

# LE JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LE SYSTÈME DE L'ÉTAT DE DROIT, DÉMOCRATIQUE ET LIBÉRAL

*Slobodan MILACIC*

Depuis le retour en force, pour ainsi dire historique, de l'État de droit, abouti au stade constitutionnel avec le néolibéralisme, la doctrine suit le mouvement des faits et des événements dominants en se focalisant sur le paradigme juridique, positiviste et libéral. Les libertés, notamment « fondamentales », c'est-à-dire individuelles, consacrées par la norme et garanties par le juge, finissent par éclipser l'intérêt pour la démocratie politique, impliquant le collectif et l'égalitaire, qui est, pourtant, la logistique structurelle ou systémique de l'État de droit libéral ; son autre profil – politique. Car, si le juge garantit la norme libérale, le système pluraliste, avec ses valeurs politiques propres et les mécanismes démocratiques qui les accompagne, garantit, lui, le respect des minorités politiques et l'indépendance des pouvoirs, contre-pouvoirs et, en particulier ici, du pouvoir juridictionnel. De ce fait, largement fusionnel (mais qui n'exclut pas, pour autant, les tensions, voire les conflits internes) entre le volet libéral du système, privilégiant la liberté par le droit, et le volet démocratique, prioritairement égalitaire et politique, naît la complexité du système de l'État de droit ; spontanément et communément perçu comme libéral, mais insuffisamment comme démocratique ! Or, les deux ordres hiérarchiques, celui des « valeurs communes » ou, plus généralement, des référentiels communs, d'une part, et celui des technologies, institutionnelles ou fonctionnelles de l'autre, s'articulent, voire s'interpénètrent, souvent et nécessairement ; ce qui rend la compréhension du système global, « juridico-politique » et « démocratico-libéral », plus difficile ; mais plus éclairante, nous semble-t-il ? L'ordre hiérarchique et les connotations fines des valeurs fondatrices et les préférences technologiques qui leurs correspondent de façon préférentielles varient, et trouvent leur solution systémique dans le compromis spatial et l'alternance temporelle. C'est-à-dire de façons variables selon les secteurs de l'espace thématique ou problématique et suivant les moments conjoncturels de la vie du système, le juridique sera privilégié au politique ou inversement ; l'impératif de liberté sera davantage pris en compte que le souci d'égalité, ou inversement. Dans le système de l'État de droit-démocratique, le politique donne une bonne marge de régulations souples, par les réajustements pragmatiques, sur le terrain de la négociation. Sinon, c'est au juge, très souvent, qu'il appartient d'opérer ces ajustements par le droit, de façon « ordinaire » ou régulière, et en dehors des « crises » ou des dysfonctionnements majeurs du système ; auquel cas c'est le politique qui revint et qui arbitre « en dernière instance ». En ayant recours à des instances politiques, moins médiatisées, ou plus proches du Souverain politique qui, en toute hypothèse a le pouvoir du dernier mot, en réformant ou en changeant la constitution.

Essayons de débroussailler cette complexité de notre modèle, en mettant à plat les principaux éléments des deux véritables « sous-systèmes », en articulation intime, voire en fusion<sup>1</sup>

## I.

### Un système fusionnel: juridique et politique **Le juge au carrefour, entre le droit et le politique**

Le système complexe de l'État de droit, qui ne se conçoit aujourd'hui que libéral et démocratique, doit d'abord être mis à plat, avant d'envisager plus spécifiquement la place du juge dans cet ensemble bien articulé du politique et du juridique.

---

<sup>1</sup>Pour une analyse plus systématique de l'idée, au-delà du juge, voir Slobodan Milacic, « L'éclipse de la démocratie ? » in Alain Delcamp, Anne-Marie Le Pourhiet, Bertrand Mathieu, Dominique Rousseau (eds.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Dalloz, 2010, pp. 123-140.

