

Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie

Michel Troper*

Une attitude simple et naïve conduirait à poser la question dans les termes suivants: est il conforme au principe démocratique que les procès ne soient pas tranchés par le peuple, comme dans certaines démocraties antiques mais par des juges? On présupposerait qu'on est placé dans une situation originelle et que sur le point d'instituer un système démocratique, on hésite à confier la solution des procès à des juges plutôt qu'au peuple lui-même. Bien entendu, personne ne pose une question pareille et il n'y a aujourd'hui aucun système au monde dans lequel les procès seraient tranchés par le peuple. Mais la question elle-même perd de sa naïveté dès lors que l'on se demande si le pouvoir de trancher les procès, qui est confié à des juges professionnels, fait d'eux 'un pouvoir' et dans l'affirmative si ce pouvoir est compatible avec la démocratie.

Il faut repousser la tentation de chercher à résoudre le problème en examinant la nature du pouvoir judiciaire, puis celle de la démocratie, car la réponse dépendrait du choix des définitions, c'est-à-dire des conceptions relatives à l'essence de la démocratie et du pouvoir judiciaire.

Si, par conséquent, on entend éviter la métaphysique, il convient de se cantonner à un plan purement descriptif et de partir d'une constatation: soit parce que certaines constitutions instituent expressément un pouvoir judiciaire et proclament leur caractère démocratique, soit parce qu'ils souhaitent reconnaître l'existence d'un pouvoir judiciaire tout en s'affirmant démocrates, un grand nombre de juristes soutiennent la thèse de la compatibilité. Pour cela, ils avancent un certain nombre de définitions et d'arguments

Ce sont ces thèses qu'il s'agit d'examiner, en vue d'analyser les stratégies et les contraintes argumentatives qui conduisent à les adopter.

* Université de Paris X-Nanterre, Institut Universitaire de France.

Les auteurs soutiennent d'abord qu'il n'y a pas de pouvoir judiciaire, mais comme l'expression "pouvoir judiciaire" a dans la langue juridique deux sens principaux: un sens fonctionnel "l'ensemble des actes par lesquels sont jugés les procès" et un sens organique "un ensemble de tribunaux présentant certaines propriétés structurelles", la thèse de l'absence de pouvoir judiciaire se décompose en deux: il n'y a pas de pouvoir judiciaire au sens organique; les juges exercent une fonction qui ne leur confère pas un véritable pouvoir.

De plus en plus fréquemment, lorsque ces deux arguments échouent on a recours à un troisième: il peut y avoir un pouvoir judiciaire, mais la démocratie n'est pas ce qu'un vain peuple pense. Elle ne saurait être identifiée vulgairement au pouvoir de la majorité. La véritable démocratie, c'est le pouvoir judiciaire.

I. La question du pouvoir judiciaire organique

Il faut immédiatement écarter un moyen habituel de traiter la question, fondé sur les usages linguistiques. On invoque souvent certaines pratiques et notamment le fait que, dans le langage de plusieurs constitutions, on utilise - ou au contraire qu'on évite soigneusement - l'expression 'pouvoir judiciaire'. En France par exemple, beaucoup de discussions portent sur le fait que le titre VIII de la constitution s'intitule "De l'autorité judiciaire" et non "Du pouvoir judiciaire". Cependant, si ces termes ont peut être une connotation plus ou moins favorable à l'extension des compétences ou de l'indépendance des tribunaux, ils ne désignent pas des ensembles de règles juridiques différentes. C'est ainsi que l'article 64 de la constitution de 1958 dispose que "Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire", tandis que la constitution de 1848 contient bien un titre "Du pouvoir judiciaire", mais non des règles différentes des autres constitutions. Aussi, ces expressions n'ont elles d'importance que symbolique.

Si le langage n'est pas d'un grand secours, on peut procéder de la manière dont on détermine l'existence d'un pouvoir législatif ou d'un pouvoir exécutif: on dit qu'il y a un pouvoir législatif ou un pouvoir exécutif s'il y a une autorité, chargée à titre principal d'une fonction dans laquelle elle est spécialisée. Il faut donc que chacune de ces autorités accomplisse tous les actes d'une fonction (législative ou exécutive) et qu'elle les accomplisse seule. Sans doute n'y a-t-il jamais de spécialisation parfaite, mais on parle malgré tout de

pouvoir exécutif si presque tous les actes d'exécution et les plus importants sont accomplis par une même autorité. Il est donc facile d'identifier le pouvoir législatif au parlement ou au gouvernement.

