



**La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 28 Mai 2018, doctr. 623**

**Le droit et la démocratie : des relations ambigües**

**Etude par Bertrand Mathieu**

**professeur agrégé des facultés de droit**

**Démocratie**

Sommaire

**Cette analyseNote 1 part d'un constat : une crise protéiforme du système de démocratie libérale. Tenter de surmonter cette crise implique de ne pas s'enfermer dans une posture idéologique mais d'en analyser les causes. Si le droit a été à l'origine de la démocratie et s'il en est une condition, certains de ses développements contemporains conduisent à affaiblir le pouvoir politique qui est l'expression de la légitimité démocratique. Il en est ainsi de mécanismes qui conduisent à faire échapper la réalité du pouvoir aux élus et de ceux qui imposent, au nom d'une conception hyper-individualiste et totalisante des droits fondamentaux, un système qui est un facteur de délitement de la société politique. Pour autant ce système de la démocratie libérale a eu d'inestimables vertus, il convient de chercher les moyens de redonner aux peuples la maîtrise de leur destin.**

**1. -**  La démocratie représentative a longtemps constitué un modèle. Un modèle occidental envié par les pays du monde qui ne l'avaient pas adopté. C'est sur ce socle que s'est construit un système qui, pour l'essentiel, a apporté la cohésion sociale, la paix, et le développement des droits de l'homme.

Pourtant, jamais la littérature sur la crise de la démocratie n'a été aussi abondante. Les manifestations de cette crise sont protéiformes.

D'abord la perte de confiance dans le système occidental de démocratie libérale est patente. Une étude internationale de la Fondation pour l'innovation politiqueNote 2 montre que 33 % des citoyens des États de l'Union européenne estiment que d'autres systèmes politiques peuvent être aussi bons que la démocratie. Ils sont 33 % à le penser en France et la perspective d'un gouvernement autoritaire séduit 35 % des Français. 36 % des Européens pensent que voter ne sert pas à grand-chose car les dirigeants politiques ne tiennent pas compte de la volonté du peuple. Dans le même temps 58 % des Européens pensent que l'Islam représente une menace, et 63 % jugent négatifs les effets de l'immigration. Cette étude indique également que la défiance vis-à-vis du système démocratique est plus forte dans les classes populaires. Ces chiffres démontrent de manière générale, non seulement que les régimes autoritaires exercent une certaine attraction, mais aussi une corrélation entre le sentiment de perte d'identité et la perte de confiance en la démocratie, qu'il existe un fossé qui se creuse entre les élites et le peuple, mais aussi que la démocratie fonctionne mal du fait de la déconnexion qui s'établit entre le vote et les décisions politiques prises par les élus.

Sur le plan international, le rêve universaliste de la démocratie s'est brisé sur la question des frontières et sur l'incapacité d'inventer un modèle démocratique non étatique. La crise des valeurs occidentales contribue certainement à dévaloriser le modèle démocratique occidental. Le mythe de son universalisme s'est effondré, comme le démontrent les effets de la chute des dictateurs irakiens et libyens, l'évolution des régimes russe, turque ou chinois et l'échec des printemps arabes.

**2. -**  Le diagnostic qui porte sur le modèle démocratique-libéral occidental ne peut cependant faire l'économie d'une analyse sommaire et liminaire de ce qu'est la démocratie.

En réalité, le système occidental est un système mixte démocratique et libéral.

Il est démocratique en ce qu'il fonde la légitimité du pouvoir dans le peuple qui manifeste sa souveraineté, en élisant ses représentants chargés d'exprimer la volonté générale, en adoptant sa Constitution, c'est-à-dire les règles de gouvernement et de vie commune, et le cas échéant en se prononçant par référendum.

Le système est libéral, en ce qu'il prévoit des mécanismes de contrôle et de contrepoids visant à limiter l'exercice du pouvoir, à le modérer. Relèvent de cette logique, la séparation des pouvoirs, notamment les mécanismes de contrôle juridictionnel, mais aussi de nouvelles instances, telles les autorités administratives indépendantes.

