

La démocratie à l'épreuve de la souveraineté de l'individu

Quentin DURU, doctorant, Université Montpellier 1, CERCOP

La modernité politique trouve son fondement dans la mise en lumière de l'autonomie du sujet individuel, dans la libre capacité de celui-ci de se donner sa propre loi. La déconstruction nominaliste a ouvert philosophiquement la voie à ce renversement de la logique du rapport du sujet au monde qui l'environne et permettra d'envisager l'autonomie. Elle a conduit au basculement d'une pensée où le réel, comme objet, s'impose de l'extérieur au sujet à une pensée où le sujet, par le truchement de l'intellect, maîtrise le réel. Face au réalisme objectiviste des anciens s'affirmera un idéalisme subjectiviste où « *le réel n'existe plus objectivement en soi. Il n'existe plus qu'à travers le prisme de la pensée et de la volonté du sujet. Seul à détenir le privilège de l'irréductibilité, celui-ci crée l'objet en s'en faisant une représentation, une idée* »¹. La déconstruction des universaux laissera l'individu face à une nature muette, d'où il ne pourra plus tirer de devoir-être. Le cosmos – l'harmonie de la nature – qui constituait, dans la pensée des Anciens, la source du juste, ne pourra plus qu'être regardé comme une collection de singularités dépourvues d'ordre préexistant à l'intervention de l'homme. A l'hétéronomie des anciens, succède l'autonomie de l'individu moderne, de la nature duquel sera extrait « *l'idée d'une liberté et d'une égalité qui dessinent des droits de l'homme, antérieurs et supérieurs au droits positifs* »². Et c'est à travers cette autonomie du sujet que pourra être envisagé le renouvellement profond du politique qui se joue à la fin du 18^{ème} siècle. En se référant à l'approche de Marcel Gauchet, dont l'œuvre permet de saisir les mécanismes fondamentaux de la démocratie, la modernité politique se comprend comme « *l'expression de la sortie de la religion, c'est-à-dire du passage d'une structuration hétéronome de l'établissement humain-social à une organisation autonome* »³. Apparaît, avec la modernité, l'idée selon laquelle, à travers la figure de l'individu autonome, le corps social a la capacité de se fixer, de façon immanente, sa propre loi et l'enjeu, dès lors, pour la démocratie moderne sera de permettre la « *mise en forme politique de [cette] autonomie* »⁴.

A la démocratie moderne, qui se caractérisera essentiellement comme une forme, semble être ainsi liée une approche relativiste des valeurs, impliquant que « *toute vérité et toute valeur doit être prête en tout temps à s'effacer devant d'autres* »⁵. La détermination des valeurs est ainsi laissée au libre choix du corps social. Une valeur s'imposera non pas d'elle-même, comme renfermant une vérité intrinsèque, mais par la décision, arbitraire, du corps social, ou, à tout le moins, de la majorité de ces membres, qui pourra toujours être remise en cause par l'avènement d'une nouvelle majorité. Par principe, les valeurs, qui ne peuvent être décidées que de manière immanente par le jeu du respect d'une procédure formelle, ne peuvent permettre, en tant que telles, de déterminer le caractère démocratique d'un commandement régulièrement adopté. Dès lors, toute approche qui amènerait à regarder comme démocratique un commandement non plus seulement par le simple respect d'une procédure formelle mais plus encore par le respect d'un contenu pourrait apparaître comme une altération du principe même de démocratie, puisqu'elle impliquerait une détermination des valeurs qui

¹ Viala A., *Philosophie du droit*, Paris, éd. Ellipse, 2010, p. 32

² Bouretz P. *Souveraineté* in Duhamel O. et Meny Y. *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 990

³ Gauchet M., *La démocratie d'une crise à l'autre*, Nantes, éd. Cécile Defaut, 2007, p. 13

⁴ *Ibid.*, p.13

⁵ Kelsen H. *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, éd. Economica, 1988, trad. Eisenmann C., p.90

nécessairement échapperait à la décision arbitraire du corps social. Cependant, cette mécanique achoppera sur l'évolution contemporaine du politique. Le principe même d'un commandement démocratique s'épuisant dans le respect d'une procédure formelle semble remis en cause par ce qu'il est convenu d'appeler la démocratie des droits de l'homme. Nous serions les contemporains d'un retour en grâce des droits fondamentaux qui viendraient constituer une limite de principe au commandement de la majorité, faisant ainsi primer des valeurs sur le respect d'une procédure formelle. Cette prévalence accordée ainsi aux valeurs ne pourra pourtant pas nous conduire à déduire mécaniquement une altération de la démocratie, puisque les droits fondamentaux de l'individu, ainsi mis en avant, font partie de la matrice de la démocratie moderne. Pour reprendre l'analyse de Marcel Gauchet, ils font partie de ces trois vecteurs de cette mise en forme de l'autonomie qui caractérisera la modernité démocratique.

Pour Marcel Gauchet, la matérialisation moderne de l'autonomie se comprend comme un régime mixte ; notion qui ne se comprendra plus comme la conjugaison de différents types de régimes - démocratique, aristocratique, monarchique - mais comme « *le déploiement successif et la conjugaison progressive de ces trois vecteurs de l'autonomie* »⁶ que sont le droit, l'histoire et le politique. Sur ces trois éléments, l'évolution moderne s'inscrit en contradiction par rapport au modèle ancien. Ainsi, la modernité se caractérisera, à travers le vecteur que Marcel Gauchet appellera « droit », par une appréhension renouvelée de la figure de l'individu. Le modèle de l'état de nature, où vivent, isolés, des individus naturellement libres et égaux, formera le socle théorique de la légitimité de la structuration autonome du pouvoir. L'obéissance au pouvoir trouvera désormais sa source non plus dans la soumission mais dans le consentement dont le contrat social représentera, théoriquement, la concrétisation. Le second vecteur, historique, consiste en « *un renversement de l'orientation temporelle de l'activité collective. [...] A l'autorité de l'origine, source de l'ordre immuable appelé à régner parmi les hommes, elle substitue l'autoconstitution du monde humain dans la durée, en direction du futur* »⁷. L'historicité moderne s'inscrit ainsi dans cette perspective, qui prendra sa source dans la révolution nominaliste et que l'on retrouvera plus tard notamment chez Jean-Paul Sartre, où l'homme est condamné à être libre. Privé de tout référent extérieur à sa volonté, il sera le seul maître de l'humanité qu'il entendra créer. Le troisième et dernier vecteur, proprement politique, sera la constitution de l'Etat moderne, qui remplacera les formes anciennes d'organisations politiques en se faisant « *l'opérateur de la scission entre le ciel et la terre* »⁸. Succède aux structurations hétéronomes du politique une forme immanente du pouvoir qui rendra opératoire l'autonomie théorique des individus, entendus comme collectivité unifiée. Dès lors, l'autonomie du sujet ne se définira plus strictement comme sa capacité de se donner sa propre loi, mais comme le fait d'avoir consenti à la loi, de faire de la loi commune, sa loi propre. La démocratie moderne reposera ainsi sur un équilibre entre ces trois vecteurs ; équilibre qui, jusqu'à une période récente, se faisait au profit des vecteurs historique et politique, le dernier vecteur étant relégué dans l'ombre comme assise théorique du pouvoir politique.