En revanche, on ne peut pas transposer cette solution au pouvoir judiciaire, parce qu'il n'y a jamais un seul tribunal, mais plusieurs. Il faut donc raisonner comme on le fait pour identifier d'autres pouvoirs, lorsqu'il y a plusieurs autorités. Les pratiques linguistiques ne sont pas uniformes: il y a plusieurs maires dans un même pays qui prennent des décisions administratives, mais on ne dit pas qu'il y a pour cette raison dans le pays un pouvoir administratif au sens organique ou un pouvoir municipal; à l'inverse, on dit qu'il y a un pouvoir législatif, bien qu'il y ait deux chambres ou un pouvoir exécutif, bien qu'il y ait un Président de la République et une pluralité de ministres. En réalité, cette différence s'explique.

En premier lieu, dans le cas du parlement ou du pouvoir exécutif, les diverses autorités qui les composent, c'est-à-dire les chambres ou les ministres, ne font pas en parallèle des actes juridiques, mais elles concourent à les produire. Ils en sont les co-auteurs. Les chambres ne font pas des lois chacune de son côté, mais votent un même texte, qui alors devient loi. Les ministres concourent à prendre des décrets. Les maires, au contraire, prennent des décisions indépendamment les uns des autres.

D'autre part, les actes des chambres ou des ministres sont imputés ou attribués non à ces autorités, mais au groupe d'autorités auxquelles elles appartiennent, c'est-à-dire au parlement ou au gouvernement.¹ Au contraire les actes des maires ne sont attribués qu'à eux mêmes et non pas à un quelconque pouvoir administratif ou municipal.

Selon ce schéma, il faudrait donc parler de pouvoir judiciaire si et seulement si:

(1) Les tribunaux collaboraient à la production d'actes, dont ils seraient les co-auteurs, au lieu de produire des décisions dont ils sont les auteurs respectifs;

¹ On n'emploie pas ici 'imputation' dans son sens technique habituel. Dans ce sens technique, il faudrait dire que les actes sont toujours imputés à l'État, non au Parlement ou au gouvernement. Mais dans le langage courant, on identifie un organe comme l'auteur de l'acte et c'est bien le Parlement ou le gouvernement qui sont ainsi identifiés.

(2) Les actes qu'ils accomplissent étaient attribués non pas aux tribunaux eux-mêmes, mais au pouvoir judiciaire dans son ensemble.

Il est évident que ni l'une ni l'autre de ces conditions n'est remplie.

Néanmoins, si l'on ne peut pas transposer au pouvoir judiciaire les procédés par lesquels on identifie un pouvoir législatif ou un pouvoir exécutif, on pourrait malgré tout parler de pouvoir judiciaire dans un autre sens.

a) Si les autorités sont hiérarchisées. On doit évidemment se référer à une conception souple et non à une conception stricte de la hiérarchie. Selon la conception stricte, l'autorité inférieure est juridiquement tenue d'obéir aux instructions de l'autorité supérieure sous peine de sanctions disciplinaires. C'est un modèle de hiérarchie comme on en trouve dans l'armée ou dans l'administration. Selon la conception souple, il suffit que l'autorité supérieure dispose de moyens pour exercer sur le contenu des décisions prises par les autorités inférieures une influence déterminante. Il est clair qu'il existe bien entre les tribunaux une hiérarchie entendue conformément à la conception souple, car les cours suprêmes, qu'il s'agisse de cours suprêmes à proprement parler, ou de cours de cassation, peuvent influencer réellement sur les décisions des tribunaux inférieurs.

b) Si les autorités supérieures disposent d'un pouvoir discrétionnaire dans la production des décisions. Il ne suffit pas en effet qu'il existe une hiérarchie, que ce soit au sens large ou au sens strict, pour qu'on puisse parler de pouvoir judiciaire. En effet, dans une administration fiscale, où il existe une hiérarchie au sens strict, les autorités peuvent seulement déterminer le montant de l'impôt en faisant l'opération arithmétique prescrite par la loi fiscale, de sorte que, malgré la hiérarchie, on ne peut pas dire que les autorités supérieures disposent du pouvoir fiscal.