Or, l'utilisation contemporaine du terme démocratie confond ces deux aspects du système occidental, masquant ainsi les contradictions, les conflits qui peuvent opposer la démocratie et le libéralisme. Ces conflits mettent non seulement en relation, mais aussi en opposition, d'un côté, la souveraineté du peuple avec ses corollaires la volonté générale et l'intérêt général, de l'autre, les droits individuels, les pouvoirs du juge, les droits des communautés... La notion d'État de droit vise à assurer au nom de principes substantiels la protection du citoyen contre un État qui aurait la tentation d'abuser de son pouvoir, aussi légitime soit-il. Mais cet État de droit peut se retourner contre la mission première de l'État d'assurer la protection des citoyens. Cet État libéral peut se retourner contre les droits individuels, en transformant ces droits protecteurs en droits idéologiques.

**3. -**  Si le droit est d'abord l'une des conditions de la démocratie, il peut aussi se dresser contre la démocratie en en étouffant les manifestations, en en délégitimant les mécanismes et les fondements.

**1. Le droit est d'abord une condition de la démocratie**

**4. -**  La présence de règles juridiques est, bien évidemment, une condition nécessaire à l'existence d'un régime démocratique. Les conditions et la manière dont le peuple peut exprimer sa volonté et, le cas échéant, exercer certaines formes de contrôles sur les gouvernants qu'il s'est choisi, impliquent de tels règles.

Par ailleurs, la démocratie est née et s'est développée dans un cadre étatique. En toute hypothèse, elle présuppose l'existence d'un peuple, inscrit dans des frontières. Ce peuple n'existe comme entité que s'il est uni par le partage de valeurs communes, à défaut il ne s'agit que de la coexistence, de la cohabitation d'individus ou de communautés, sans liens. L'exercice du pouvoir vise dans ce cadre à déterminer l'intérêt commun à cette communauté nationale, il est donc nécessaire de fixer des règles relatives à la manière dont cet intérêt commun, ou général, est défini et à la manière dont seront désignés les représentants du peuple ayant pour mission de déterminer, en son nom, les règles communes.

**5. -**  Dans sa forme représentative, qui est la seule possible dans une société politique étendue, elle implique, pour l'essentiel, des élections libres et disputées à intervalles réguliers. Elle implique la liberté d'expression, l'existence d'une opposition qui puisse aspirer à devenir la majorité. Le bon fonctionnement de la démocratie exige cependant d'autres conditions : une égalité entre les citoyens, formant le corps électoral, une éducation suffisante pour participer aux décisions politiques, un contrôle par un juge indépendant de la régularité des opérations électorales et une responsabilité des représentants devant le peuple. Cette responsabilité se traduisant, *a minima*, par des élections à intervalles réguliers.

Par ailleurs, le pouvoir technique doit être subordonné au pouvoir politique afin d'éviter que la démocratie ne dégénère en oligarchie. La démocratie est également liée à l'autorité. Système de légitimation du pouvoir, elle implique que ce pouvoir légitimement désigné dispose des moyens d'imposer les décisions régulièrement prises. À défaut, la volonté du peuple, qui s'est exprimée par le choix d'une politique, resterait lettre morte.

**2. Le droit est aujourd'hui aussi facteur d'affaiblissement de la démocratie**

**6. -**  L'emprise du droit sur la société et le carcan dans lequel il est susceptible d'enserrer le pouvoir politique, au nom d'une conception libérale, conduisent à un certain affaiblissement des mécanismes démocratiques.

Les manifestations de cette évolution, sont nombreuses et convergentes. On peut en relever quelques-unes.

**7. -**  **Le développement d'ordres juridiques non démocratiques. -** Si le système étatique est le berceau naturel de la démocratie, les mutations qui affectent l'État-nation ne sont pas sans incidences sur ce principe de légitimation du pouvoir.

Le cadre étatique se fracture du fait que des organismes supranationaux, producteurs d'ordres juridiques spécifiques, s'installent en surplomb, sans pour autant constituer des embryons d'État. Par ailleurs, un certain nombre d'États, l'Espagne, la Grande-Bretagne, la Belgique tendent à éclater sous la pression de la revendication identitaire de « principautés ». La carte géopolitique se transforme, d'une part, par la reconstitution de systèmes impériaux composés d'un État central et d'États satellites ou sous influence, d'autre part, par la déconstruction d'un certain nombre d'États. Ces évolutions rendent compte du fait que le droit ne se produit plus essentiellement, ou tout du moins plus exclusivement, dans des structures de représentation du peuple permettant l'expression de sa souveraineté. Ce diagnostic ne vise aucunement à remettre en cause la nécessité des structures européennes, mais la manière dont elles fonctionnent. De manière un peu caricaturale, il est possible de considérer que l'Union européenne produit, selon un processus non démocratique, des normes, essentiellement économiques et sociales, qui s'imposent aux États et que le Conseil de l'Europe forge et impose, par l'intermédiaire de son interprétation des droits fondamentaux, un système de valeurs unique, coercitif et évolutif. On relèvera que dans l'un et l'autre de ces ordres juridiques, l'organe principal, ou essentiel, de formation du droit, est juridictionnel. Or, le juge, on y reviendra, ne tire pas sa légitimité d'un processus démocratique.