C'est de la remise en cause de cet équilibre dont nous serions les contemporains. Le vecteur du droit reviendrait sur le devant de la scène emportant avec lui une exacerbation à outrance de la figure de l'individu, naturellement titulaire de droits opposables au pouvoir, prenant ainsi le pas sur les deux autres amenant une refonte de la pensée du commandement. A la souveraineté du peuple succéderait, au nom de ces droits fondamentaux, la souveraineté de l'individu. Marcel Gauchet verra dans cette mutation du politique une crise de croissance de la démocratie. Elle marquera une sorte de « *retournement de la démocratie contre elle-même* »⁹. Le paradoxe de cette crise serait qu'elle se jouerait au moment où la démocratie s'impose comme seul régime politique praticable et légitime. La démocratie serait travaillée de l'intérieur, à tel point qu'elle serait menacée de se vider de sa substance. L'élément le plus caractéristique de cette crise sera la remise en cause de l'exercice en commun de l'autonomie. La loi, qui a représenté le mode d'expression privilégié, si ce n'est exclusif, de la

⁶ Gauchet M., *La démocratie d'une crise à l'autre*, op cit. p.16

⁷ *Ibid.*, p.16

⁸ *Ibid.*, p.15

⁹ *Ibid.*, p.38

souveraineté des individus, est aujourd'hui sujette à caution au regard de cette figure de l'individu et de ces droits naturels, elle ne dispose plus de ce blanc-seing dont elle semblait avoir hérité de la révolution française. Formulé différemment, se jouerait aujourd'hui un retour de l'autonomie du sujet contre l'autonomie du corps social. Le paradoxe contemporain de la démocratie serait, au final, celui-ci : alors que la figure moderne de l'individu servait de fondement théorique à la souveraineté du corps social, à la capacité de celui-ci de se fixer sa propre loi, elle en est aujourd'hui la limite principale. La démocratie contemporaine serait devenue antipolitique. Et l'expression de cette défiance vis-à-vis du vote de la majorité se joue désormais en dehors du cadre démocratique habituellement envisagé. Le processus électoral et la dialectique entre opposition et majorité n'épuisent plus le règlement des désaccords qui naissent, nécessairement, de la vie collective. L'exacerbation de l'autonomie de l'individu conduit à une forme de remise en cause permanente, pour ne pas dire continue, de la décision de celui qui fut souverain. Ainsi, la détermination des valeurs n'est plus laissée à la seule décision de la majorité, cette détermination trouvera son foyer renouvelé en la personne de l'individu.

Mais cette mutation interroge sur la permanence de la réalisation du projet moderne, qui consistait à rendre effectif l'autonomie de l'individu. Quand bien même admettrions nous que, en ce qui concerne la détermination des valeurs, l'autonomie de l'individu puisse, en tant que telle, se substituer à l'autonomie du corps social sans que cela n'altère l'idée même de démocratie, cette exacerbation achoppe sur la question de son vecteur. Si la démocratie moderne a toujours reposé sur l'autonomie de l'individu, il est admis qu'elle ne peut se suffire à elle-même. Encore est-il nécessaire d'envisager les vecteurs permettant de rendre effective cette autonomie. Si la pensée démocratique avait jusqu'alors envisagé le recours au principe majoritaire comme, pour reprendre les termes de Kelsen, « *l'approximation la plus grande de l'idée de liberté* »¹⁰, cela ne se faisait qu'au prix d'une mutation de l'autonomie de l'individu, qui permettait de penser l'autonomie du corps social. L'expression classique de cette mutation sera celle retrouvée dans les théories du contrat social avec le passage de la liberté naturelle à la liberté civile, justement par le truchement du pacte social. Mais à travers l'exacerbation de l'autonomie de l'individu, c'est, au final, la remise en cause de cette mutation qui se fait. Ainsi, le corps social, et celui qui le représente, ne seront plus considérés comme les vecteurs privilégiés de l'expression de l'autonomie de l'individu. Et la remise en cause de ce vecteur conduira – mécaniquement – à l'émergence d'autres vecteurs dont, notamment, celui du pouvoir judiciaire. Mais si la mise en avant de ce vecteur peut être analysé comme une conséquence logique de l'exacerbation de l'individu (I), il est nécessaire de s'interroger plus avant sur la question de savoir si ce vecteur permet l'expression de l'autonomie de l'individu, comme foyer de la détermination des valeurs. Le pouvoir judiciaire, qui n'est pas élu, ne pourrait, a priori, représenter un vecteur de l'autonomie de l'individu qu'à partir du moment où il n'en serait que le neutre représentant. Mais nous savons, et cela a été largement renforcé par les théories de l'interprétation, que le juge n'est pas un pouvoir nul. Les juridictions sont des acteurs politiques à part entière, créatrices de droit. Envisagée sous cet angle, l'exacerbation contemporaine se traduira dès lors comme l'exacerbation de l'oligarchie judiciaire. La mutation contemporaine aurait ainsi la forme d'un retour à l'hétéronomie, dont la démocratie moderne formait justement le strict contraire. Mais ce retour de l'hétéronomie, s'il pourrait ne pas être qu'apparent, pourra largement être nuancée au regard de l'assise théorique même de la modernité démocratique. C'est peut être justement dans la figure du juge créateur que pourrait se jouer, paradoxalement, le maintien de l'autonomie qui fondait la modernité démocratique (II).

¹⁰ Kelsen h. *La démocratie, sa nature, sa valeur, op. cit.* p.21

I. L'individu comme figure centrale de la substantialisation du Gouvernement démocratique.

Une partie de la logique de la démocratie moderne semble pouvoir se résumer autour d'une dialectique entre l'autonomie de l'individu, unité de base du politique, et celle du *demos*, entendu comme unité du corps social. C'est dans le passage de l'un à l'autre que se jouera la problématique que rencontre actuellement la démocratie. Si la modernité avait réussi à penser la construction d'un foyer normatif central et suprême sur la base de l'autonomie l'individu (A), cette construction est désormais battue en brèche par l'exacerbation contemporaine de l'individu qui entraîne la montée en puissance du pouvoir judiciaire (B).