On ne dira donc qu'il y a un pouvoir judiciaire que si, en exerçant une influence sur les décisions des autorités inférieures, les cours suprêmes font autre chose qu'appliquer un droit préexistant ou imposer cette application. Ainsi, il n'y a de pouvoir judiciaire au sens organique que s'il y a un pouvoir judiciaire au sens fonctionnel.

Mais c'est précisément ce deuxième point, qui fait l'objet des débats. Le problème de la conciliation avec la démocratie ne se pose en effet que s'il existe bien un pouvoir judiciaire tel qu'on vient de le définir, et si la démocratie est un système dans lequel les règles générales sont faites par le peuple.

II. La question du pouvoir des juges

Pour soutenir que le rôle des tribunaux est conforme à la démocratie, il faut ou bien nier qu'ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire et soutenir qu'ils se bornent à appliquer un droit préexistant, sans pouvoir exprimer des préférences idéologiques ou faire des choix axiologiques ou bien mettre en place une organisation pour qu'ils ne le disposent pas d'un tel pouvoir discrétionnaire.

A. La négation du pouvoir discrétionnaire

Pour nier que les juges ont un pouvoir discrétionnaire, on se fonde habituellement sur l'une ou l'autre variante de la théorie du syllogisme judiciaire, dont l'origine se trouve chez Montesquieu. Cette théorie n'est donc pas exclusivement liée à la théorie démocratique, même si certaines théories démocratiques s'en servent.

Il n'est évidemment pas nécessaire de développer la théorie du syllogisme, qui est bien connue. Elle dérive de Montesquieu, mais a été énoncée d'abord par *Beccaria*, pour devenir une véritable doctrine officielle sous la Révolution française. La formulation la plus nette a été donnée par *Clermont-Tonnerre* ("le pouvoir judiciaire, ce qu'on appelle improprement le pouvoir judiciaire, est l'application de la loi ou volonté générale à un fait particulier, ce n'est donc en dernière analyse que l'exécution de la loi").² Il ressort ainsi clairement de cette formule que si le jugement n'est que le produit d'un syllogisme, il n'y a pas de pouvoir judiciaire. La même idée a été reprise et développée par de nombreux auteurs ou hommes politiques -Kant, Condorcet, Robespierre-, et si elle n'est pas liée exclusivement à la théorie démocratique, elle est parfaitement en harmonie avec elle.

² A.P. t. 15; p. 425

Sa justification réside dans le principe de légalité, lui-même étroitement lié à la conception que l'on avait de la liberté politique au siècle des Lumières. L'expression de 'liberté politique' a en effet deux sens à cette époque. Au sens large, c'est la liberté de celui qui n'est soumis qu'aux lois. Il est libre, parce que, dans la société, comme dans le monde physique, il est en mesure s'il connaît les lois de connaître par là même toutes les conséquences de ses actions et ainsi d'exercer des choix éclairés. La liberté, c'est donc simplement la prévisibilité ou la sécurité juridique.

C'est pourquoi si le juge pouvait faire autre chose qu'appliquer des règles, si par exemple, il pouvait créer ou recréer les règles au moment de les appliquer, nous vivrions sous un régime despotique. Le despotisme ou gouvernement selon les caprices se définit donc par l'absence de séparation des pouvoirs, c'est-à-dire le système dans lequel celui qui exécute la loi peut aussi la faire ou la refaire, selon les circonstances. Le despotisme n'est pas seulement un système dans lequel il y a un despote unique et le régime dans lequel on serait soumis à une multitude de juges qui feraient autre chose qu'appliquer les lois serait, selon cette conception un régime despotique. D'ailleurs dans la France d'avant la révolution, le pouvoir des cours souveraines, les parlements, était considéré comme despotique.

La liberté politique au sens large est ainsi préservée même si le gouvernement n'est pas démocratique, mais dans une démocratie c'est la liberté au sens strict qui est garantie parce qu'on n'est jamais soumis qu'à des lois auxquelles on a consenti.