**8. -**  Par ailleurs, en matière de droits fondamentaux, des organismes non étatiques jouent un rôle important : il s'agit des Organisations non gouvernementales (ONG). Quels que soient les effets positifs des actions menées par certaines ONG, il est évident qu'elles défendent, sous couvert d'intérêt général, des engagements de nature politique. Le problème posé ne tient pas à la nature de cet engagement, il tient aux informations dont on peut disposer sur les personnes et les intérêts qui sont à l'origine des actions menées.

**9. -**  Au-delà s'exercent des pouvoirs économiques et financiers qui ne s'inscrivent pas dans un cadre étatique, impropre au développement de leur activité, et qui sont souvent plus puissants que les États. Ces pouvoirs peuvent appartenir à des entreprises privées, ils peuvent également être détenus par des organismes indépendants auxquels les États ou des organisations supranationales ont délégué des fonctions considérées comme régaliennes. Ainsi la liberté d'un État de définir sa politique économique, et partant toutes ses politiques, se réduit à l'aune des contraintes que font peser sur lui des organisations, telles la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, voire même des structures privées, telles que les agences de notation. La crise grecque en est l'illustration la plus flagrante. Moins directement, mais tout aussi efficacement, les grandes entreprises transnationales sont en mesure de soumettre certaines décisions étatiques à leurs propres intérêts. Par ailleurs, certaines entreprises, telles les « GAFA »Note 3, sont capables d'imposer non seulement leurs exigences économiques, mais aussi leurs normes de comportement et leurs propres systèmes de valeurs, par la maîtrise dont elles disposent des systèmes de communication et d'échanges. La conjonction de ces phénomènes entraîne une dépossession de plus en plus visible du pouvoir politique.

**10. -**  **Le droit des droits de l'homme : un cadre idéologique prévalant sur l'expression démocratique. -** Il est d'usage de considérer que les droits de l'homme et la démocratie forment un tout indissociable. S'il est vrai que la démocratie est le cadre qui a permis l'épanouissement des droits de l'homme et que ces mêmes droits sont étouffés dans d'autres systèmes, ce lien n'est pas consubstantiel à la démocratie.

On peut même considérer que le développement d'une conception essentiellement individualiste des droits fondamentaux participe au déchirement du tissu social, à l'éclatement de la notion d'intérêt général, à un système de valeurs communautaristes et concurrentielles qui affaiblissent la démocratie.

Par ailleurs, le droit des droits fondamentaux tend à s'inscrire dans un projet idéologique contraignant qui restreint le champ du débat démocratique et contraint l'exercice du pouvoir politique. De ce point de vue, s'installe une sorte de totalitarisme intellectuel incompatible à la fois avec la démocratie et avec le libéralisme qui en est la matrice.

**11. -**  Un peuple se définit par son identité, l'homme se définit par son universalité. Ainsi Hannah Arendt relève que si les droits de l'homme s'imposent indépendamment de toute appartenance communautaire, on s'aperçoit qu'à partir du moment où l'on est privé d'une inscription collective, nationale, on est également privé de droits. Le premier des droits de l'homme, c'est donc, selon elle, d'appartenir à une communauté politique.

Cette complémentarité de principe entre les droits de l'homme et la démocratie nationale implique un équilibre et une absence de substitution des uns à l'autre.

**12. -**  ***Les dérives de la conception des droits fondamentaux*. -** La déconnexion entre les droits fondamentaux et les exigences relatives à l'existence et au fonctionnement de la communauté nationale tient au fait que les droits fondamentaux tendent à reconstruire le droit à partir de l'individu. Cette hyper-individualisation du droit entraîne en retour la création de nouvelles solidarités communautaristes. Ces deux mouvements conduisent la société à fonctionner (ou à dysfonctionner) selon des mécanismes de légitimation étrangers à la démocratie, du fait, notamment, de l'impossible construction d'une volonté générale.