Pendant des décennies, sinon le siècle précédent, au moins, notre système, communément désigné aujourd'hui comme « État de droit », avait besoin d'une référence conceptuelle double pour être nommé. C'était, successivement, la « démocratie constitutionnelle », puis libérale, ensuite pluraliste, avant de devenir, avec le « néolibéralisme » et la « postmodernité », l'État de droit – démocratique et, enfin, seulement État de droit, comme seul référentiel systémique ; la démocratie devenant un simple « élément composant » de l'État de droit, qui va nécessairement avec, au point de croire que c'est l'État de droit qui porte la démocratie et non pas la démocratie qui est la logistique politique de l'État de droit ! En tout cas ils vont désormais ensemble, sans divorce possible. Pourtant, le langage plus ou moins « normalisé », a tendance à évacuer la démocratie politique au profit des libertés juridiques, plus ou moins « fondamentales », qui sont considérées comme l'alpha et l'oméga de notre système ; parfois, à ce titre caricaturé comme « droits de l'homme ». Il y a dans ce champ conceptuel – aussi une tendance à la pensée unique et, en tout cas, à l'explication simplifiée, refusant la complexité « juridico-politique » et « libérale-démocratique » au profit du monisme libéral ou juridique. Car, les normes sur les libertés, surtout lorsqu'elles sont privilégiées dans leurs portées individuelles de l' « homme » ou de la « personne », sont considérées, à la fois, comme des fondements et des finalités, du système, voire de la civilisation. Il est logique, dans cette hypothèse, de postuler que c'est le juge, le gardien des normes, et par conséquent, le gardien des libertés. En oubliant, à cette occasion, que lorsque les démocraties libérales étaient menacées, par des perversions internes ou agressions externes, le juge s'est toujours avéré comme impuissant pour sauvegarder le système, et parfois, aussi, comme « déloyal » au système, voire « traître » à la patrie... (comme quelquefois perçu sous Vichy, par exemple). Ces cas de figure n'ont pu se produire, tout simplement que parce que le juge n'avait ni la puissance, ni la légitimité politique pour agir efficacement en cas de ce type de crises systémiques ou même simplement politiques. Il a toujours dû se plier aux pouvoirs politiques dominants, dans ces cas extrêmes ; à la puissance « pure », sans légitimité ou à la légitimité politique beaucoup plus forte. C'est pourquoi il nous semble insuffisant d'affirmer, comme un leitmotiv, que « dans un État de droit », le juge est « le dernier bastion des libertés », c'est-à-dire du droit ou, du moins, de la « bonne gouvernance » alias application de la norme, en général.

Le modèle référentiel théorique de l'État de droit contemporain nous semble devoir tenir compte d'une réalité plus complexe, qui frappe dès que l'on met en évidence la composante politique, c'est-à-dire démocratique du système.

C'est, en effet, la démocratie politique, avec ses valeurs pluralistes et ses procédures de conciliation par la délibération, la négociation et le vote qui est à l'origine des normes juridiques, qui sont toujours et par hypothèse, des compromis politiques.

Si le juge est sensé garantir la norme, c'est le vote démocratique qui légitime substantiellement cette norme, et c'est la légitimité réelle, c'est-à-dire substantielle des compromis politiques que les normes expriment qui est à la base de la légitimité de l'État de droit et, finalement du juge lui-même. Dans ces conditions, si le juge est le garant juridique de la bonne application de la norme, la démocratie, en tant que système, est la garante politique du « bon juge » (à l'image de la « bonne gouvernance »), c'est-à-dire du juge politiquement indépendant, au service du système juridique et non pas des acteurs politiques. Mais, en aucune manière, cela ne veut pas dire que le juge ne doit pas évaluer le « contexte », politique par définition, avec son état de rapport de force qui, en démocratie se nomment rapports de légitimités-respectives. Le juge apprécie, dans ce cas, le sens précis de la légitimité ambiante (en cas de consensus), ou dominante, et son poids réel, en tant que qualité de l'impacte. Il recycle, en quelque sorte le fondement légitimant de la norme, ce qui, à certains égards, peut ressembler au travail électoral, qui fonde la légitimité originelle de la norme. Sauf que le juge fait, en partie, ce travail de façon « dérobée », ou discrète et « en miettes », si l'on peut dire, à travers ses « cas » et, surtout, les « décisions de principe », fondatrices des jurisprudences nouvelles.