En dépit des apparences, le modèle de Kelsen ne se distingue que très peu de celui là. Sans doute, refuse-t-il la distinction entre création et application du droit et admet-il que les juges créent des normes, puisque la sentence est une norme. Sans doute aussi admet-il que les lois laissent souvent au juge une marge d'appréciation importante, par exemple lorsque elles lui permettent en droit pénal de choisir entre une peine maximale et une peine minimale ou en droit civil, lorsqu'elles lui confient le soin de déterminer le montant d'une indemnité ou d'ordonner les mesures qui serviront au mieux tel type d'intérêt: l'intérêt de l'enfant, de l'entreprise, de la société, *etc.*

Mais il maintient que le juge ne crée pas de normes générales et qu'il n'y a donc pas de jurisprudence, sauf dans les cas où la loi autorise la création de règles générales par voie

judiciaire. La théorie démocratique est donc sauvée, puisque à défaut de prendre des décisions logiquement déduites des lois, le juge prend des décisions qui sans doute sont discrétionnaires, mais sont au moins compatibles avec les lois adoptés de façon démocratique.

Une autre variante de la thèse que les juges ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire est la théorie Dworkinienne de la réponse correcte (*one right answer*), puisque, si, selon Dworkin, le juge n'applique pas la loi au terme d'un syllogisme, il découvre néanmoins la solution à partir de l'ensemble du système juridique et n'exerce pas de pouvoir créateur. Echec.

Or, cette théorie du syllogisme n'est nullement satisfaisante. Elle se présente comme une simple norme technique: pour assurer le règne de la loi, il faut réduire le juge à la production de syllogismes. Cette norme technique est elle-même la traduction d'une proposition qui décrit une relation causale: si le juge se limite à la production de syllogismes, cela aura pour conséquence le règne exclusif de la loi.

Mais comme norme technique, la théorie échoue si une telle limitation s'avère impossible. Or, il n'est jamais vrai et il ne peut pas être vrai que la décision n'est que la conclusion d'un syllogisme, dont les prémisses sont indépendantes du juge. D'abord la loi ne prescrit rien pour un cas, mais seulement pour une classe de cas. Il faut donc déterminer d'abord à quelle classe de cas appartient celui qu'il faut juger. Autrement dit, il faut commencer par déterminer la prémisse mineure, qui n'est pas un donné, mais le résultat d'une opération intellectuelle. Un même acte peut être par exemple poursuivi comme viol ou comme attentat à la pudeur. La décision de le subsumer sous l'une ou l'autre catégorie est discrétionnaire. En d'autres termes, on doit décider de lui appliquer telle loi ou telle autre. De plus, une fois déterminée quelle sera la loi applicable, il faut encore en interpréter le texte, c'est-à-dire déterminer la prémisse majeure, qui n'est donc pas non plus un donné, mais un construit. La loi n'est en effet pas une norme générale, mais un énoncé, dont la signification est une norme générale. Il faut donc interpréter cet énoncé pour déterminer quelle est la norme générale qu'il exprime. Or, l'interprétation est une activité de la volonté, c'est-à-dire discrétionnaire.

On voit d'ailleurs que les opérations sur la majeure et sur la mineure sont liées puisqu'on ne peut pas déterminer qu'un cas appartient à une certaine classe sans avoir au moins une idée de la signification de l'énoncé qui définit cette classe.

Ainsi, même si l'on raisonne sur l'hypothèse tout à fait imaginaire d'un droit pénal parfaitement codifié qui ne prévoirait qu'une seule peine fixe et immuable pour chaque catégorie de crimes, il resterait malgré tout une marge de pouvoir discrétionnaire. Mais, bien entendu, une telle hypothèse ne se rencontre jamais et la loi n'ordonne jamais au juge une conduite précise mais, comme on l'a vu à propos de Kelsen, elle lui laisse toujours une marge d'appréciation. C'est pourquoi, même si la loi a été élaborée de façon démocratique, il est impossible que la décision judiciaire soit considérée comme démocratique elle aussi pour avoir été déduite de la loi.

Mais, il y a bien plus: si le juge peut refaire la loi, c'est la loi elle-même qui cesse d'être démocratique. Or, il peut la refaire par l'interprétation et même la refaire de manière rétroactive, puisqu'elle est censée avoir la signification qui lui est attribuée par le juge non pas au jour de l'interprétation, mais au jour de son adoption par le parlement. Et comme les interprétations produites par les cours suprêmes sont respectées par les cours inférieures tout simplement à cause de la hiérarchie des tribunaux, dont on a déjà parlé tout à l'heure, on a un pouvoir législatif entre les mains des tribunaux.