A. La fiction de la souveraineté du peuple au service de l'autonomie de l'individu.

La pensée nominaliste ouvre la voie à un renouvellement de la pensée de la société politique, voie dans laquelle vont s'engouffrer les théoriciens du contrat social. L'organisation sociale ne pourra plus être envisagée comme une réalité s'imposant en elle-même, en tant qu'universelle, elle sera soumise à l'analyse critique de l'approche mécaniste dont la méthode résolutive-compositive hobbesienne offrira la plus forte illustration. L'organisation sociale, quel que soit son nom, ne sera, au final, qu'un agrégat qu'un œil avisé pourra décomposer de façon mécanique pour y découvrir les éléments irréductibles, en l'occurrence les individus. Ainsi apparaît le modèle de l'état de nature où est saisi l'individu dans sa singularité. L'état de nature se comprend comme l'état, originel ou non, dans lequel l'individu serait envisagé indépendamment des institutions politiques et des hiérarchies sociales; la pensée d'un tel état implique dès lors d'abandonner l'idée aristotélicienne selon laquelle l'homme est un animal social et de récuser toute domination naturelle. L'hypothèse théorique de l'individu sera envisagée de manière foncièrement différente par les théoriciens du contrat social et ne conduit pas nécessairement à la démocratie. Toutefois, nous pouvons nous arrêter sur l'exemple, le plus notable pour notre propos, de la théorie de Jean-Jacques Rousseau qui fut considéré par Kelsen comme, « *peut-être, le théoricien le plus considérable de la démocratie* »¹¹ et dont l'œuvre jouera une influence essentielle dans le processus révolutionnaire de 1789, qui, pour Marcel Gauchet, pourra être envisagé comme une forme de processus contractuel¹². Le *Contrat Social* offre ainsi cette dialectique entre l'homme, envisagé naturellement, et l'état social dans lequel il se trouve, avec cette contradiction, mise en avant par Rousseau, selon laquelle « *l'Homme est né libre, et partout, il est dans les fers* »¹³. L'homme qu'observe Rousseau vit dans cette forme d'état précontractuel dont l'avènement s'est produit de manière fortuite et qui contrevient à sa nature. L'homme naturel, nouant spontanément des relations avec ses semblables, a corrompu l'humanité en puissance qu'il renfermait en lui. Cette dialectique permettra à Rousseau de proposer une reconstruction de l'organisation politique de la société sur la base de cet individu dont il a prétendu saisir l'essence. La société civile, rationnellement recomposée, par le truchement de l'artifice du contrat social, aura cette vocation de concilier la vie en société et l'individu saisi dans sa naturalité profonde.

Si le modèle de l'état de nature, ne correspondant à aucune réalité, sera largement éventé, la perspective théorique d'une organisation sociale reposant, in fine, sur la figure de l'individu, elle, ne sera pas abandonnée. Une telle perspective se retrouve notamment dans les travaux de Hans Kelsen sur la démocratie. Pour Kelsen, la figure de l'individu naturellement libre est remplacée par notre raison pratique en laquelle « *deux instincts fondamentaux de l'être social tendent impérieusement à leur satisfaction* ». L'être social aurait ainsi cette tendance à ne pas se soumettre à la contrainte, à réagir contre « *la volonté étrangère devant laquelle il faut se plier, contre le tourment de l'hétéronomie* ». Cette tendance se trouvant amplifiée par le fait « *que celui qui est contraint d'obéir éprouve plus irrésistiblement à l'égard du maître, du chef, ce sentiment qu'il n'est qu'un homme* ».

¹¹ Kelsen H., *La démocratie, sa nature - sa valeur*, op. cit. p.19

¹² Gauchet M., *L'avènement de la démocratie - La révolution moderne*, Lonrai, éd. Gallimard, 2007, p. 115 et s.

¹³ Rousseau J.-J., *Du Contrat Social*, Paris, éd. Garnier, 1962, p. 236

comme lui, qu'ils sont semblables et se demande alors quel droit il a donc de lui commander »¹⁴. Ainsi, l'être social kelsénien, mû par ces deux instincts que serait la liberté et l'égalité, aurait cette tendance naturelle à revendiquer l'autonomie. Ce sera sur cette base là que le maître viennois pourra envisager, lui aussi, les conditions de mise en forme politique de l'autonomie.

La réflexion sur la recomposition du corps social s'articulera ainsi autour de la dialectique entre individu et société. Elle aura pour vocation de permettre de concevoir, à partir de l'autonomie du sujet, un foyer normatif central et suprême. La question alors sera de déterminer la forme politique au sein de laquelle l'autonomie de l'individu sera préservée ; où pourra exister une loi commune qui ne s'impose pas, de l'extérieur, aux individus. Pour Rousseau, cet enjeu est résolu par la conclusion d'un contrat social dont « *les clauses [...] se réduisent à une seule : savoir, l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. [...] chacun se donnant à tous ne se donne à personne; et comme il n'y a pas d'associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd* ». Coup de force de la raison, le contrat conclu entre tous les membres de la communauté aura cette qualité de permettre la constitution d'une volonté unique sans que soit remis substantiellement en cause l'autonomie individuelle, l'individu contractant n'abandonnant pas ces droits naturels, mais acceptant que ceux-ci mutent en droits civils. Le contrat donnera naissance à un souverain auquel chaque individu contractant s'identifiera et dont la volonté, réputée générale, succédera aux volontés particulières. Le souverain ainsi constitué ne sera pas, comme dans la pensée hobbesienne, tiers au contrat, mais « *le corps moral et collectif* » qui résulte du pacte social. Le contrat social sera l'acte par lequel « *le peuple se fait peuple* », il sera l'acte fondateur du *demos* qui sera le titulaire - exclusif - de la volonté générale. Cependant, la construction rousseauiste s'épuise sur la question de l'effectivité de l'exercice de cette souveraineté, comme mode opératoire de décision politique. La loi ne pourra être que l'expression du peuple, « *ce n'est qu'à cette condition que la liberté - ou obéissance à soi - demeure pensable à l'état social* »¹⁵. Ainsi, Rousseau ne pourra envisager la division ou le transfert de la souveraineté du peuple, celle-ci ne pouvant pas être représentée, faute de quoi le peuple « *se dissout par cet acte, il perd sa qualité de peuple ; à l'instant où il y a un maître, il n'y a plus de souverain, et dès lors, le corps politique est détruit* »¹⁶. Rousseau privilégiera ainsi le modèle de la démocratie directe comme mode d'expression de l'autonomie de l'individu, avec cet idéal de la décision à l'unanimité. Seulement, la réalité politique ne pourra que conduire Rousseau à exiger cette modalité de vote pour la seule conclusion du pacte originel ouvrant ainsi une brèche dans l'édifice démocratique. D'une manière générale, la construction rousseauiste du contrat social ne sera qu'une forme de construction politique idéale qui ne semblera pas pouvoir convenir aux hommes. Et Rousseau de conclure : « *s'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement* ».