D'ailleurs, il n'y a de juge indépendant, c'est-à-dire crédible, comme tel et efficace qu'en démocratie. Et encore... Le fameux « troisième pouvoir » ne finit pas de poser des problèmes, même dans les démocraties avancées, où l'on constate et déplore très souvent, soit des juges constitutionnels « timorés », souvent par appréhension de ne pas paraître « politisés » ou alors « activistes », qualificatif qui ne signifie pas seulement très actif, mais suggère et dénonce aussi son « interventionnisme » dans les

affaires des pouvoirs, c'est-à-dire du pouvoir politique ! Tout le monde gagnerait dans cette affaire si l'on pouvait faire admettre par les acteurs et même certains auteurs la nécessité et l'utilité pour le juge en démocratie d'enjamber le politique.

Le juge constitutionnel se trouve ainsi au croisement de ces deux paradigmes, juridique et politique. Sa place formelle dans le système s'insère dans la pyramide juridique des pouvoirs, au sein de laquelle il est le garant de l'ordre établi par le Droit positif, grâce à lui, non seulement « en vigueur » potentielle, mais en vie, au sens du « droit vivant » des italiens. Il a pour cela un pouvoir arbitral de sanction, et même parfois, comme en France, un pouvoir d'avis, celui du « conseiller du Prince », en quelque sorte. Mais le Droit constitutionnel n'est-il pas substantiellement politique, puisqu'il porte le statut du pouvoir politique dans la société étatique, nationale ou multinationale, politiquement intégrée au sein de l'État. Il s'agit pour lui, dans cette hypothèse, de garantir le respect des droits fondamentaux et de la séparation des pouvoirs. Dans les deux cas de figure, celui de la garantie des libertés et de la séparation des pouvoirs, il doit évaluer la situation politique du contexte dans le système, pour prendre en compte la perception réelle de la légitimité, en l'intégrant dans son interprétation du « sens » et de la « portée » de la règle formelle, mise en question. Il ne peut se contenter d'une linguistique juridique, d'une exégèse stricte quant au sens des mots ou même des prétentions doctrinales, souvent contradictoires, d'ailleurs, et évolutives. Le juge doit contextualiser son interprétation, c'est-à-dire politiser sa démarche, en se posant en permanence la question de légitimité, même si cela se passe de façon implicite, non avouée...

Notre histoire, c'est-à-dire de notre civilisation dans son ensemble, évolue selon un rythme « accéléré », comme on le révèle communément. Les contextes et les exigences de légitimité – aussi. Le fameux « droit vivant », donc aussi. Les constitutions changent et se réforment, pour y répondre. Mais, il s'agit – là de moments forts de l'histoire, des temps lourds de l'évolution ou de la mutation systémique et politique.

Entre ces temps forts politiques, qui marquent l'évolution du droit constitutionnel, à la suite de l'évolution du système ou du régime politique, se place le rôle du juge. Celui-ci, par sa jurisprudence, assure la vie du droit de façon souple, quotidienne et continue, grâce aux petites retouches ou adaptations auxquelles il procède, pas à pas, c'est-à-dire cas par cas. Il prend en compte les spécificités fines des drivers « cas d'espèce », mais aussi et nécessairement celles du contexte politique. Mais, si tel est le principe qui concerne le « pouvoir d'interprétation », c'est-à-dire de création du juge, des « revirements » ou des « virages » plus ou moins substantiels ou « radicaux » font aussi partie de l'exercice normal, légal et légitime, de l'exercice de la fonction jurisprudentielle. Au-delà de la norme particulière, objet du contentieux, le juge doit tenir compte de « l'esprit de la loi », c'est-à-dire du système juridique dans son ensemble ; non pas exclusivement tel que les travaux préparatoires des constituants originaires le dévoile, mais tel que les exigences des rapports de légitimité évolutive l'établissent et le recyclent, si l'on peut dire.

Le travail du juge est donc toujours, au moins en partie, un travail d'analyse politique du contexte, du régime ou du système dont il faut respecter l'esprit et ses évolutions.