La conclusion est qu'on ne peut considérer que les juges soient jamais réduits à la production de syllogismes. Dès lors que ces juges disposent d'une marge de pouvoir discrétionnaire et surtout du pouvoir de choisir la loi applicable, puis d'en déterminer la signification, les citoyens sont soumis à des normes individuelles qui ne sont pas déduites de lois démocratiques et à des normes générales qui n'ont pas été adoptées démocratiquement.

On peut alors tenter d'imaginer des procédures qui limiteraient le pouvoir des juges.

B. Les mécanismes pour empêcher l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

La première idée est de confectionner des codes, c'est-à-dire des ensembles systématisés, c'est-à-dire cohérents et complets d'énoncés clairs. Ces codes comporteraient

des règles pour tous les cas possibles, si bien qu'il n'y aura plus de place pour le pouvoir discrétionnaire, ni pour l'interprétation.

On sait comment la codification a échoué dans cet objectif. D'une part, lacunes, les contradictions ne peuvent être évitées, ne serait ce que parce que le législateur ne peut prévoir tous les cas futurs, notamment ceux qui naîtront de l'évolution technique ou sociale. D'autre part, les codes sont rédigés dans le langage naturel vague et ambigu, ce qui rend l'interprétation indispensable. Enfin, si les décisions des juges sont contrôlables par le pouvoir législatif, on porte atteinte à la séparation des pouvoirs et au principe même de la liberté politique, parce que le législateur pourra toujours refaire les lois au gré des circonstances. Mais d'un autre côté, si elles ne sont pas contrôlables, rien ne saurait empêcher les juges de refaire la loi sous couleur d'interprétation.

Toutes les tentatives pour interdire aux juges d'interpréter les lois et leur prescrire d'en référer au législateur échouent, sous la Révolution française, comme auparavant sous Frédéric II. On peut même soutenir que cette interdiction n'a pour effet que de dissimuler et d'accroître le pouvoir des juges puisque l'interprétation se présente comme la simple application d'une loi présumée claire, sans qu'il soit besoin de justifier le choix d'une signification.³ Or, cette signification est une norme générale. Quoi qu'il arrive, des règles générales sont donc bien produites par des juges et l'on ne peut nier qu'il existe un pouvoir judiciaire, qui se trouve notamment entre les mains des cours suprêmes.

Ceux qui s'efforcent d'éviter cette conclusion soulignent que les juges, même suprêmes, sont soumis à des contraintes multiples: ils ne peuvent pas se saisir eux-mêmes; ils statuent au terme d'une certaine procédure; ils sont tenus de justifier leurs décisions, de sorte qu'ils ne se prononcent pas comme peut le faire une majorité parlementaire, simplement en affirmant sa volonté, que d'ailleurs tous les témoignages des juges confirment qu'ils ont le sentiment non d'un pouvoir discrétionnaire mais celui d'être liés, qu'il arrive d'ailleurs fréquemment qu'ils se prononcent dans un sens opposé à celui de leurs convictions politiques, parce que le droit leur impose la solution.

³ M. TROPER, *Le droit, la théorie du droit, l'état*, Paris, PUF, 2001, p. 163.

Tout cela est peut-être parfaitement exact, mais malheureusement sans pertinence. Tout pouvoir, aussi absolu soit il, est soumis à des contraintes de fait. Même Louis XIV ne fait pas ce qu'il veut. Or, les contraintes dont on parle ici sont justement des contraintes de fait. La question n'est pas de savoir si les juges justifient leurs décisions et si ces justifications reflètent réellement le raisonnement qui a été suivi ou s'il s'agit seulement d'un habillage, mais seulement de savoir si, à condition de le vouloir, ils pourraient prendre cette décision ou une autre. La réponse affirmative s'impose. La meilleure preuve de cette possibilité de choix se trouve dans les procédures de vote au sein des juridictions collégiales. Ainsi, pour toute décision, une décision différente ou même contraire pu être prise grâce à un simple déplacement de voix et aurait été naturellement parfaitement valide elle aussi. Dès lors qu'il n'y a pas d'appel possible, toute décision, quel qu'en soit le contenu, même absurde, est juridiquement valide et s'impose dans l'ordre juridique.

On peut même aller jusqu'à dire que même s'il existait une bonne réponse, comme le prétend Dworkin, cela ne changerait rien au fait qu'une mauvaise réponse a juridiquement la même valeur, comme une mauvaise loi s'impose autant qu'une bonne.