La perspective de l'institution d'un pouvoir qui garantit l'autonomie individuelle est renouvelée par Kelsen qui l'arrimera dans le praticable. L'approche kelsénienne, tout en restant ancrée dans la modernité, ne fondera pas la démocratie sur un individu abstrait mais, nous l'avons vu, sur ces deux instincts de l'homme, que sont la liberté et le sentiment d'égalité, qui l'amèneraient à réagir contre la soumission à une volonté étrangère. Mais cette revendication « primaire » de l'autonomie ne fondera, chez Kelsen, que l'idée de démocratie, la réalisation de celle-ci nécessitant la mutation de l'idée de liberté. Le schéma kelsénien fonctionnera sur une logique qui s'apparente à celle retrouvée dans la pensée de Rousseau avec la mutation des droits naturels en droits civiques. L'idée de liberté sera, originellement, essentiellement négative, elle ne jouera qu'en réaction à la contrainte extérieure. Envisagée de manière brute, la liberté ne pourra servir de fondement à la mise en place d'un pouvoir contraignant. La réalité de la vie sociale impose donc, si l'on souhaite faire de l'autonomie le fondement de l'organisation sociale, d'envisager une évolution de l'idée de liberté, qui se jouera en deux temps. La première mutation de l'idée de liberté sera d'accepter le principe même d'un pouvoir. Ainsi, « *s'il doit y avoir société, et plus encore Etat, il faut qu'il y ait un pouvoir, mais si nous devons*

¹⁴ Kelsen H., *La démocratie, sa nature - sa valeur*, op. cit., p. 17

¹⁵ Cayla O., *Rousseau in Dictionnaire des grandes œuvres philosophiques*, dir. Cayla O. et Halperin J.-L., Paris, éd. Dalloz, 2008.

¹⁶ Rousseau J.-J., *Du Contrat Social*, op. cit., p.250.

être commandés, du moins ne voulons-nous l'être que par nous-mêmes. La liberté naturelle se transforme en liberté sociale ou politique. Est politiquement libre celui qui est assujéti sans doute mais à sa propre loi, et non à une loi étrangère »¹⁷. La question est alors de savoir comment se fait cette assimilation entre la loi et la volonté des individus. Spontanément, la solution serait de préconiser le vote à l'unanimité, qui ferait que la loi correspond toujours à la volonté de chacun des individus qui composent le corps social. Mais c'est une option que Kelsen écartera. Pour Kelsen, le vote à l'unanimité se révélera au final contraire avec l'idée de liberté de l'individu, ou, plus précisément, celui-ci ne sera libre qu'au moment du vote. Kelsen envisage l'hypothèse d'un individu qui changerait d'avis après un vote, entraînant alors une discordance entre la loi et sa volonté. Le règlement de cette contradiction pourra alors s'envisager par deux voies, soit l'individu en désaccord a le droit de se soustraire à l'obligation juridique, ce qui dénierait, in fine, toute utilité à l'ordre social, soit il impulse un nouveau vote pour entraîner la modification de la loi et la faire concorder avec sa volonté. Mais cela nécessite qu'il amène les autres membres de la collectivité à se rallier à son option, ce qui sera d'autant plus difficile si la modalité de vote est l'unanimité. Puisque l'ordre social et la volonté des individus ne peuvent concorder parfaitement, Kelsen sera ainsi amené à privilégier le vote à la majorité absolue, comme modalité la plus satisfaisante avec l'idée de démocratie, puisqu'elle permettra des décisions qui ne seront en « *contradiction qu'avec la volonté du plus petit nombre* ». La majorité absolue au final représente « *la limite supérieure* ». Si elle n'était pas requise, une décision pourrait être prise contre la majorité. A l'inverse, si était exigée une majorité qualifiée, une minorité pourrait s'opposer à une décision de la majorité. Ainsi « *en se contentant de décision à la majorité, la démocratie se satisfait d'une simple approximation de son idéal premier. Que l'on continue alors, sous l'empire de la loi de la majorité, à parler d'autonomie et à considérer que chacun n'est soumis qu'à sa propre volonté, c'est une nouvelle étape dans les métamorphoses de l'idée de liberté* »¹⁸. La deuxième mutation de l'idée de liberté serait ainsi celle qui amènera l'individu à assimiler la loi de la majorité comme la sienne propre, quand bien même, il se trouverait dans la minorité. Et c'est le principe même de cette mutation qui semble être remis en cause actuellement.

B. La déconstruction du *demos* comme condition de réalisation de l'autonomie de l'individu.

Le modèle démocratique hérité de la modernité, qui fera de la loi de la majorité le modèle le moins insatisfaisant pour garantir l'autonomie, se verra battu en brèche par l'évolution contemporaine du politique qui verra l'avènement de ce qu'il est convenu d'appeler la démocratie des droits de l'homme. Cette démocratie des droits de l'homme, que Marcel Gauchet qualifiera de seconde crise de croissance de la démocratie, se caractérisera par la remise en cause de ces éléments fondateurs. La première crise, qui culminera dans les années 1930, était née d'une sorte de vertige face au principe même de l'autogouvernement. « *Le régime parlementaire se révèle à la fois trompeur et impotent* »¹⁹. Les errements de l'organisation effective du pouvoir semblent semer le doute sur la capacité du corps social à se donner sa propre loi. La réaction à cette crise se fera à travers l'alternative entre ce que Marcel Gauchet nomme la « *démocratie libérale* » et le totalitarisme. Le second terme de l'alternative se caractérisera par un retour du religieux dans l'organisation politique, alors que le premier se construira autour d'un renouvellement et d'un approfondissement du pouvoir d'autogouvernement. Cette « *synthèse libéralo-démocratique* », qui finira par s'imposer contre le totalitarisme, permettra une réappropriation du devenir collectif par les individus avec, dans le champ politique la montée en puissance de l'exécutif et la mise en place « *d'un appareil de services publics, un appareil de régulation et de prévision destiné à remédier au pilotage à l'aveugle et au désarmement devant l'anarchie des marchés qui était le lot des Etats libéraux* »²⁰. L'individualité même s'envisagera alors dans une perspective renouvelée par la mise en place de l'Etat providence. L'Etat social fera ainsi muter la figure de l'individu, en donnant aux droits de celui-ci, jusqu'alors envisagés de manière

¹⁷ Kelsen H., *La démocratie, sa nature - sa valeur*, op. cit., p. 2

¹⁸ *Ibid.* p.6

¹⁹ Gauchet M. *La démocratie d'une crise à l'autre*. op. cit., p.25

²⁰ *Ibid.*, p. 30

purement abstraite, une « épaisseur concrète ». Si ce renouvellement permettra dans un premier temps de maintenir l'équilibre démocratique, celui buttera sur la crise économique consécutive au choc pétrolier de 1973 et les politiques de dérégulation qui seront mises en place à sa suite. Les répercussions de cette crise n'affecteront pas que le champ économique mais innoveront aussi le politique, ouvrant ainsi la voie à cette seconde crise de la démocratie.