« L'esprit de la loi » juridique doit être en harmonie avec l'esprit du régime constitutionnel et du système politique que la constitution exprime et sert. Ceci étant rappelé, il ne faut jamais oublier qu'aux fondements du Droit constitutionnel, au-delà du vote constituant, sont des compromis politiques, même s'il s'agit, au final, des accords consensuels et pas seulement majoritaires. Car, que dans le consensus, « flou » par définition, la différence – légitime au départ est « noyée » dans le contenu très générique du consensus. Il s'agit, en partie d'une apparence, car elle réapparaît au niveau de l'application et de l'interception de la norme formelle par divers acteurs réels, aux divers moments concrets. Le compromis est seulement moins transparent dans le consensus, qu'il ne faut jamais confondre avec l'unanimité. Car, précisément, pour les besoins de la cause consensuelle, on ne vote jamais ; pour ne pas faire apparaître la différence ! Cela donne au juge, comme aux autres pouvoirs et acteurs, une certaine souplesse d'interprétation, c'est-à-dire d'adaptation de la norme. Celle-ci se fait, nécessairement, en fonction des choix ou préjugés idéologiques ou évaluations politiques des interprètes des normes que sont naturellement les acteurs, sujets juridiques du système, c'est-à-dire principalement les pouvoirs, politiques.

Et juridictionnels, donc. En tout état de cause, le politique fait partie des substrats jurisprudentiels. Derrière les concepts ou les catégories juridiques « positives », se trouvent toujours des réalités politiques que le juge doit prendre en compte en tant que telles, en tant que rapports de légitimités, qui est le rapport de force par excellence, en démocratie, comme déjà rappelé.

Que le juge agisse en tant que « garant des droits fondamentaux » ou celui de « la séparation des pouvoirs », il arbitre, « globalement et en dernière instance » un rapport politique de puissance qui, en démocratie, se concrétise par le poids spécifique de la légitimité.

Ainsi, lorsqu'il s'agit des droits de l'homme, qui ont, dit-on, une légitimité « universelle » ou « naturelle », voire « rationnelle »: même en démocratie, au-delà d'un certain minimum « commun » ou « partagé », il y a des différences quant aux sens et portées que certaines constitutions et certains juges leurs donnent. D'où les dénonciations, par les instances internationales, de certaines lois constitutionnelles ou jurisprudences nationales.

Par exemple, les limitations plus ou moins sévères des libertés en cas de circonstances exceptionnelles, d'urgence ou de guerre peuvent beaucoup varier d'une constitution à l'autre, et surtout, d'une jurisprudence à l'autre, quant à la légalité, c'est-à-dire la légitimité de leur mise en application.

Le juge a donc un espace de manœuvre entre la norme formelle et les exigences du terrain, beaucoup plus ouvert à l'interprétation que le droit formel. Dans son « créneau » de possibilités, surtout s'il bénéficie lui-même d'une forte légitimité, il peut jouer le rôle de médiateur entre le droit virtuel et le terrain réel, sans aller jusqu'à se substituer au constituant ou empiéter sur son domaine, bien sûr. Mais la frontière est ici difficile à préciser a priori. Elle dépend essentiellement de la culture juridique et politique du système étatique.

Dans les pays anglo-saxons, avec la forte tradition du troisième pouvoir, c'est-à-dire de la légitimité du juge, celui-ci a pu être, grâce à sa jurisprudence, le promoteur efficace de substantielles évolutions constitutionnelles. Aux États-Unis, le politique est même davantage intégré dans le statut et le mode de fonctionnement du juge suprême, notamment. Les juges sont en général élus, quelles que soient les limites et les spécificités de l'usage du vote, dans ce cas de figure. La coutume constitutionnelle attribue régulièrement une certaine représentativité (sociale, ethnique, religieuse et même politique...) aux 9 juges de la Cour Suprême. C'est l'exemple du lien, si tenu soit-il, du juge avec la démocratie politique, en amont. Symétriquement, les juges tiennent ouvertement compte de l'évolution de l'opinion publique qui, il faut le dire, ne se présente pas de la même façon dans le système américain, par rapport au nôtre. En France, par exemple, la culture interdit au juge de travailler « sous la pression de l'opinion publique », sous entendu – politique. Aux États Unis, l'opinion publique a un sens et une portée différents. Pour des raisons complexes, liées au système et à la culture, longues à évoquer ici, l'opinion publique a un pouvoir de légitimation en bonne partie comparable à celui du corps électoral ! Le juge en tient compte d'autant plus confortablement.