Une dernière remarque s'impose: on a soutenu qu'il y avait un pouvoir judiciaire au sens organique, parce qu'il y avait un pouvoir judiciaire au sens fonctionnel et que les juges pouvaient créer des règles générales sous le contrôle de la Cour de Cassation. Mais on ne l'a fait que parce que, pour nier l'existence d'un pouvoir judiciaire, on affirme qu'il y a pas d'unité et donc pas un pouvoir judiciaire comme il y a un pouvoir législatif. Mais cet élément n'est à vrai dire pas essentiel. Le problème de la compatibilité avec la démocratie se poseraient dans les même termes s'il n'y avait pas un système de tribunaux centralisés. Dans la France de l'ancien régime, il n'y avait aucune hiérarchie entre les parlements, qui pouvaient chacun dans son ressort produire des règles générales sans se soucier de ce que faisaient les autres.

Peu importe qu'il y ait un pouvoir judiciaire s'il y a *du* pouvoir judiciaire. Ainsi demeure posée la question: dès lors que nous sommes soumis à des règles générales produites par des juges, pouvons nous dire que nous vivons dans une démocratie? Evidemment non si l'on emploie la définition traditionnelle de la démocratie comme un système dans lequel les

règles générales sont faites par le peuple ou par les représentants élus du peuple. Si l'on veut maintenir la thèse de la compatibilité, il faut donc modifier cette définition.

III. La définition de la démocratie

Rappelons qu'il ne s'agit pas ici de confronter le pouvoir judiciaire à la démocratie véritable, mais d'examiner quelques théories de la démocratie qui visent à faire des juges une institution démocratique. Les différentes théories qu'on va présenter ne seront pas analysées comme vraies ou fausses. Il s'agit seulement de montrer qu'elles sont nécessaires et qu'elles remplissent plus ou moins bien leur fonction, qui est, faute de pouvoir nier l'existence du pouvoir judiciaire comme les théories précédentes, de le justifier. En réalité, aucune ne la remplit parfaitement et aucune ne s'impose en fait, parce qu'on recule toujours devant leurs contradictions internes ou les idées qu'elles impliquent. J'en retiens deux groupes principaux. On peut soutenir que les juges exercent le pouvoir de faire des règles générales au nom du peuple, ou bien que la démocratie n'est pas du tout le pouvoir du peuple, mais un ensemble de principes ou encore que le peuple est un être plus complexe qu'on pourrait le croire.

A. La démocratie n'est pas le pouvoir du peuple, mais un pouvoir exercé au nom du peuple

Selon une première version de cette doctrine, les juges forment une institution démocratique, parce que la démocratie n'exige pas que le peuple exerce le pouvoir par lui-même ou par des représentants élus. Il suffit qu'il soit exercé par délégation et cette délégation n'est pas nécessairement explicite.

Ainsi, on peut soutenir qu'il y a toujours un référé législatif implicite: en effet le pouvoir législatif peut toujours, si la Cour de Cassation a produit une règle qu'il désapprouve, faire une loi nouvelle pour renverser la jurisprudence. C'est par exemple ce qu'a fait le parlement français à propos de l'affaire Perruche.⁴ Mais s'il ne le fait pas, c'est qu'il approuve la règle générale créée par le juge. Donc, le juge crée ces règles grâce une délégation implicite donnée par le pouvoir législatif.

⁴ La loi du 4 mars 2002 vise à renverser la règle résultant de l'arrêt de la **Cour de Cassation** 17 novembre 2000.

A cette justification, on peut opposer trois objections, d'où il ressort que cette thèse ne règle pas le problème de la compatibilité avec la démocratie.

En premier lieu, on est en présence d'une modification considérable de la définition de la démocratie. La démocratie n'est plus un système dans lequel le peuple adopte les règles générales. Ce n'est plus comme chez Kelsen⁵ un système d'autonomie, ni même, comme dans la démocratie représentative un système dans lequel la majorité des électeurs délègue le pouvoir de faire des règles générales à une autorité législative élue, mais un système dans lequel les délégués élus délèguent à leur tour leur pouvoir. Le peuple n'est pas l'ensemble des citoyens, qui sont à la fois auteurs et destinataires des normes, ni même l'ensemble de ceux qui choisissent ceux qui exerceront le pouvoir, mais seulement l'être au nom de qui le pouvoir est exercé, celui dont le nom est invoqué, comme peut l'être le nom de Dieu, c'est-à-dire sans qu'il y ait aucune rapport entre la volonté qui est exprimée et une autre volonté réelle. On dira que les juges, dans certains cas, sont élus. Mais, à la différence des élus du parlement, ils ne peuvent être élus sur un programme de création de règles générales.

