

# La conception dworkinienne de la démocratie et ses critiques

Jean-Fabien SPITZ

RÉSUMÉ. — Le fondationnalisme de Ronald Dworkin définit la démocratie moins par la nature de ses procédures de décision que par l'aptitude de celles-ci à traiter tous les citoyens avec un respect et une attention égaux. Cette définition le conduit à concevoir le rôle de la Cour suprême américaine comme un exercice de raison judiciaire consistant à isoler la meilleure acception des principes abstraits qui, dans la constitution, définissent ce principe de l'égalité de respect. À l'inverse, les critiques de Dworkin ont tenté de réhabiliter une définition procédurale de la démocratie et de montrer les inconvénients de l'approche fondationnaliste pour la bonne santé des mécanismes d'autogouvernement.

Le rôle joué par les juges dans le fonctionnement de la république américaine alimente depuis près de deux siècles un débat de fond sur la nature de la démocratie et en particulier sur la place qui doit y revenir respectivement aux organes élus représentant la volonté de la majorité des citoyens et à des institutions non élues – comme la cour suprême – qui paraissent parfois s'arroger le privilège exorbitant d'invalider les décisions et les volontés des représentants du peuple.

Ce débat est multiforme et proliférant. Il ne s'agit donc pas de retracer ici l'ensemble de ses composantes mais seulement d'envisager l'une de ses formes actuelles, celle qui se noue autour de la « conception constitutionnelle de la démocratie » proposée par Ronald Dworkin. La discussion provoquée par la manière dont Dworkin conçoit le rôle démocratique du judiciaire permet en effet une clarification conceptuelle passionnante sur la nature de la démocratie en cette fin de millénaire.

## I. — DWORKIN ET LA DÉMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE

Le point de départ de Dworkin est ce qu'il considère comme la conception la plus courante d'un régime démocratique<sup>1</sup>. Selon lui, cette conception commune met l'accent

<sup>1</sup> R. Dworkin, « The moral reading and the majoritarian premise », in *Freedom's Law*, Harvard, 1996, p. 12-19 ; Dworkin, « What is equality » Part IV, Political equality (1988), in *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, Harvard, 2000, p. 184-200 ; Dworkin, « Equality, Democracy and Constitution, We The people in Court », *Alberta Law* [p. 285-302] J.-F. SPITZ *Arch. phil. droit* 45 (2001)

sur deux idées centrales : tout d'abord, elle soutient que le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par la cour suprême est en contradiction avec la liberté parce qu'il réduit à néant le principe qui exige que, en démocratie, le peuple se gouverne lui-même. Et, en second lieu, elle affirme que les décisions collectives ne peuvent posséder un caractère démocratique que si elles reflètent les préférences de la majorité et si elles ont été prises dans des conditions telles que chacun ait pu peser d'un poids *égal* sur ces décisions.

Dworkin pense que, en dépit de son évidence apparente, la première idée repose sur une confusion pure et simple. En quel sens faut-il en effet comprendre le principe de l'auto-gouvernement et la thèse selon laquelle on ne peut être libre que si l'on se gouverne soi-même ? Ce gouvernement de soi par soi ne peut en aucun cas être celui de l'individu, car cela n'aurait aucun sens aujourd'hui de prétendre que nous sommes libres parce que nous n'obéissons qu'à des lois que nous avons nous-mêmes voulues. La réalité est tout autre, puisque, en tant que citoyens d'États de grande dimension, nous sommes assujettis à des lois voulues par un corps très nombreux dont nous ne sommes qu'une infime partie.

L'auto-gouvernement dont il est question ici ne peut donc être que celui d'un *peuple* se gouvernant lui-même. Mais pour qu'il y ait un peuple se gouvernant lui-même, il faut que ce peuple soit, par rapport à ses membres, comme une totalité envers les actions de laquelle ceux-ci se sentent engagés<sup>2</sup>. À son tour, un tel engagement moral des membres vis à vis des décisions du corps – qui fait que chacun peut considérer la décision collective comme émanant de lui-même s'il ne l'a pas personnellement approuvée – ne peut exister que si le corps respecte l'indépendance morale des membres, s'il s'abstient de prendre des décisions sur des questions relevant de finalités éthiques, s'il accorde à tous le droit de parler et d'exprimer son opinion, s'il traite tous les membres avec un respect égal. Dès lors, dit Dworkin, il apparaît que l'existence même du peuple qui peut être libre de se gouverner lui-même requiert que la majorité ne soit pas toute-puissante<sup>3</sup>. Le contrôle de constitutionnalité, qui veille au respect de l'indépendance morale de l'individu, est à cet égard indispensable à l'auto-gouvernement, puisqu'il est indispensable à la réalité même du peuple qui pourrait se gouverner lui-même. Il est donc absurde d'affirmer qu'il y a une contradiction entre la liberté et le contrôle de constitutionnalité puisque ce dernier est indispensable à la liberté au seul sens où cette notion peut être prise ici.