Pour revenir à notre grille de lecture initiale du système bipolaire, juridique et politique, qui structure l'État de droit démocratique, les éventuelles discordances majeures entre les deux paradigmes sont réglées empiriquement, au cas par cas. Soit en laissant le dernier mot au droit jurisprudentiel, soit en ayant recours à une nouvelle norme, votée, pour « casser » la jurisprudence en vigueur. Avec, comme connotation, l'idée que les arbitrages les plus importants, les conflits les plus graves, doivent être sortis de la sphère interne du juridique pour être portés, de façon plus ou moins directe, devant le suffrage politique, souverain.

Souvent le « pouvoir du dernier mot » alterne, de façon équilibrée dans le temps et dans l'espace au sein des États de droit démocratiques. De façon structurelle et conjoncturelle; en surface et en profondeur. Le néolibéralisme marque, cependant, une réelle supériorité structurelle désormais, pour ne pas dire déséquilibre systémique, au profit du juridique et du juge, par conséquent. On peut alors légitimement se poser la question de savoir si ce système pourra s'installer dans l'histoire comme stable? Si la préférence donnée au libéralisme juridique sur le démocratism politique correspond à un mouvement profond de la culture politique et juridique de nos sociétés en mutation ou s'il s'agit, seulement d'une longue crise historique du système cherchant la solution par la promotion des valeurs et des technologies gouvernantes du Marché. En donnant, ainsi, le rôle prépondérant à l'économique sur le

politique et, par conséquent au libéral sur le démocratique, car le libéralisme fut d'abord économique, avant de devenir politique. Or, la *success story* de la démocratie libérale, alias pluraliste, s'explique histori-quement par ce jeu complexe et subtile entre le juridique et le politique qui exprime et dessert, au fond, le jeu des valeurs de liberté et d'égalité. C'est pourquoi il est insuffisant de définir le juge comme « garant des libertés », en oubliant son rôle du garant de la démocratie politique, par le contrôle de la séparation des pouvoirs et de leur équilibre, qui est « l'esprit-même de la constitution » libérale-démocratique.

L'articulation du juridique et du politique, au sein de notre système de l'État de droit, en « cache » une autre : celle des valeurs, principes ou idées préférentielles, qui, même lorsqu'elles paraissent comme des « références communes » (« patrimoine commun » des « valeurs partagées »), se séparent dans leurs connotation et leurs hiérarchisation.

## II

### La fusion substantielle entre le libéral et le démocratique **Le juge entre le libéralisme juridique et le démocratisme politique**

Dans un système où le juridique et le politique sont en étroite symbiose, il importe de rendre au juridique ce qui lui appartient, mais, en même temps, de mettre à jour la place du politique qui est la substance même du droit – constitutionnel – qui nous occupe ici<sup>2</sup>.

Le travail de dissection n'est pas aisé, cependant, car, si la norme constitutionnelle est toujours, en démocratie, l'expression d'un compromis négocié (même dans le cas du consensus, qui n'est pas l'unanimité spontanée !), le politique - démocratique a besoin de l'État de droit, qui pacifie et stabilise les rapports concurrentiels ou conflictuels<sup>3</sup> sur la base d'un régime de libertés, qui, elles, conditionnent en fait les légitimités politiques, réelle et sincère. Ainsi, les sujets, les acteurs et les règles du jeu sont ils protégés par le droit sur lequel se projette leurs légitimités. Il n'y a pas de droit légitimé, donc efficace, c'est-à-dire stable, que si le politique qui le crée (« produit », ou « fabrique ») est légitime, lui-même, dans son contenu, en tant que compromis substantiel que la norme est sensée exprimer.

Par conséquent, si les normes consacrant les libertés sont, dans un premier temps, directement protégées par le droit, c'est-à-dire le juge, le contenu « matériel » de la norme, lui, est garanti par le respect des procédures démocratiques de délibération pluraliste transparente et du vote politique libre et sincère, pour dire rapidement. Les libertés fondamentales, c'est-à-dire individuelles d'abord, sont garanties par le bon fonctionnement du système démocratique, fondé sur le respect de la minorité, qui s'appelle l'opposition ou pluralisme, par définition fragmenté et par vocation minoritaire.