Les rapports sociaux et politiques ne sont plus insérés et structurés dans une dimension tout à la fois collective, historique et institutionnelle mais réduits à des relations interindividuellesNote 4. Les institutions sont considérées comme des prestataires de services et de droits individuels.

Cet individualisme exacerbé conduit à la désorganisation de la société, au détriment d'ailleurs des plus faibles, ceux qui ont une moindre possibilité d'affirmer leur moi et de promouvoir leurs désirs. Pour reprendre l'aphorisme de Paul Valéry, « Si l'État est fort, il nous écrase. S'il est faible, nous périssons ». Alors que, dans la pensée libérale, le pouvoir politique était pensé comme défenseur des droits, il est aujourd'hui perçu comme une menace.

Une autre dérive conduit à ce que l'individu ne supporte plus aucune prédétermination et entend disposer entièrement de son être. Ainsi le droit devient un instrument au service exclusif de la volonté et des désirs individuels. Rien ne doit échapper à l'autodétermination de l'individu, sa naissance, son identité, son sexe, la reproduction humaine, la mort...

**13. -**  L'atomisation de la communauté nationale engendre le développement du communautarisme, c'est-à-dire la revendication d'attachements communautaires particuliers, en fonction du sexe, de la religion ou de l'ethnie. De ce point de vue, il est paradoxal de valoriser toutes les identités, quelles qu'elles soient, sexuelles, culturelles, religieuses, ou linguistiques, et de contester l'idée même d'une identité nationale. L'articulation entre les droits de l'individu, les droits des communautés et les valeurs communes, est aujourd'hui ingérable. Cette conception hyper-subjective des droits fondamentaux correspond à un cancer des systèmes démocratiques.

La fragmentation engendrée par ce communautarisme conduit à une rupture dans l'identité culturelle. Le multiculturalisme oppose au sein d'une même société des populations qui, non seulement n'ont pas les mêmes problèmes, les mêmes peurs ni les mêmes besoins, mais qui n'ont même plus les mêmes références culturelles. Les algorithmes mis en place par Google ou Facebook favorisent l'éclosion de ces communautés artificiellement construites qui développent un « entre-soi ». Ainsi ces communautés se compartimentent en réduisant les possibilités de dialogue et d'échanges.

**14. -**  ***Le droit instrument d'encadrement idéologique*. -** La censure semble aujourd'hui étrangère au modèle politique européen. En fait il n'en est rien, de manière sournoise, cette censure gangrène nos sociétés. Les lois mémorielles, la pénalisation de l'expression de certaines opinions, la pression sociale exercée par ce que l'on appelle le « politiquement correct », musellent l'expression et enferment, par leur accumulation, le débat dans d'étroites limites, alors même que telle ou telle mesure peut individuellement se justifier.

L'État se fait éducateur et thérapeute. Jacques Ellul évoquait « un nouvel ordre autoritaire dans lequel il n'existerait aucune relation entre un débat démocratique hautement valorisé en paroles, mais réduit en pratique à la salle d'apprentissage d'un mode d'être »Note 5. Le pouvoir politique définit ce que les citoyens doivent penser et croireNote 6.

Le contrôle des mots, le langage « politiquement correct » deviennent l'un des outils les plus puissants du contrôle social. Comme le relève Orwell dans *1984* : « ne voyez-vous pas que le véritable but de la novlangue est de restreindre les limites de la pensée ? À la fin nous rendrons littéralement impossible le crime par la pensée car il n'y aura plus de mots pour l'exprimer ».

Les délits d'opinion se multiplient. La loi sur la presse se grossit d'interdits pénalement sanctionnés toujours plus nombreux.

Sont ainsi sanctionnés les comportements susceptibles de prendre en compte vis-à-vis d'un tiers « son origine, son sexe, sa situation de famille, sa grossesse, son apparence physique, la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, son patronyme, son lieu de résidence, son état de santé, sa perte d'autonomie, son handicap, ses caractéristiques génétiques, ses moeurs, son orientation sexuelle, son identité de genre, son âge, ses opinions politiques, ses activités syndicales, sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée ». De surcroît, radios et télévisions se voient confier la mission de contribuer « à la lutte contre les préjugés sexistes et les préjugés liés à la diversité de la société française en diffusant des programmes relatifs à ces sujets ».