Quant à la seconde idée, elle est tout aussi confuse. Que peut en effet signifier l'affirmation selon laquelle tous les citoyens doivent peser d'un poids égal ? S'agit-il d'une égalité d'impact, qui signifierait que chacun, pris isolément, doit peser d'un poids égal ? Ou bien s'agit-il d'une égalité d'influence, qui signifie que chacun exerce la même influence finale sur la décision ?<sup>4</sup>

L'égalité d'impact apparaît comme un idéal difficilement réalisable. Elle est impossible sur l'axe vertical, c'est-à-dire entre gouvernants et gouvernés, puisque ceux qui exercent des responsabilités ont évidemment un impact plus grand sur le processus de

*Review*, vol. XXVIII-2 (1990), p. 324-333 ; Dworkin, « Constitutionalism and Democracy », *European Journal of Philosophy*, n° III-2 (1995) ; Dworkin, « The partnership conception of democracy », *California Law Review*, 86 (1998).

<sup>2</sup> Dworkin, « Equality, Democracy and Constitution », *loc. cit.*, p. 335-337.

<sup>3</sup> Dworkin, « What is equality », Part IV, *loc. cit.*, p. 202-203.

<sup>4</sup> Dworkin, « Equality, democracy and Constitution », *loc. cit.*, p. 332-333.

décision que les simples citoyens. Mais si on en restreint le sens à une égalité horizontale d'impact entre tous les citoyens, en excluant donc le poids spécifique des gouvernants, il s'agit alors d'un idéal beaucoup trop pauvre, qui va permettre de qualifier comme démocratiques des régimes qui n'ont évidemment pas cette qualité bien que les citoyens y pèsent tous d'un poids égal. On pourrait en effet parfaitement imaginer un régime politique où l'ensemble des décisions serait à la discrétion d'un groupe restreint de gouvernants, tandis que tous les autres citoyens auraient le même impact, c'est-à-dire aucun. S'agirait-il d'une démocratie ?

Quant à l'égalité d'influence, elle est certes réalisable, mais il suffit de l'énoncer pour comprendre que ce n'est pas un idéal souhaitable : il est sain que des individus plus compétents ou qui ont consacré plus de temps à faire partager leurs opinions par leurs concitoyens exercent une influence plus grande sur la décision collective que ceux qui n'y prêtent qu'une attention distraite et passagère. L'inégalité d'influence n'est donc pas condamnable en elle-même, puisqu'elle est parfaitement normale dans un pays où il existe un débat, et où ceux qui connaissent mieux les questions en discussion exercent une influence plus grande que ceux qui sont totalement ignorants. Pour égaliser les influences, il faudrait au demeurant empêcher tout débat démocratique ; il faudrait empêcher les gens de parler librement et de consacrer la part de revenus qu'ils veulent à la politique ; il faudrait aussi les empêcher de vivre comme ils l'entendent, par exemple comme des militants qui consacrent la totalité de leurs ressources à des activités politiques destinées à faire partager leur point de vue à leurs concitoyens. Pour rendre les influences égales, il faudrait donc traiter les individus avec un respect inégal et discriminer ceux qui souhaitent consacrer leur existence à influencer les autres et à leur faire partager leurs idéaux. Conclusion pour le moins paradoxale<sup>5</sup>.

En revanche, dit Dworkin, il y a effectivement lieu d'être préoccupé si cette influence supérieure résulte de causes elles-mêmes injustes, par exemple l'inégalité des richesses ou les préjugés sexistes qui empêchent les femmes d'exercer la même influence sur les décisions politiques que les hommes<sup>6</sup>. Mais cela n'a rien à voir avec le fait que, là où les ressources seraient égales, chacun devrait avoir la liberté d'employer ce qui lui revient à influencer les autres.

La critique de ces deux idées conduit Dworkin à une conclusion simple : un régime politique n'est pas démocratique parce que les individus s'y gouvernent eux-mêmes, et une telle notion est entièrement dépourvue de sens à l'époque moderne. Il n'est pas non plus démocratique parce que le peuple s'y gouverne lui-même sans subir aucune entrave de la part d'une cour constitutionnelle, puisque la notion même de peuple suppose le respect de l'indépendance morale des individus, laquelle suppose à son tour que la majorité ne puisse pas faire tout ce qu'elle veut<sup>7</sup>. Enfin, un régime n'est pas non plus démocratique parce que les individus y pèsent d'un poids égal ou y exercent une influence égale sur les décisions collectives, puisque cette manière d'être égaux est ou bien irréalisable ou bien en contradiction avec ce que nous savons d'un régime démocratique où,

<sup>5</sup> Dworkin, « What is equality », Part IV, *loc. cit.*, p. 191-199.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, tr. fr., Paris, 1995, p. 296-297.

manifestement, il est sain et normal que les influences de tous ne soient pas identiques<sup>8</sup>.