Revenons un instant sur notre système étatique-global, composé de deux véritables « sous-systèmes », bien articulés et interdépendants, qui fonctionnent, d'une façon générale, en symbiose, plus ou moins « étroite ». À l'image d'un couple marié, ils ont une base consensuelle, historiquement construite, qui organise, par un pacte fondateur, leur synergie fonctionnelle et leur complémentarité technologique; plutôt juridique ou plutôt politique, mais puisant toujours au x deux technologies, bien que de façon inégale. Et, comme dans la vie d'un couple, contractuellement fondé par un accord de volontés, cela n'exclut pas les tensions, voire des conflits, pouvant aller jusqu'aux ruptures et les divorces... Ainsi,

---

<sup>2</sup> C'est le moment pour se souvenir de Léon Duguit qui, au début du siècle passé déjà, proposait pour notre discipline l'appellation « droit politique ». Il ironisait en disant que le droit constitutionnel était un droit innommé ; le seul droit innommé, en lui joignant le cas de l'URSS, seul État innommé... L'argument était clair: l'objet du droit constitutionnel c'est le statut juridique du pouvoir politique. Le statut des pouvoirs-séparés- dans leurs relations mutuelles et le statut du pouvoir politique face à la société civile ou citoyenne.

<sup>3</sup> Historiquement, par contre, l'État de droit n'a pas toujours eu besoin de démocratie. Le phénomène et le concept moderne sont nés en Allemagne, dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. C'était le cas des monarchies libérales qui « octroyaient », plus ou moins généreusement, les droits ou les libertés aux individus comme aux « pays », par les fameuses « chartes » royales; apparemment d'élaboration unilatérale, mais, en réalité plus profonde, mais masquée, résultat des pressions sociales libérales plus ou moins directes ou diffuses.

les deux piliers invoqués du système obéissent-ils à leurs exigences préférentielles propres, qui concernent aussi bien les valeurs que les techniques (les institutions ou les procédures qui les servent). Du côté libéral, c'est bien sûr la liberté, surtout individuelle; celle de « l'homme » ou de la « personne » qui en est le paradigme primordial. Comme l'homme n'est pas destiné à vivre sur une île déserte, mais en société, l'égalité en devient une valeur induite pour les libéraux, disons : reconnue et adoptée, à la fois, en tant que dignité, une valeur humaine intrinsèque, mais aussi comme une concession, nécessité ou utilité de la vie en société et, par conséquent, comme « l'autre » valeur fondatrice, à côté de la liberté ; seconde, en quelque sorte, mais pas secondaire. Ainsi se négocie, historiquement, le compromis systémique sur les valeurs fondatrices, pour que le « libéralisme sauvage » (qui écrase les faibles en favorisant la domination des « forts », qui n'ont pas de légitimité « proportionnelle », si l'on peut dire), ne rentre en conflit avec l'« égalitarisme libéricide », lorsqu'il n'est pas refreiné par le régime des libertés.

Cette préférence pour la liberté, fondatrice et finaliste, s'accompagne de la technologie juridique, sensée affirmer et garantir une valeur « naturelle et universelle », non négociable politiquement ! C'est pourquoi le libéralisme, comme idéologie, est attaché au droit, comme technologie primordiale du système et de la gouvernance ; plus qu'au vote politique, préférence des démocrates stricto sensu. Il va de soi, que cette séparation analytique, anatomique en quelque sorte, ne se retrouve pas à l'œil nu, dans le fonctionnement ordinaire, réel et factuel du système, puisque les technologies ou les procédures fonctionnelles, tout comme les valeurs fondatrices, sont largement intégrées au sein d'un consensus systémique, « commun » ou « partagé », ce qui ne permet pas de discerner d'emblée les connotations différentes des idées et des faits. Mais, précisément, inégalement partagés, au sein d'un consensus, par définition « mou », flou, voire ambigu. Cette ambiguïté est pour ainsi dire consubstantielle à la notion même du consensus et, en même temps, utile à la démocratie. Car, comme déjà rappelé, le consensus n'est pas l'unanimité, mais implique que les différences initiales sont « dépassables » pour les besoins de la cause consensuelle : systémique ou démocratique. Dans ses conditions une ambiguïté marginale favorise les compromis, et, au bout, la pacification : chacun des partenaires ou « associés-rivaux » escomptant pouvoir en tirer le meilleur bénéfice. Et c'est au juge de faire la part des choses, en interprétant le droit par rapport aux valeurs implicites impliquées par la norme et « actualisé » par le contexte.