**15. -**  C'est un processus de contrainte idéologique qui est à l'oeuvre.

Cette action vise à régénérer un peuple qui, correctement éduqué, pourra légitimement participer à la décision politique, et à disqualifier une population, victime de ses préjugés et délégitimée par ses tendances au populisme. Comme l'écrivait Brecht au temps de la République démocratique allemande : « Le peuple vote mal. Il faut changer le peuple ».

Les logiques à l'oeuvre sont véritablement totalitaires. Le totalitarisme ne doit pas être confondu avec la dictature. Il s'agit d'un pouvoir qui s'immisce dans toutes les sphères de l'existence humaineNote 7. En définissant ce que les citoyens doivent croire et penser, la manière dont ils peuvent s'exprimer, en écrivant l'histoire, l'État s'oriente dans cette direction. L'idée de forger un homme nouveau relève nécessairement d'une pensée totalitaire.

Comme l'écrit Guy Carcassonne : « La thématique de l'État de droit a désormais excédé ses limites initiales. Il ne s'agit plus seulement de veiller au respect de la règle par l'État lui-même. Il s'agit, de proche en proche, de faire émerger ce que l'on dénommera ici une société de droit dans laquelle à peu près toutes les activités humaines pourraient, voire devraient, être soumises au droit, et encadrées par lui. Il en résulte une immixtion tout à fait nouvelle à ce niveau de fréquence, dans les comportements individuels qui, jusqu'alors, ne relevaient du droit que dans la mesure où ils nuisaient directement à autrui »Note 8.

**16. -**  Ainsi les droits de l'homme dont l'objet était de protéger les individus contre les abus de l'État, dans une conception libérale *(*V. *DDHC, art. 16)*, peuvent devenir l'instrument d'un totalitarisme idéologique, qui détruit à la fois la démocratie et le libéralisme.

**17. -**  **Le renforcement des contre-pouvoirs au pouvoir politique démocratique.-** Ce projet de domination idéologique au nom d'une certaine conception des droits fondamentaux est porté par les juges, nationaux et internationaux, et constitue l'instrument essentiel de leur pouvoir. Il constitue également la raison d'être de multiples organismes qui ne trouvent que dans cet objet leur légitimité et leur raison d'être. Les organes chargés de la police de la pensée et des comportements, sous couvert de la protection des droits fondamentaux, se multiplient.

Se constituent ainsi des contre-pouvoirs au pouvoir politique démocratique qui obéissent à des logiques et à des légitimités différentes.

**18. -**  **La justice contre la démocratie ? -** Cette montée en puissance tient d'abord, comment cela vient d'être analysé, au développement d'un droit fondé sur les droits et libertés fondamentaux. Le juge, gardien de ces droits, s'inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politiqueNote 9. Le second facteur tient, à la pénalisation de la vie politique et sociale. Alors que la responsabilité politique est née comme substitut à la responsabilité pénale, la responsabilité pénale tend à se développer dans un contexte où la responsabilité politique n'est plus effective. Ainsi, la responsabilité pénale des dirigeants politiques tend à devenir plus prégnante comme le démontrent la limitation des immunités parlementaires et la banalisation du statut pénal des ministres, voire de celui du chef de l'État. Ces projets de réforme s'inspirent d'une volonté de raisonner presque exclusivement en termes de droits fondamentaux - le principe d'égalité - plutôt que d'opérer une conciliation avec une exigence institutionnelle liée à la spécificité, notamment, de la fonction politique gouvernementale du président de la République.

**19. -**  Le juge occupe également une fonction éminemment politique en régulant les rapports entre les ordres juridiques. Cette régulation s'opère essentiellement par un lissage visant à éviter la réalisation des conflits et des blocages que cette pluralité de hiérarchies appliquée rigoureusement ne manquerait pas de créerNote 10.

Cette montée en puissance se traduit également par le renforcement du pouvoir normatif du juge que l'on a pu voir à l'oeuvre s'agissant de la Cour EDH, mais qui est également entre les mains des juges nationaux.

**20. -**  C'est en fait une mutation du principe de séparation des pouvoirs qui conduirait à considérer que la justice n'est pas un pouvoir de l'État mais un contre-pouvoir. Dans cette dernière hypothèse, ce n'est pas une organisation optimale du pouvoir au sein de l'État qui est recherchée, mais une limitation du pouvoir étatique lui-même et, *in fine*, un affaiblissement de l'État et donc de la démocratie.