Comme nous l'avions évoqué, elle se structure autour de la rupture de l'équilibre qui s'était construit historiquement entre les trois vecteurs de l'autonomie. L'individu, comme figure primaire de l'autonomie, voit sa consécration dans le champ politique, et, par suite, impulse un renversement de logique dans son rapport au pouvoir. L'individu, titulaire de droits naturels, servait de fondement au pouvoir politique, tout en constituant une borne extrême, il devient aujourd'hui l'élément qui remet en cause, par principe, ce pouvoir. Nous serions les contemporains d'une défiance généralisée vis-à-vis du politique, où « *le commandement général de la loi lui-même en vient à faire figure d'ennemi de l'irréductibilité des droits* »²¹. Plus encore que dans une érosion de la confiance envers le pouvoir politique, cette exacerbation de l'autonomie de l'individu au nom de ces droits fondamentaux trouve, si l'on continue à suivre l'approche de Marcel Gauchet, sa source dans deux éléments. D'une part, dans une « *relance du processus de sortie de la religion* »²². Cette dernière innervait encore le soubassement de l'organisation politique. Les évolutions contemporaines auraient permis d'évacuer les vestiges de la structuration religieuse de l'Etat, le faisant apparaître, plus que jamais, comme une organisation politique immanente. D'autre part, dans « *une relance du processus d'individualisation* »²³, la société a été « *subvertie de l'intérieur par un individualisme de masse* », que le développement de l'Etat-providence a promu par la mise en place de « *ses dispositions protectrices et promotionnelles* ». Dans une perspective très toquevillienne²⁴, émergera la figure de l'individu, comme forme primaire de l'autonomie, sur les bases de cet « *individu concret* » hérité de l'Etat providence. « *Tout se passe comme si la fiction de l'état de nature était devenu la réalité* »²⁵. Se jouerait dans la réalité le chemin inverse que celui parcouru intellectuellement par les théoriciens de la démocratie dans la construction d'un corps social et d'une organisation politique permettant de rendre opératoire l'autonomie théorique de l'individu. « *Ramenés du ciel de l'idéal sur la terre du praticable* »²⁶, les droits de l'homme changent de statut et mettent à mal l'idée même d'un *demos*.

Serait symptomatique de cette mutation, le recours plus systématique au juge, dont la fonction se trouve largement renouvelée. Cette montée en puissance du pouvoir judiciaire peut s'analyser comme mécaniquement lié à cette exacerbation de l'autonomie de l'individu, au détriment de la loi de la majorité. Pour reprendre les termes utilisés par Dominique Rousseau, « *la figure du juge [émerge] comme [...] tiers par qui et devant qui s'énoncent les principes sur la base desquels une action sera jugée légitime ou non* »²⁷. Les juridictions, et notamment les juridictions constitutionnelles, pourront être le lieu où la décision de la majorité pourra être confrontée aux valeurs dont l'individu serait – naturellement – porteur. Les juridictions seraient d'autant plus un vecteur privilégié de l'autonomie de l'individu, qu'elles permettraient de se saisir des orientations politiques en dehors de consultations électorales. De la même façon, Pierre Rosanvallon met en avant les éléments caractéristiques du jugement²⁸ qui pourraient permettre de comprendre ce regain d'intérêt pour l'office juridictionnel. Ainsi, de la publicité des audiences ou encore de l'obligation de décision qui pèsent sur les instances

²¹ *Ibid.*, p.41

²² *Ibid.*, p.33

²³ *Ibid.*, p.35

²⁴ Dans le chapitre que Tocqueville consacre à l'individualisme, il fait apparaître que le développement de celui-ci, qui se fera à mesure que les conditions s'égalisent, finira par le réduire à l'égoïsme, qui est un amour exagéré de soi-même, qui porte l'homme à ne rien rapporter qu'à lui seul et à se préférer à tout.

Tocqueville A. *De la démocratie en Amérique*, Paris, éd. Garnier-Flammarion, 1981, p. 125 et s.

²⁵ Gauchet M. *La démocratie d'une crise à l'autre*, op. cit., p.38

²⁶ *Ibid.*, p.38

²⁷ Rousseau D. *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, éd. Montchrestien, 2010, p. 548

²⁸ Rosanvallon P. *La contre-démocratie*, Paris, éd. du Seuil, 2006, p. 231 et s.

juridictionnelles. Mais plus encore que ces éléments, à la suite de Pasquale Pasquino²⁹, le recours à la figure du juge peut s'analyser à travers le prisme de la dialectique entre le principe majoritaire et l'identité du *demos*.

Nous l'avons vu, le fait que le principe majoritaire puisse être considéré comme la méthode de prise de décision la moins insatisfaisante n'épuise pas la question du caractère démocratique du commandement. La loi de la majorité semble ne pouvoir être démocratique que dans la mesure où elle se donne comme la loi de tous. Cette mutation de la loi de la majorité à la loi de tous passe par l'existence d'un *demos*, d'un « groupe qui peut être considéré comme suffisamment homogène consensuel »³⁰. L'acceptation par la minorité de la loi de la majorité, impose que « les membres du groupe se considèrent par essence égaux [...] et qu'il y ait une certaine conscience d'un « nous », d'une communauté de destin ». Cette dimension, au final intrinsèquement liée à la modernité démocratique, marquera les limites du vote majoritaire. Le maintien de l'unité politique du corps social semble impliquer que « certaines décisions ne doivent pas être laissées à la compétence illimitée de la majorité ». Il est peut être envisagé « des cas où l'on voudrait qu'une minorité, même très faible, puisse pouvoir bloquer la volonté de la majorité stricte »³¹. La délimitation exacte ne peut se faire dans l'abstrait mais, d'une manière générique, seraient ainsi visées les décisions qui mettent en péril la stabilité de l'organisation démocratique. Pour de tels cas, pourrait être démocratiquement envisageable le recours du principe de la majorité qualifiée ou encore de la médiation juridictionnelle. Le recours à de tels mécanismes pourra évidemment être envisagé pour la stabilisation du principe d'autonomie même, en garantissant le principe majoritaire comme méthode de décision ou encore les règles qui garantissent la réversibilité du vote ou qui pourront permettre que la minorité devienne un jour majorité, autrement dit, que le vote majoritaire ne puisse compromettre l'autonomie de la minorité. Mais cette stabilisation de l'organisation politique démocratique peut être envisagée dans une logique plus substantielle. Si le vote majoritaire s'impose ainsi comme un mode de résolution démocratique et pacifié des conflits qui naissent nécessairement de la vie en société, il pourra être envisagé des cas où il devient inopérant, et notamment lorsque qu'un conflit naît entre la majorité et la minorité sur des questions liées à l'identité ou l'existence du groupe minoritaire, les choix relatifs à « l'identité des individus ». Le recours au vote majoritaire strict ne pourra être qu'inopérant puisqu'il se structurera justement autour du clivage à résoudre, ne produisant alors aucun effet. Le défaut de résolution de ce conflit par le vote majoritaire sera envisagé comme un écueil parce qu'il mettra justement, nous dit Pasquale Pasquino, en « péril la coexistence au sein du groupe », la cohésion du *demos*, et ouvrirait la voie à « la guerre, la rébellion et la violence plutôt qu'à la paix et l'ordre ». Ainsi, comme mode de résolution du conflit, pourra être envisagé le recours à un tiers neutre et indépendant, le juge envisagé non pas comme la bouche de la loi, mais comme un arbitre entre deux parties. Si l'approche de Pasquale Pasquino pourra être discutée sur le point de la prétendue neutralité de l'arbitre, elle a ce mérite de mettre en relief la logique qui sous-tend cette assimilation de la loi de majorité à la loi de tous, notamment par les membres de la minorité.