La liberté, affirmée par la norme, et garantie par le juge, devient ainsi la Trinité paradigmatique du sous-système libéral de notre modèle global de l'État de droit. Le sous-système démocratique, qui s'est construit historiquement sur les bases libérales, plus ou moins installées ou institutionnalisées, a aussi sa cohérence propre qui s'articule sur le libéralisme plus ou moins « avancé ». Ceci, principalement grâce à l'installation progressive du suffrage universel, au service de l'égalité et, par conséquent, du politique, seul paradigme susceptible de fondement égalitaire<sup>4</sup>.

La trilogie démocratique est alors plutôt celle de l'égalité – d'abord, comme condition de la liberté réelle pour tous, au niveau de la hiérarchie des valeurs ; du politique ensuite, comme technologie institutionnelle privilégiée, c'est-à-dire du vote égal, notamment ; et enfin, de la majorité qui arbitre, plutôt que le juge ou, au-delà du juge, dans les cas de figures appropriés, ceux où le politique arbitre le juridique, au nom de sa proximité avec le Souverain. Avec, dans cette hypothèse, l'opposition comme instance politique d'appel, si l'on ose cette métaphore.

Ces deux sous-systèmes sont intimement articulés, voire intégrés, dans la vie réelle de l'État de droit, mais ils restent, néanmoins, analytiquement distincts et pertinents pour l'explication globale du système nommé l'État de droit, et sous entendu « démocratique et libéral » ; sans que, pour l'instant, il s'agisse d'une appellation tautologique ou pléonastique, comme on le soutiendra dans le prolongement de nos développements. Ainsi, nous pouvons mieux comprendre certains dysfonctionnements actuels du

---

<sup>4</sup> Qui ne peut être économique, culturel ou social.

système devenu très déséquilibré entre le libéral et le démocratique, c'est-à-dire entre le juridique et le politique. Le « néodémocratie » politique n'est pas venu rééquilibrer le néolibéralisme juridique<sup>5</sup>.

Ce nouveau déséquilibre est loin d'être innocent ; il perturbe gravement la question de la légitimité et, par conséquent le travail du juge qui, dans ses conditions sera poussé davantage vers la conjoncture et l'opinion publique, plutôt que sur la structure de l'opinion électorale ; en ayant tendance à confondre la légitimité, qui est exprimée par le Droit et la popularité, « révélée » par les sondages...

Au cours de la 2<sup>ème</sup> moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, l'équilibre entre les paradigmes libéral et démocratique était plutôt inversé: la démocratie « sociale », « chrétienne » ou même « libérale » a fonctionné sur la base de la prévalence démocratique, c'est-à-dire politique. Le législateur ou le constituant étaient toujours et spontanément prévalents dans l'interprétation c'est-à-dire création des normes. Le juge constitutionnel n'était pas alors une institution ou même une idée aussi prépondérante. Les Parlements, fabricants par excellence de normes juridiques étaient juges et parties; les interprètes les plus autorisés des lois et de leurs constitutionnalité. Les choses ont substantiellement changé depuis, au profit du droit et de son interprète souverain – le juge. Dans la vie « ordinaire » du système, désormais, le pouvoir du dernier mot appartient plutôt au droit et au juge qu'au politique et à l'arbitrage électoral ou aux instances politiques. Mais le balancement entre les référentiels demeurent.

Avant le néolibéralisme pénétrant, depuis les années 1970, on considérait comme seul légitime, en dernière instance et pour les conflits importants, l'arbitrage politique par le vote portant création, suppression ou réforme de la norme ; dès que la question atteignait un certain seuil de gravité, générale ou nationale, donc.