**21. -**  **La morale, la transparence et la « bonne gouvernance » substituts à la légitimité démocratique. -** Si l'information constitue l'une des conditions de l'exercice de la démocratie, son champ d'application tend aujourd'hui à déborder cet objectif. On est passé de l'information du citoyen sur des actes administratifs à la surveillance des responsables politiques. Ainsi, pour faire face à la perte de confiance des citoyens envers les responsables politiques, le législateur prend des mesures pour veiller à leur honnêteté, faute de pouvoir agir sur leurs compétences ou sur leur efficacité. L'histoire démontrerait pourtant que les responsables politiques dont la moralité est la plus exemplaire n'ont pas été nécessairement ceux qui ont le plus apporté à leurs pays. Il ne s'agit aucunement de dénier que la probité est une exigence politique, mais de relever que celle-ci domine toutes les autres.

**22. -**  Il n'en reste pas moins que cette transparence suscite un certain nombre de réserves. D'une part, l'exercice du pouvoir est inséparable d'un certain secret, notamment sur le plan militaire et diplomatique. D'autre part, le fait de considérer que chacun doit tout savoir sur tout ou que tous doivent tout savoir sur chacun, peut conduire à une certaine forme de totalitarisme, c'est-à-dire de contrôle total de l'individu par la société. La démocratie ne se construit plus sur la confiance mais sur la méfianceNote 11.

**23. -**  Au demeurant, alors que la réalité du pouvoir échappe, pour partie, des mains des responsables politiques, pour se diluer entre des corporatismes divers représentés par des associations, par les porte-paroles auto-proclamés de la société civile, ces derniers échappent très largement à cette exigence de transparence.

**3. Dépasser ou reconstruire la démocratie : de quel droit ?**

**24. -**  Malgré ses défauts, la démocratie libérale a constitué un système politique permettant un équilibre, rarement atteint à ce point, entre la protection des libertés des individus, la construction d'un modèle social, facteur de progrès économique et social et la défense d'un système de valeurs, facteur d'intégration. Elle vaut la peine d'être défendue. Le défi est alors d'en conserver les traits constitutifs, tout en l'adaptant à des exigences contemporaines. Relever ce défi, c'est donner au peuple le moyen de retrouver son identité sans ignorer l'existence d'un monde ouvert à des valeurs différentes, lui donner aussi des moyens de retrouver le pouvoir qui est le sien de s'exprimer et de reconstruire le lien entre la volonté populaire et la décision politique. Cette reconstruction doit être morale, idéologique, politique surtout. Il n'en reste pas moins que certains « outils » juridiques peuvent être mobilisés.

Deux pistes, parmi d'autres, ont été ouvertes celle de la démocratie participative et celle de la démocratie non libérale.

**25. -**  **Les mirages de la démocratie participative. -** Cette forme de « démocratie », qui renvoie plus aux modes d'exercice du pouvoir qu'à sa légitimation, s'appuie sur le fait d'accorder des pouvoirs nouveaux aux citoyens. Non pas à l'ensemble des citoyens mais à des citoyens engagés dans l'action sociale. Ces citoyens doivent être formés et informés. Conçue pour constituer un contrepoids au pouvoir des experts, cette forme de démocratie réintroduit le rôle de l'expert, à la fois comme formateur et sous la figure du citoyen-expert. Ainsi, la légitimité n'est plus celle tirée de l'expression majoritaire du peuple, c'est celle de l'impartialité, de la réflexivité, de la proximité, de l'expertise, de l'efficacité...

Plus généralement la démocratie participative traduit le passage d'une conception universaliste de la norme, légitimée à la fois par le fait qu'elle est l'émanation de la majorité et qu'elle tend à la réalisation de l'intérêt général, à une conception plus catégorielle qui prend en compte la diversité des destinataires de la norme, leurs attentes, leur réceptivité. Elle suppose l'acceptation de la norme, accorde une importance centrale à sa procédure d'élaboration et met en valeur le consensus, plus que la formation d'une majorité.