La deuxième objection est pratique: le pouvoir législatif n'est jamais certain de pouvoir imposer sa volonté, car la nouvelle loi peut faire l'objet elle aussi d'une interprétation qui reproduit la jurisprudence ancienne.

La troisième objection est elle aussi pratique. Dans de nombreux cas, le contrôle n'est pas réellement exercé et peut difficilement l'être. On ne vise pas ici seulement les cas où le parlement n'est pas tenu informé de la jurisprudence, mais de ceux où la création d'une règle par le juge se fait sur le fondement d'un principe de niveau supra législatif, que le parlement ne peut toucher. Il peut s'agir d'une règle constitutionnelle ou d'une règle internationale dans les systèmes où, comme en France, une telle règle a une autorité supérieure à celle des lois.

On peut tenter d'écarter cette dernière objection en soutenant que la règle constitutionnelle qui empêche le parlement de surmonter une jurisprudence n'est pas un obstacle, mais au contraire une garantie de démocratie.⁶

⁵ **H. KELSEN**, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, 2^e édit., 1929, trad. [**C. EISENMANN**, Paris, Sirey, 1932]; Présentation de **M. TROPER**, 2^e édit. Fse, Paris, Economica, 1988.

⁶ **M. TROPER**, "La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois", in *Mélanges Pactet*, 2003, pp. 911-sv.

Tel est en substance l'argument de Kelsen pour justifier le contrôle de constitutionnalité des lois: en décidant qu'une loi est contraire à la constitution, une cour constitutionnelle ne se prononce pas sur le fond et ne s'oppose pas au parlement, mais se borne à déclarer qu'une certaine règle ne peut être adoptée qu'en forme de loi constitutionnelle, c'est-à-dire à une majorité plus forte. La cour est ainsi un instrument de la démocratie parce que l'exigence d'une majorité qualifiée garantit qu'un nombre plus grand de citoyens seront soumis à des règles auxquelles ils auront consenti par eux-mêmes ou à défaut par leurs représentants.

Le doyen Vedel avait présenté un argument semblable: sans contester pour sa part que la décision d'une cour constitutionnelle porte sur le fond et pas seulement sur la procédure, il souligne que cette décision peut toujours être renversée par le pouvoir constituant, c'est-à-dire par le souverain 'dans une sorte de lit de justice'.⁷

Pourtant, ces deux thèses se heurtent à plusieurs difficultés considérables, dont on doit ici se borner à signaler les deux principales. La première est qu'elles ne permettent pas de justifier du point de vue de la théorie démocratique l'impossibilité pour le peuple ou ses représentants de renverser une décision juridictionnelle, lorsque cette décision se fonde sur une norme internationale. On ne peut en effet présenter une norme internationale comme l'expression d'une volonté populaire supérieure à celle d'un parlement élu. La seconde difficulté est de concilier l'idée que le pouvoir constituant exprime mieux qu'un parlement la volonté du peuple souverain avec l'idée qui est au fondement de la démocratie représentative que la loi votée par le parlement est l'expression de la volonté générale. Si, en effet, le parlement représente le peuple souverain, il n'exprime pas sa volonté moins bien que le pouvoir constituant et la souveraineté ne connaît pas de degrés. Dans la version de Georges Vedel, elle constitue d'ailleurs, par l'emploi de la métaphore du lit de justice, l'aveu que le juge constitutionnel s'est dressé dans un premier temps contre la volonté initiale du souverain avant de s'incliner devant lui.

⁷ G. VEDEL, *Schengen et Maastricht*, à propos de la décision du **Conseil constitutionnel**, 25 juil. 1991, No 91-294 DC, *RFDA*, mars-avr. 1992, pp. 173-sv.