Sous le néolibéralisme, on a tendance à s'arrêter beaucoup plus souvent à la « dernière instance » - juridique, comme interprétation souveraine, sans remettre en cause facilement le droit positif et sa légitimité politique, postulée. Or, la légitimité globale ou décisive dans notre État de droit est double : à la fois politique et juridique. Elle est dans le respect du droit en vigueur et de ses procédures, mais aussi dans leur contenu et son esprit. Mais elle est aussi et surtout dans la substance normative, dans son contenu matériel, c'est-à-dire politique, interprété comme un compromis entre les valeurs, les idées et les intérêts différents, concurrents ou opposés.

C'est pourquoi, dans la doctrine, comme dans la vie politique, on observe une grande oscillation et un réel flottement dans le choix des repères fondamentaux entre la norme juridique ou le vote politique. On constate fréquemment une variation, voire une réelle instabilité des repères majeurs de la légitimité dans les travaux, comme dans la vie courante, pour évaluer la légitimité des choses, des situations ou des actes. Soit on s'arrête au constat de la constitutionnalité, en droit positif, soit on cherche au-delà du droit une légitimité politique, électoral ou autre, en dépassant l'argument du droit positif. Dans cet ordre des choses il faut rappeler que les constitutions néolibérales elles-mêmes se sont généralement dotées de deux gardiens : le juge et le chef d'État. L'un, gardien « juridico-politique », et l'autre « politico-juridique », si l'on accepte ce langage composite...

Il n'y a pas, comme déjà rappelé, d'État de droit « réel » ou « vivant » sans démocratie<sup>6</sup> ni, a fortiori, de démocratie sans État de droit. C'est pourquoi une théorie réaliste de l'État de droit doit intégrer cette souplesse, inhérente à un certain relativisme empiriste qui donne une large place au pragmatisme, pour mieux comprendre et admettre le mode de fonctionnement réel du système. La théorie juridique de l'État de droit devrait davantage prendre conscience et plus facilement admettre, c'est-à-dire légitimer scientifiquement le paradigme de la démocratie politique, avec une marge de souplesse indispensable pour toute approche réaliste qui, ici, implique une hiérarchisation mobile des paradigmes

---

<sup>5</sup> Pour les développements plus amples sur l'idée invoquée, voir « Faut-il réinventer la démocratie ? Du « néodémocratie » pour rééquilibrer le néolibéralisme. », in *Revue hellénique des droits de l'homme*, n°27, Athènes, éd. Ant. N. Sakkoulas et Bruxelles, éd. Bruylant, 2005.

<sup>6</sup> Aujourd'hui, car, historiquement ce fut possible, mais avec moins d'ambition et plus difficilement ; sans garantie politique, mais avec seulement un « paternalisme arraché » et pour des périodes incertaines. La garantie politique, structurelle ou systémique, n'existait pas encore.

idéologiques (liberté et égalité) et technologiques (l'arbitrage juridictionnel ou électoral) et de ce fait induit une vision moins dogmatique du juge.

**Judecătorul constituțional în sistemul statului de drept, democratic și liberal: între juridic și politic**  
*Rezumat*

*După revenirea în forță, am putea-o numi istorică, a statului de drept, ajunsă astăzi la stadiul constituțional, în condițiile neoliberalismului, doctrina urmează fluxul faptelor și evenimentelor noi, focalizându-se asupra paradigmei juridice, pozitivistice și liberale. Libertățile - în primul rând «fundamentale», adică individuale – consacrate de normă și garantate de judecător, sfârșesc prin a eclipsa interesul față de democrația politică. Aceasta din urmă, implicând elementul colectiv și egalitar, este, totuși, logica structurală sau sistemică a statului liberal de drept, celălalt profil al său – cel politic. Juridicul și politicul sunt cele două profile ale sistemului nostru: primul este formal și, într-un fel, tehnologic; celălalt este material sau substanțial. Judecătorul garantează norma liberală, iar sistemul pluralist – cu valorile sale politice proprii și cu mecanismele democratice care le însoțesc – garantează « restul», ceea ce înseamnă foarte mult, pentru că este implicată însăși structura sistemului politic sub auspiciile căruia este elaborat dreptul ce garantează respectul față de diferență, respectul față de minoritățile politice și, în final, față de individ.*