Le recours à la démocratie participative développe les communautarismes. Privilégiant les groupes de pression, ce type de démocratie accroît la distance entre ceux qui ont les outils décisionnels et ceux qui sont privés de moyens d'expression. Qui est qui ? Qui représente quoi ? Telles sont les questions, souvent sans réponses, que pose la démarche participative qui n'est pas exclusive de pratiques sophistiquées de manipulation de l'opinionNote 12. Comme le relève Dominique SchnapperNote 13, il existe un risque que les minorités imposent leur point de vue particulier au nom de la démocratie de proximité. Cette volonté de remplacer le vote comme processus de décision constitue une négation même de la politique, il s'agit de réduire la compétition pour le pouvoir.

**26. -**  **La démocratie non libérale : une réponse qui n'est pas sans dangers. -** Ce mode de gouvernement ne renvoie pas à une analyse théorique établie *a priori*, mais résulte de pratiques différentes. Le mouvement est mondialqui voit des États, qui s'inscrivaient dans la logique de la démocratie libérale, rompre avec le libéralisme politique : la Turquie en est un témoignage exemplaire.

En Europe, c'est, toutes choses égales par ailleurs, la logique dans laquelle s'est inscrit le gouvernement Orban en Hongrie. Il convient de prendre au sérieux cette analyse et ce système, au-delà des anathèmes idéologiques, et de considérer, indépendamment de tout jugement de valeurs, qu'il s'agit d'une conception spécifique de la démocratie. En effet, c'est en s'appuyant sur une forte majorité, plus des deux tiers, que ce gouvernement a limité, par la loi, ou en recourant à la révision constitutionnelle, voire au référendum, le poids des contre-pouvoirs, justice, presse, association, entreprises étrangères... et des contraintes européennes. Ce modèle s'inscrit donc dans une logique strictement démocratique, tout en réduisant le caractère libéral du système politique.

**27. -**  À l'autre extrême, il convient de considérer qu'un système comme celui de la Chine, gouvernée par un système triangulaire, État, parti (unique), armée, n'est aucunement démocratique.

Entre les deux, la situation d'un grand pays, comme la Russie, dont le Président actuel, Vladimir Poutine, semble bénéficier d'un solide soutien populaire, tout en exerçant un pouvoir de nature autocratique, est plus ambiguë, du fait notamment que si les élections sont en principe concurrentielles, elles le sont fort peu en réalité. Les élections restent conçues comme un moment de communion entre le peuple et ses dirigeants et non comme le temps d'un débat et d'un choix entre des options politiques et sociales différentes. Les contre-pouvoirs ne sont pas, dans cette hypothèse, institutionnels, mais peuvent tenir à l'existence d'une sphère économique (qui peut favoriser la corruption) et d'une société civile bénéficiant d'une certaine autonomie. Il convient de distinguer, dans ce cas de figure, un pouvoir autocratique d'un pouvoir tyrannique car arbitraire. Dans sa conception la moins libérale, la démocratie peut être un système où le pouvoir est tout entier délégué à un dirigeant politique, de préférence charismatique, une sorte de démocratie plébiscitaire.

**28. -**  En fait la démocratie non libérale peut tout aussi bien être la réponse à l'impotence économique, ou idéologique, de la démocratie libérale, comme en Hongrie, ou l'aménagement d'un système autocratique comme en Russie. Elle présente une certaine parenté avec le projet du despotisme éclairé qui s'est notamment traduit par l'appétence des Encyclopédistes pour l'Impératrice Catherine II. Mais la rupture avec le libéralisme peut être également une transition vers un effondrement de la démocratie elle-même. L'histoire récente de l'Europe en apporte de terribles exemples.

**29. -**  **Revivifier la démocratie par le droit.-** Le modèle de démocratie libérale n'est pas universel. Cependant il appartient incontestablement au patrimoine de l'Europe occidentale. Plutôt que de tourner ses regards vers d'autres systèmes, il conviendrait de réfléchir aux réformes qui permettraient de le sauvegarder tout en en améliorant le fonctionnement, s'il en est encore temps. La dénonciation du populisme est de ce point de vue, contreproductive, elle traduit au surplus un certain mépris pour le peuple qui manifeste ainsi ses peurs et ses aspirations.