Selon une seconde version de la théorie qui veut que le juge parle au nom du peuple, il n'exerce pas un pouvoir tacitement délégué par le parlement, mais il est lui-même représentant du peuple. Une telle thèse, à vrai dire peu explicitée, peut se fonder sur la théorie de la représentation développée à l'Assemblée nationale constituante en 1791, notamment par Barnave.⁸ La loi, dit-on, est l'expression de la volonté générale, ce qui veut dire que tous ceux qui adoptent la loi expriment non leur propre volonté, mais la volonté générale. Ils sont donc les représentants du sujet de cette volonté, les représentants du souverain. La représentation n'est ainsi pas liée à l'élection et le roi doit être appelé représentant, puisque, par son droit de veto, il participe à la formation de la loi. Le raisonnement peut être transposé: si le juge participe à la formation de règles générales, il est lui aussi représentant. C'est vrai pour le juge constitutionnel qui peut annuler des lois adoptées par le parlement, mais aussi du juge ordinaire, qui peut les interpréter.

On voit bien que ce mode de justification consiste simplement dans un changement de définition de la démocratie, qui n'est plus ni un système d'autonomie, ni le pouvoir exercé par le peuple à travers des représentants élus, mais seulement un pouvoir exercé au nom du peuple par des représentants dont certains seulement sont élus. Mais il y a d'autres manières de modifier la définition de la démocratie.

B. La démocratie n'est pas le pouvoir du peuple, mais un ensemble de principes: L'état de droit

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

⁸ On la trouve néanmoins sous la plume de Pierre Rosanvallon: "Les représentants du peuple sont certes d'abord ceux qu'il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident 'au nom du peuple'. C'est notamment le cas des juges, qu'ils soient judiciaires ou constitutionnels, mais c'est aussi, par extension, le caractère que revêtent de multiples autorités de régulation" [P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée: Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, p. 407]. Parmi les juristes, Dominique Rousseau soutient une idée analogue [D. ROUSSEAU, *Droit du Contentieux constitutionnel*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1999; *id.*, "La jurisprudence constitutionnelle: Quelle 'nécessité démocratique'?", in G. DRAGO, B. FRANCOIS et N. MOLFESSIS, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 363-376, avec mon commentaire et la réplique de D. Rousseau, *ibid.*, p. 377-382].

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. En imposant le respect de ces principes, les juges sont garants de la démocratie.

Cette idée, qui se présente sous de multiples variantes, se heurte elle aussi à des difficultés importantes. La première tient à la définition elle-même, qui impose de considérer comme démocratique un despotisme éclairé qui respecterait les droits fondamentaux. La seconde tient au rapport entre constitution et droits fondamentaux: si les juges imposent le respect des seuls droits fondamentaux inscrits dans la constitution, ce n'est pas l'état de droit tel qu'il a été défini qui est garanti, mais seulement la suprématie de la constitution – qui aurait été garantie quel qu'en soit le contenu et même si elles n'énonçaient pas de droits. Si au contraire ils garantissent tous les droits fondamentaux qu'ils soient ou non inscrits dans la constitution, en raison de leur valeur intrinsèque, alors l'Etat de droit n'est pas un Etat constitutionnel. Enfin et surtout dans tous les cas la liste et le contenu des droits fondamentaux sont déterminés de manière totalement discrétionnaire par les tribunaux, si bien qu'une démocratie ainsi définie n'est pas autre chose qu'un gouvernement des juges. Il n'est alors pas bien difficile de démontrer que le gouvernement des juges est parfaitement démocratique.

IV. Conclusions

Il importe de rappeler que tout ce qui précède n'est qu'une analyse des discours et non de la réalité et qu'on s'est bien gardé de se prononcer sur la réalité du caractère démocratique ou non démocratique du pouvoir judiciaire. Tout est dans les définitions, mais une chose est claire: si l'on s'en tient à la définition classique de la démocratie (un système dans lequel le pouvoir est exercé exclusivement au moyen de règles générales adoptées par le peuple lui-même ou ses représentants élus), le gouvernement sous lequel nous vivons n'en est pas une, puisqu'un très grand nombre de règles générales sont créés par des juges, qui ne sont pas des représentants élus. Si l'on s'en tient toujours aux définitions classiques, ce gouvernement peut être qualifié ou bien de régime mixte (parce que le pouvoir y est exercé conjointement par un élément démocratique, le parlement, et par un élément aristocratique, les juges) ou bien comme une polysynodie, un régime aristocratique dans lequel le pouvoir est exercé par

plusieurs organes collégiaux tous aristocratiques, bien que composés selon des procédés différents.