mais l'exemple du référendum de 2005 est intéressant à un autre titre : en ce qu'il concerne précisément la construction Européenne, c'est-à-dire un processus de transfert de souveraineté au profit d'une instance supra-nationale privée de l'identité démocratique de ses Etats membres.

II – Quand le droit de l'Etat-Nation s'efface au profit d'un droit supra-national

L'apparition de la démocratie est historiquement, et intrinsèquement, liée à l'apparition d'une nouvelle forme politique, celle de l'Etat-Nation qui a succédé à la Cité, au Royaume ou à l'Empire. Sans Etat, pas de démocratie, et aujourd'hui encore l'Etat-Nation reste le seul espace politique démocratiquement organisé. L'Etat est au cœur de la maîtrise de l'action politique, postulant le « gouvernement de tous par tous ».

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

Les instruments juridiques qui façonnent la démocratie sont, toujours, ceux de l'Etat : principes constitutionnels, lois d'organisation de l'espace public. Or, la construction de l'Europe supra-nationale se présente bien comme un projet de dépassement des Etats-Nations.

L'Etat du droit en la matière réside, pour l'essentiel dans le principe de supériorité du droit de l'Union Européenne (Traité, règlements, directives) sur le droit des Etats membres, dans l'ensemble des domaines de compétences de l'Union. Ainsi, un pourcentage considérable des législations nationales intervenant dans le domaine économique et social, se présente comme la simple transposition, sinon duplication, des dispositifs juridiques décidés par les instances européennes. Or, ni les fondements initiaux de l'Europe Communautaire, ni ses modes d'organisation et de fonctionnement ne relèvent d'une matrice démocratique.

S'agissant de ses fondements, rappelons que depuis le Traité de Rome en 1957, auquel ont notamment succédé l'Acte unique en 1986 ou le Traité de Maastricht en 1992, l'Europe était seulement définie comme un Marché, « Marché commun », « Marché unique », « Marché intérieur », ne relevant précisément pas d'une quelconque préoccupation démocratique, mais, clairement, d'un projet libéral proclamant, dès l'origine, la prévalence des quatre grandes libertés de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes.

Depuis lors, de nouveaux éléments politiques ont été superposés sur ces fondements économiques, mais il reste que le cadre juridique structurant est bien celui du droit de la concurrence, par nature émancipé d'une grille de lecture démocratique.

S'agissant, par ailleurs, des modes d'organisation et de fonctionnement de l'Union, des progrès ont certes été accomplis depuis que le Premier Ministre Britannique Margaret Thatcher

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

déplorait elle-même le « déficit démocratique » de l'Europe, mais la Commission Européenne, organe prévalent de l'Union, reste dépourvue de légitimité démocratique et le Parlement Européen, outre qu'il n'est pas un véritable pouvoir législatif, reste hors d'accès des peuples européens, dont l'abstentionnisme record aux élections européennes ne constitue qu'une illustration particulièrement topique.

Cet exemple de l'Europe atteste, évidemment, que le droit n'est pas, par nature, nécessairement vertueux sur le terrain des exigences démocratiques : le droit peut, aussi, et contradictoirement, faire prévaloir d'autres exigences, telles que celles de l'efficacité économique ou de la compétitivité du marché... Il convient alors de s'interroger sur la nature des règles juridiques en cause. Il paraît alors se manifester une nouvelle ambivalence entre un progrès sur le terrain de l'effectivité du droit de l'Etat et une réduction du périmètre de celui-ci au profit d'un droit du marché.

III – Quand les progrès démocratiques du droit de l'Etat, sont bousculés par le droit libéral de l'individu et du marché

Au cours des années récentes, si l'on raisonne toujours sur l'exemple de la France, l'on peut considérer que la relation du droit et de la démocratie a été revisitée par la place nouvelle conférée au contrôle de Constitutionnalité.

Cette place du contrôle de constitutionnalité a, d'abord, été légitimée. Selon une première approche, on le sait, la création du Conseil Constitutionnel avait été considérée comme d'inspiration libérale, en forme de limitation du pouvoir, mais conjointement anti-démocratique car ayant pour objet et pour effet de contrecarrer la loi, expression de la volonté générale, de limiter les pouvoirs de la représentation du Peuple. Cette prévention, ancienne et longtemps partagée, avait très tôt, été systématisée dans la formule du conventionnel Thibaudeau selon laquelle « en voulant donner un

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

gardien à la Constitution, vous donnerez un maître aux pouvoirs publics ». Le spectre d'un « gouvernement des juges » était toujours brandi au nom d'une préoccupation démocratique.