La première condition est de clarifier le lieu du pouvoir politique. Si l'on admet que les États constituent le cadre naturel de la démocratie, il convient de considérer que ces États doivent voir leur compétence clarifiée. Il ne s'agit aucunement de remettre en cause le transfert de compétences à des institutions supranationales, comme les institutions européennes, de telles institutions pouvant au surplus constituer le niveau politique nécessaire pour réguler les puissances économiques et financières et répondre à des exigences géostratégiques. Il s'agit en fait de déterminer clairement ce qui doit relever des compétences confiées à des structures, pour l'essentiel, européennes, et les compétences et pouvoirs qui doivent rester entre les mains des États. Pour ce faire, il convient de distinguer ce qui relève de l'identité européenne, qui justifie l'association d'un certain nombre d'États, et ce qui relève de l'identité nationale. Il convient également de rétablir et de développer les instruments d'intervention du peuple dans la décision politique. Pour les questions locales, le développement des instruments de la démocratie participative constitue une voie féconde. Enfin, il convient de revaloriser le référendum qui constitue une forme de démocratie directe, complément et correcteur de la démocratie représentative. De ce point de vue une réflexion doit être engagée sur cette procédure. Le référendum est un outil qui, par son caractère binaire, sa force et la brutalité de son résultat peut être dangereux, s'il est utilisé, par exemple dans un contexte émotionnel. Face au déni de démocratie et de souveraineté qui se manifeste partout en Europe, utilisé comme instrument politique, il permet aux gouvernements de canaliser la colère latente des citoyens vers un repli nationaliste qui constitue une impasse. Mais continuer à faire l'impasse sur cette révolte sourde, en privant le peuple de la possibilité de s'exprimer, c'est courir le danger d'une explosion dont personne ne peut prédire les péripéties et les conséquences. Encadré afin de permettre une expression claire et sincère de la volonté populaire, le référendum reste un outil majeur de la démocratie.

**30. -**  De la même manière que la souveraineté et les réglementations étatiques constituent des obstacles à la libre circulation des marchandises et des finances, l'existence de peuples, construits à partir de leurs valeurs, de leur histoire et de leurs projets, représente un obstacle à un monde uniformisé. La fluidité des circuits économiques implique la fluidité des structures sociales.

Le droit est à la fois le cadre et le miroir d'une société. Le droit peut contribuer aujourd'hui à étouffer la démocratie, comme il a été hier l'outil de son avènement. Si l'on veut tenter de sauver le modèle de la démocratie libérale, pour autant que cela soit encore possible, il convient de promouvoir les instruments juridiques qui permettront de le faire évoluer tout en le préservant. Ces instruments doivent avoir pour objectif de redonner au peuple la maîtrise d'une part de son destin. Tenter de relever le sentiment démocratique exige, avant toute autre chose, le retour de la confiance des citoyens. Pour ce faire, le droit doit associer les principes d'efficacité et de responsabilité.

Note 1 Ce texte reprend certaines des analyses conduites dans mon ouvrage *Le droit contre la démocratie ? : Lextenso, coll. Forum, 2017.*

Note 2 *D. Reynié (dir.), Où va la démocratie ? Une enquête internationale de la Fondation pour l'innovation politique : Plon, 2017.*

Note 3 Google, Apple, Facebook, Amazon.

Note 4 *J. Le Goff, Malaise dans la démocratie : Stock, coll. Essais-Documents, 2016, p. 38.*

Note 5 Cité par *G. Hermet, L'hiver de la démocratie ou le nouveau régime : Armand Colin, 2007, p. 194.*

Note 6 V. *T. Todorov, La peur des barbares - Au-delà du choc des civilisations : Livre de poche, coll. Biblio Essais, 2008, p. 140.*

Note 7 *Y.-C. Zarka, Métamorphoses du monstre politique et autres essais sur la démocratie : PUF, 2016, p. 220.*

Note 8 *Société de droit contre État de droit, in l'État de droit - Mélanges en l'honneur de Guy Braibant : Dalloz, 1996, p. 37.*

Note 9 Sur cette question, V. mon ouvrage *Justice et politique : la déchirure ? : Lextenso, 2015.*

Note 10 Sur cette question, V. *B. Bonnet, Repenser les rapports entre les ordres juridiques : LGDJ, 2013.*

Note 11 Selon la formule de Didier Truchet, reprise par *D. Lecourt, La transparence mène à une tyrannie souriante : Figarovox, 10 févr. 2017.*

Note 12 V. *P. Rosanvallon, La légitimité démocratique - Impartialité, réflexivité, proximité : Le Seuil, 2008.*

Note 13 *L'Esprit démocratique des lois : Gallimard, coll. NRF Essais, 2014.*

© LexisNexis SA