Pour ces derniers, cette assimilation est bornée, il existe un seuil à partir duquel la loi de tous se transformerait, d'une certaine façon, en tyrannie de la majorité, à tout le moins, le présumé selon lequel cette loi est légitime serait remise en cause. Cependant, il semble que nous ne puissions déterminer ce qui fait le départ entre la loi de tous et la tyrannie de la majorité, si ce n'est que, dans une conception classique, ce défaut d'assimilation, et le recours à des mécanismes d'hétéronomies qui en résulte, seraient envisagés comme l'exception, le principe du caractère démocratique du vote de la majorité est maintenu. Par contraste, la figure du juge s'impose comme la voie de prédilection dans un contexte marqué par la remise en cause du *demos* au profit de la figure de l'individu, individu qui, par principe, n'assimilerait plus la loi de la majorité à la sienne propre.

²⁹ Pasquino P. *Voter et juger : la démocratie et les droits* in *L'architecture du droit - mélanges en l'honneur de Michel Troper*, éd. Economica, 2006, p. 775 et s.

³⁰ *Ibid.*, p. 778

³¹ Pfersmann O., *Principe majoritaire et démocratie juridique. A propos d'un argument de Kelsen revisité par Michel Troper* in *L'architecture du droit - mélanges en l'honneur de Michel Troper*, éd. Economica, 2006, p. 865 et s.

II – Le juge comme organe paradoxal de la postmodernité démocratique.

La montée en puissance du vecteur juridictionnel consécutive à l'exacerbation de l'autonomie de l'individu traduit la nécessité d'une nécessaire médiation « authentique » de cette autonomie. La réalisation de celle-ci ne s'inscrit pas dans une logique d'anarchisme idéal. Le recours au juge ne pourra a priori véritablement assurer la permanence de l'autonomie que si l'on admet une parfaite neutralité du juge ; parfaite neutralité largement éventée par les théories contemporaines sur l'office du juge, notamment par les théories de l'interprétation (A). Mais la figure du juge créateur semble paradoxalement, si elle est mise en relief au regard de ce qui a permis la pensée de l'autonomie de l'individu, pouvoir offrir des perspectives de renouvellement de l'idée même de démocratie (B).

A. La souveraineté de l'individu exposée à l'indétermination du droit.

Si nous nous en tenons à l'enseignement de Philippe Raynaud, la postmodernité a conduit à sortir de l'alternative entre la figure du juge proposée par les Anciens et celle proposée par les modernes, de « *l'opposition entre Aristote et Hobbes* »³². Dans les deux termes de l'alternative, la fonction de juger serait envisagée relativement à l'existence de la communauté. Dans la pensée des Anciens, la communauté existe et s'organise indépendamment de l'intervention de l'homme. L'harmonie du corps social, dont émanera le juste, s'imposera ainsi à l'organe juridictionnel, qui aura la charge d'arbitrer les litiges en tentant de rétablir l'équilibre perturbé par ces derniers. Dans cette perspective, le droit n'est pas affaire de volonté et le juge a essentiellement une fonction descriptive. La rupture moderne, en rendant pensable la reconstruction, par le truchement de la raison, du corps social, a conduit à une redéfinition de la fonction de juger. Puisque le foyer exclusif du droit sera le souverain constitué par le contrat social, le juge ne pourra être envisagé que comme son agent. C'est dans ce cadre de pensée que pourra être envisageable le mécanisme du syllogisme judiciaire. Mais ces figures du juge seront largement écornées par les théories contemporaines. Ces dernières seront marquées non pas par un retour à une certaine forme d'essentialisme du droit, mais à l'inverse par une accentuation de l'indétermination de celui-ci. A l'indétermination des valeurs, ces théories ajoutent une indétermination des textes de droit. Cette perspective est particulièrement aigüe dans les théories qui ont pris en compte le tournant herméneutique.

Comme nous l'enseigne Paul Amselek³³, la règle de droit appartient au monde de l'esprit, elle ne s'impose pas de l'extérieur. Ainsi la communication du vouloir du « jurislatureur » - entendu comme l'autorité chargée de poser, de mettre en vigueur des règles de droit - se fait toujours de manière médiate, par le truchement de signifiant, dont le texte constitue le moyen classique. Il reviendra au destinataire de la règle de passer du signifiant au signifié au moyen d'une opération d'interprétation qui, en droit, ne pourra être qu'une opération volontaire de reconstruction. L'interprétation juridique se distinguerait de l'interprétation théorique en ce sens qu'elle ne serait jamais une simple opération de connaissance. Pour les théoriciens de l'interprétation, il ne serait pas possible de faire coïncider, de manière exacte, un énoncé prescriptif avec un sens univoque, la signification de celui-ci étant strictement indéterminé. La signification de la règle de droit perd ainsi toute objectivité. Les valeurs qui ne pouvaient plus être déterminées par l'observation de la nature, ne sont plus déterminées par l'acte volontaire du souverain. Cela amènera à une redéfinition des foyers normatifs dont on trouvera une conception radicale dans l'approche développée par les théoriciens réalistes de l'interprétation, sur la base des travaux de Michel Troper. Si l'on prend au sérieux l'idée développée par les théoriciens de l'interprétation selon laquelle l'interprétation, comme acte de détermination du sens, est un acte de volonté, la définition kelsénienne de la norme, qui serait la signification objective d'un acte de volonté, ne peut plus être maintenue en l'état. La signification de l'énoncé produit par l'acte de volonté ne s'imposera pas d'elle-même. Si l'on s'en tient à la thèse réaliste de l'interprétation, l'objectivisation de la signification d'un énoncé ne se fera que lorsque interviendra l'interprétation

³² Raynaud P. *Le juge et le philosophe*, Domont, éd. Armand Colin, 2010, p 113 et s.

³³ Amselek P. *La teneur indéçise du droit* in *Le doute et le droit*, Paris, éd. Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994

arbitraire d'un organe authentique ; authenticité qui sera liée au fait que l'interprétation produira des effets dans l'ordre juridique. Ainsi, l'un des lieux privilégiés de l'interprétation authentique sera le cadre juridictionnel du règlement d'un contentieux. Le déplacement de la détermination objective du sens d'un énoncé entraînera dès lors le déplacement de la création de la norme. Le foyer normatif essentiel sera celui de l'interprétation authentique. Le pouvoir législatif ou le pouvoir constituant ne sera plus détenu, comme cela était envisagé classiquement, par les représentants ou plus généralement par le corps social, mais par les organes qui seront chargés d'appliquer les textes de loi ou encore la constitution.

Dans le cadre de cette pensée, l'idée que le juge puisse être le vecteur de l'exacerbation de l'autonomie de l'individu n'est guère tenable. L'intervention du juge entraînera nécessairement une certaine forme d'hétéronomie puisque l'individu verra sa volonté nécessairement biaisée par l'interprétation volontaire que ne pourra pas ne pas faire l'organe juridictionnel. Ainsi sera notamment battue en brèche l'analyse que Pierre Bouretz faisait de l'évolution actuelle du politique. Ce dernier, y verrait le terme d'un lent effritement de l'idée de souveraineté de l'Etat au profit d'une « *souveraineté du droit rendu à son sujet humain* »³⁴. L'approche ainsi proposée, permettrait, si l'on se réfère à l'analyse faite par Philippe Raynaud³⁵, d'envisager le juge comme cet acteur neutre de la souveraineté de l'individu, disant le droit non pas à la suite d'un acte de volonté mais bien d'un acte de connaissance, qui reposerait sur une objectivité si ce n'est des droits de l'homme, à tout le moins des textes les positivants. Ainsi l'adage hobbesien serait subverti ; ce ne serait plus l'autorité mais la vérité qui ferait la loi. Mais l'indétermination du droit conduit nécessairement à laisser sa détermination dans le registre de la volonté et non celui de la connaissance.