Mais dès lors que le lien entre représentants et représentés a montré ses failles, s'est délité, il est apparu que les représentés, c'est-à-dire les citoyens, ne faisaient pas corps avec les représentants, c'est-à-dire en l'occurrence, le législateur, et que dès lors le contrôle sur le législateur pouvait ainsi s'exercer au profit des citoyens. Que, comme indiqué précédemment, la préoccupation démocratique ne pouvait se circonscrire à la seule place des représentants, mais devait prendre directement en compte les citoyens. S'agissant de la France, ce processus de la reconnaissance fut laborieux. Dans la première période, de la Vème République, de 1958 à 1974, il serait hasardeux de prétendre que les dispositifs constitutionnels en cause attestaient d'une réelle vertu démocratique, le droit de saisine du Conseil Constitutionnel étant limité aux quatre premières personnalités de l'Etat dont certaines ne sauraient avoir une quelconque raison d'exercer ce droit.

L'attribution de ce droit à soixante députés ou à soixante sénateurs, constitutif d'un statut de l'opposition, a marqué un vrai progrès et instauré une importante dynamique du contrôle, dont l'étape suivante, et récente, attendue depuis longtemps – révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 (art. 61-1 de la Constitution – procédure dite de la QPC, Question prioritaire de Constitutionnalité), confère enfin une portée démocratique au contrôle de constitutionnalité dès lors que le citoyen devient, ainsi que l'ancien Garde des Sceaux Robert Badinter le souhaitait déjà, voici plusieurs décennies, un « acteur constitutionnel ».

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

Selon des conditions, certes, strictement définies, à l'occasion d'un procès soit devant la juridiction judiciaire, soit devant la juridiction administrative, les citoyens-justiciables peuvent invoquer le caractère inconstitutionnel de la loi que le juge prétend leur appliquer. Dès lors que sont en cause des « droits et libertés que la Constitution garantit », le citoyen peut ainsi ré-apparaître hors de ses représentants, du législateur, pour leur imposer le respect de la norme constitutionnelle. Ainsi, via le contrôle de constitutionnalité, le citoyen-représenté peut-il conjoncturellement rappeler à l'ordre ses représentants.

Quel que soit le progrès en cause, il convient cependant de mieux mesurer la portée de ce progrès démocratique : il ne concerne, par définition, que les droits et libertés des individus, il relève d'une approche individualiste, alors que les fondements de la démocratie postulent aussi fondamentalement un lien collectif, une organisation collective du pouvoir politique par « le Peuple ».

C'est que la démocratie en cause est, depuis l'origine, en France et dans les pays Européens, une « démocratie libérale » dont il serait plus exact, juridiquement, de considérer qu'il s'agit d'un libéralisme initial qui s'est progressivement démocratisé jusqu'à la période actuelle et la crise dite de l'Etat-providence, que le philosophe Marcel Gauchet déjà cité, qualifie de « renversement libéral », caractérisé par une nouvelle représentation du pouvoir en Occident sur la base de la seule liberté privée des individus dans la société civile, séparée de l'Etat, et qu'il convient de protéger contre celui-ci.

Cette conception libérale et universaliste des droits de l'homme se conjugue à un autre universalisme, économique celui-là, celui des marchés financiers. Face à ces universalismes, les communautés historiques incarnées dans les Etats-Nations sont présentées comme dépourvues de pertinence. Les histoires nationales sont stigmatisées.

L'ambivalence des relations du droit et de la démocratie

Comme conclut encore Gauchet : « Nos sociétés sont faites d'individus et de capitaux de nulle part dans l'espace et dans le temps ».

Et, logiquement, le droit s'adapte : dans des espaces de plus en plus nombreux, le droit de l'Etat, lois, règlements, est relayé par le droit des contrats, droit typique des personnes privées et du marché, des pans entiers de « l'espace public » sont rétrocédés au secteur privé dans le cadre des politiques de privatisation et de dérèglementation. De nouveaux relais de pouvoir se substituent aux institutions étatiques classiques telles les Autorités Administratives Indépendantes, les Agences d'experts en tous genres, les agences de lobbying, les institutions purement fonctionnelles, et le pouvoir qui fabrique les représentations symboliques des individus : celui des médias...

La conception de la démocratie fondée sur le droit, se dissipe, se délite alors, dans une domestication du droit par le marché et les droits des individus... « Flexible droit » proclamait le Doyen Carbonnier, « autonomie relative du droit » analysaient les courants-critiques du droit... Si la démocratie ne peut se concevoir hors le droit, le droit ne peut davantage garantir la Démocratie...