Cette analyse sera d'autant moins tenable si elle est mise en perspective avec la définition que donne Michel Troper de l'ordre juridique ; définition qui ne pourra que mettre en lumière de manière particulièrement intense le caractère hétéronome du vecteur juridictionnel. La redéfinition réaliste de la norme conduit nécessairement à appréhender l'ordre juridique dans une dimension renouvelée. Pour Kelsen, l'ordre juridique était essentiellement une hiérarchie envisagée dans une logique dynamique. Les normes étaient reliées entre elles, non par leur contenu, mais par le jeu de délégation de pouvoir. Ce qui fondait la validité de la norme était essentiellement le fait qu'elle ait été adoptée dans le respect d'une procédure prévue par la norme supérieure. Mais si la normativité ne s'envisage plus de manière descendante mais de manière ascendante, la définition kelsénienne ne tient plus. La hiérarchie des normes sera ainsi envisagée par Michel Troper non plus comme une réalité mais comme une donnée idéologique. Elle permettrait de camoufler le caractère arbitraire des décisions juridictionnelles. Cette idéologie se distinguerait cependant de son acception classique. Classiquement entendue, l'idéologie se caractérise par le fait de faire passer un jugement de valeur pour un fait ; ce genre de discours se retrouvant notamment dans le discours scientifique, qui consiste à faire passer pour scientifique ce qui ne relèvera au final que d'un positionnement politique. A l'inverse, l'idéologie normative se caractérisera par le fait qu'elle tend à faire passer pour un devoir-être, pour une obligation, ce qui ne sera qu'un rapport de force et « *à partir du moment, nous dira Michel Troper, où des volontés se déguisent en normes, se présentent comme un *sollen*, elles sont amenées à invoquer l'existence d'une hiérarchie des normes* »³⁶. Dans ce cadre, la dialectique kelsénienne entre système statique et système dynamique est profondément renouvelée. Ainsi, la décision du juge pourra s'envisager dans une logique dynamique dès lors qu'il la justifiera en invoquant le fait qu'il était habilité à la prendre et, à l'inverse, elle s'envisagera dans une perspective statique dès lors que l'argumentation sera envisagée en termes de déduction. L'ordre juridique pourrait ainsi être défini comme un système à la fois statique et dynamique, puisque les deux types de justification seront concurremment envisageables. Au regard de cette approche, l'exacerbation de la figure de l'individu pourrait se comprendre comme un renforcement du caractère statique de la justification des juges. Si le contenu primait désormais sur

³⁴ Bouretz P. *Souveraineté* in Duhamel O. et Meny Y. *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 993

³⁵ Raynaud P. *Le juge et le philosophe*, op. cit. p. 115

³⁶ Troper M. *Fondement du caractère obligatoire et problème de la causalité en droit international* in *Le problème du fondement de l'obligation en droit international - Deuxième rencontre de Reims du 23 et 24 mars* Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1974, p.48

la forme, cela se jouerait exclusivement au sein de la logique argumentative de l'interprète authentique. L'avènement d'une forme de rationalité axiologique fondée sur la figure de l'individu naturellement titulaire de droits résiderait ainsi, essentiellement, dans le renouvellement des ressources argumentatives des juridictions permettant de combler le décalage qui pourrait exister entre le pouvoir *réel* de l'organe authentique et son origine non électorale.

Mais, cette approche rendait au final parfaitement vaine toute recherche sur la mise en forme de l'autonomie, que ce soit au regard de l'évolution contemporaine ou envisagé de manière globale. Le fait que la décision du juge soit justifiée par référence à la décision souveraine du corps social ou sur la base des droits fondamentaux de l'individu ne change en rien la nature particulièrement hétéronome de ce pouvoir. Et l'idée même de démocratie ne s'apparenterait alors qu'à une sorte d'idéologie d'ensemble de l'organisation du politique. Mais, paradoxalement, la mise en lumière de l'indétermination du droit, et du pouvoir de l'organe d'application qui en découle, pourrait aussi s'envisager comme un champ de l'autonomie à investir.

B. L'indétermination du droit comme ressource du renouvellement du projet démocratique.

La déconstruction du caractère déterminé des normes qu'a permis le tournant herméneutique, s'il est mis en perspective avec ce que fut la finalité du projet de la modernité démocratique, pourrait pourtant s'analyser comme une ressource pour celui-ci. Nous l'avons vu, la modernité démocratique trouve sa source dans la révolution nominaliste et le renversement de la logique entre le sujet et la nature. La déconstruction des universaux, qui ne pourront plus être regardés comme des réalités essentielles, servira de ressource à l'autonomisation de l'individu. L'interprétation qu'en fera Hans Hahn laissera apparaître que « *le réalisme aristotélicien est un essentialisme voué à cacher la réalité derrière des formes imaginaires à des fins conservatrices, l'idéalisme occamien est un empirisme anti-métaphysique destiné à inviter les hommes à regarder le monde avec lucidité afin qu'ils en saisissent les sources de leur aliénation* »³⁷. Le nominalisme conduit ainsi à faire la part entre ce qui relève de l'être et ce qui relève du décidable, entre ce qui est déterminé et ce qui ne l'est pas. Dégagé du primat de l'être, l'homme ne pourra plus s'en remettre à l'observation de la nature, ou à celui qui prétend en connaître la signification, pour dégager le devoir-être, mais devra se faire acteur de sa propre création. C'est sur ces bases que sera envisagée la capacité de l'individu à se donner sa propre loi ; autonomie que les théoriciens modernes de la démocratie tenteront de rendre possible.

La perspective politique ainsi ouverte par le nominalisme pourrait, d'une certaine façon, se retrouver dans la continuité des théories de l'interprétation, non pas que ces dernières puissent être analysées comme des théories politiques mais que, en mettant en lumière l'indétermination du droit, elles permettent de renouveler la connaissance de la part entre ce qui relève de l'être et ce qui relève de la décision. Le droit, dans cette perspective, devra nécessairement s'envisager comme un ensemble ouvert où les normes, et les valeurs qui y sont attachés sont, en permanence, susceptibles d'être rediscutés et remises en cause. Celui qui fut considéré comme le souverain ne peut plus être considéré comme le foyer central suprême de la détermination des valeurs et du droit. Et dès lors, l'autonomisation de l'individu ne peut pas s'y épuiser. La recherche de la réalisation de l'autonomisation de l'individu ne pourra que nécessairement prendre en compte cette réalité. C'est en ce sens que les théories de l'interprétation peuvent se comprendre comme une ressource pour le projet démocratique. Elles auraient cette conséquence de mettre en lumière les lieux et les moments où se joueraient réellement, la définition des normes et, dès lors, des valeurs. Se pose alors la question de savoir comment, dans la perspective d'une telle réalité du pouvoir, pourrait être envisagée la possibilité d'une autonomisation de l'individu, qui ne pourra plus véritablement s'entendre comme sa capacité à se donner sa propre loi, mais plutôt comme sa capacité à influencer sur la détermination des normes.

³⁷ Viala A. *Philosophie du droit op. cit.*, p.42

L'un des éléments qui pourra permettre de l'envisager semble se loger dans la dialectique entre liberté juridique et liberté réelle de l'interprète authentique. Si les théories de l'interprétation amènent à considérer celui-ci comme juridiquement souverain, elles mettent aussi en lumière le fait qu'il ne peut pour autant laisser libre cours aux caprices de sa volonté. Les théories de l'interprétation se doublent de théories des contraintes qui pèsent sur l'interprète et qui conditionneront son libre arbitre. L'interprète authentique sera ainsi déterminé. Cette limitation de la souveraineté de l'interprète authentique se retrouve au cœur de la théorie de Dominique Rousseau sur la démocratie continue. Cette approche, qui prend en compte l'apport des théories de l'interprétation, propose d'envisager la détermination des normes dans le cadre de ce que Dominique Rousseau nomme un « régime d'énonciation concurrentiel des normes »³⁸. Entre les institutions participant à la détermination du droit s'établirait un rapport de force au sein duquel serait confrontée leur « prétention à la validité des significations »³⁹ qu'ils produisent par leurs interprétations respectives. Les institutions, et donc les juridictions, seraient, à ce titre, liées par deux types de contrainte si elles souhaitent voir reconnue leur qualité d'interprète légitime par les autres institutions concurrentes. Elles seraient, d'une part, liées par leur propre interprétation. Ainsi, notamment, les juridictions seront liées par leur jurisprudence antérieure. La justification de leur interprétation ne pourra « varier d'une décision à l'autre ; elles doivent respecter un rapport de cohérence et de continuité »⁴⁰. Dans cette logique, la fonction idéologique de la référence aux valeurs, telle qu'elle a été mise en lumière par Michel Troper, joue une fonction ambivalente. Si elle sert à essentiellement masquer un rapport de force, elle se présente aussi comme une limite à celui-ci. Si l'interprète authentique ne respectait pas un minimum de cohérence dans son discours de justification, la fonction idéologique que celui-ci remplit serait largement éventée. Les institutions seront, d'autre part, limitées par les interprétations produites par les autres acteurs. Ainsi, les juridictions ne pourront pas ne pas prendre en compte les interprétations produites par les juridictions supérieures mais aussi par les acteurs de la procédure juridictionnelle, les parties aux litiges notamment qui apporteront des interprétations qui leurs seront propres.

Dans cette logique, l'approche de Dominique Rousseau offre une vision renouvelée de la fonction de juger. Elle s'analyserait comme « la mise en œuvre d'une raison procédurale garantissant la circulation des arguments, évaluant leur rationalité et dégageant la signification d'un texte de la communauté des convictions subjectives des « parties » forgée par la discussion sur la prétention à la validité des significations concurrentes »⁴¹. C'est dans ce cadre que pourrait être envisagé le renouvellement de la mise en forme de l'individu. La détermination de la norme se jouerait dans « un espace constamment ouvert » au sein duquel pourrait se réaliser l'autonomie de l'individu. Cette dernière, dès lors, se comprendrait moins comme un acquis que comme un potentiel ; pour reprendre les termes utilisés par Eric Millard dans son analyse de la signification politique de la Théorie Réaliste de l'Interprétation, « à charge pour chacun, s'il le souhaite, pour celui qui le souhaite et pour ce qu'il souhaite, d'y être présent »⁴². A ce titre, la mise en place récente de la Question Prioritaire de Constitutionnalité pourrait s'envisager comme un mécanisme supplémentaire pouvant favoriser la mise en forme de l'autonomie.

Si la théorie de la démocratie continue peut s'envisager comme un renouvellement intéressant de la mise en forme de l'autonomie, elle repose cependant sur une ambiguïté. Cette approche repose sur la rationalité communicationnelle promue par Habermas, et qu'Olivier Cayla assimilera à une forme d'angélisme⁴³. Pour Habermas, la rationalité de la discussion repose sur le fait que les parties en présence recherchent l'entente ; elle nécessite que soit abandonnée la rationalité stratégique, en ce sens que les parties doivent renoncer à rechercher leur propre intérêt. Or, dans la cadre d'une procédure contentieuse, les parties ne peuvent raisonnablement être considérées comme désintéressées. Le juge

³⁸ Rousseau D. *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, éd. Montchrestien, 2010, 9^{ème} éd., p. 559

³⁹ *Ibid.* p. 561

⁴⁰ *Ibid.* p. 560

⁴¹ *Ibid.* p. 561

⁴² Millard E. *Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation* in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, éd. Economica, 2006, p. 734

⁴³ Cayla O. *L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas* in *Habermas et le droit*, Revue de droit public, 2007, n°6, p. 1541 et s.

aura toutefois un rôle de « *Tiers* » qui garantit la libre discussion obligeant « *les auteurs d'une loi à prendre au sérieux les critiques et propositions des adversaires et à défendre les prétentions à la validité de leur textes par des arguments qui fassent ressortir sur la place publique les raisons que l'on peut avoir de le soutenir* »⁴⁴. Mais du fait qu'une procédure juridictionnelle puisse garantir la rationalisation des argumentations produites, il n'est pas si évident que l'on puisse tirer la nécessaire rationalité de la décision de la formation de jugement. La fonction du juge ne se limite pas à celle d'arbitrage entre les parties, il est lui-même une des parties au « *régime d'énonciation concurrentiel des normes* », avec cette position particulière que ce sera lui qui tranchera au terme de la discussion. Il est difficilement envisageable que le juge puisse être considéré comme désintéressé. Même à l'inverse, si l'on se réfère à Paul Amssek⁴⁵, ce qui distinguera l'interprète authentique de l'interprète technique, ce sera son caractère intéressé. Tout l'enjeu, au final, de la question de la réalisation de l'autonomie de l'individu par le truchement des organes juridictionnels tournera autour de la question de savoir dans quelle mesure la participation du citoyen à ce « *régime d'énonciation concurrentiel des normes* » représente une contrainte nouvelle à l'organe authentique. Cependant, celui-ci représentera toujours un biais dans la mise en forme de l'autonomie de l'individu. Celle-ci, dans ce cadre de pensée, ne sera jamais réalisée de façon absolue, elle se comprendra plutôt comme une concrétisation continuellement à recommencer. Mais elle aurait pour pendant le fait que les normes et les valeurs restent continuellement ouvertes à la révision.

⁴⁴ Rousseau D. *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 561

⁴⁵ Amssek P. *La teneur indéfinie du droit*, op. cit., p.