Dès lors, qu'est ce qui fonde le caractère démocratique d'un régime politique ? D'après Dworkin, c'est le fait que les décisions collectives traitent l'ensemble des citoyens avec un respect égal, en leur accordant une attention égale, sans considérer qu'aucun d'entre eux ait une importance ou une valeur moindre que les autres<sup>9</sup>. Il ne s'agit donc pas tant de savoir *qui* détient le pouvoir ou si celui-ci est également réparti entre tous, mais uniquement de considérer la substance des décisions pour dire si elles sont « égalitaires » au sens de l'égalité de respect et d'attention. Le caractère démocratique d'une décision s'évalue à l'aune de sa substance et de ses résultats, non de la procédure qui a été suivie pour y parvenir.

Dworkin souligne que dans certains cas – lorsque les questions de principe ne sont pas en jeu et qu'il s'agit seulement de maximiser la satisfaction des préférences dans l'ensemble social – traiter les individus avec un respect égal requiert du gouvernement qu'il accorde effectivement un poids égal à chacun d'entre eux. En revanche, lorsque des questions de principe sont en jeu, c'est-à-dire lorsqu'une décision est potentiellement discriminatoire envers l'un des divers modes de vie ou l'une des valeurs qui ont cours dans la société, le gouvernement ne pourra pas accorder un poids égal à chacun sans prendre le risque de voir la majorité faire prévaloir ses propres jugements de valeur aux dépens de la minorité<sup>10</sup>. Dans ce genre de questions – dans lesquelles les décisions ne doivent donc pas être sensibles aux choix des individus – le fait de suivre une procédure accordant un poids égal à tous risquerait d'aboutir à des décisions injustes, en sorte qu'il est alors impératif que la majorité soit impuissante à imposer ses propres valeurs aux individus dissidents.

Il y a donc un critère de justice indépendant des procédures, et celles-ci ne sont démocratiques que dans la mesure où elles sont capables de conduire à des décisions conformes à ce critère indépendant de justice que Dworkin qualifie de « principe égalitariste abstrait »<sup>11</sup>. Un tel critère a évidemment besoin d'être interprété, mais il est impossible qu'il le soit par les instances représentant la volonté majoritaire car, dans cette hypothèse, il reviendrait aux instances représentatives de la volonté majoritaire d'interpréter la norme indépendante qui doit limiter cette même volonté. Or, si c'est le cas, il n'y a plus de critère indépendant, et la thèse selon laquelle le pouvoir politique doit être limité non seulement par la loi mais par des principes abstraits est purement et simplement niée.

Dans la conception dworkinienne, c'est donc à la cour suprême qu'il appartient d'interpréter les principes abstraits limitant la compétence des assemblées législatives. C'est elle qui est chargée d'en rechercher la meilleure acception, celle qui parvient le mieux à traiter les individus avec un respect égal. La question qu'elle s'attache à résoudre est une question d'ordre juridique et intellectuel, et son rôle n'est pas de trancher ou de

<sup>8</sup> R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 158-159.

<sup>9</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford, 1985, p. 205.

<sup>10</sup> R. Dworkin, « Rights as trumps », in J. Waldron, *Theories of rights*, Oxford, 1984, p. 153-167 ; *A Matter of Principle*, op. cit., p. 197-8.

<sup>11</sup> R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 375-379 ; cf. aussi Dworkin, « Do liberty and equality conflict ? » in P. Barker, ed., *Living as equals*, Oxford, 1996, p. 43-44. Sur ce sujet, cf. S. Guest, *Ronald Dworkin*, Edimbourg, 1997, chap. 9.

décider, mais de *découvrir* si une décision collective est conforme ou non au principe qui veut que tous les citoyens soient traités avec un respect et une attention égaux.

Dans cette entreprise de recherche et de découverte, dit Dworkin, la cour n'est certes pas infaillible, pas plus qu'aucune autre instance représentative ne pourrait l'être. Mais l'histoire et l'expérience nous enseignent que les juges sont mieux placés que quiconque pour se livrer à ce genre d'exercice, parce qu'ils sont plus à l'abri des erreurs que ne le seraient des assemblées législatives. Les juges sont en effet relativement immunisés contre les pressions de l'opinion publique ; ils n'ont pas à se soucier de leur réélection ; le destin de leur propre position n'est pas lié à celui de la décision qu'ils prennent ; les considérations de fond avec lesquelles ils motivent leurs arrêts sont mieux en mesure qu'une décision législative de faire apparaître les enjeux, et en particulier de concentrer le débat sur la question de l'égalité de respect. En ce sens, la cour suprême et le contrôle de constitutionnalité sont une procédure bien adaptée pour augmenter la probabilité d'arriver à des solutions « correctes » dans l'interprétation des principes abstraits <sup>12</sup>.

Dès lors, si l'expérience confirme que des procédures « inégalitaires » sont mieux à même de produire des résultats justes que des procédures apparemment égalitaires et « démocratiques », on est en droit d'en conclure que la démocratie est bel et bien protégée et accrue par ces procédures « inégalitaires ». C'est le cas, par exemple, lorsque la cour invalide une disposition législative qui interdit de brûler le drapeau américain en public ; cette décision, qui peut apparaître comme un déni opposé à l'opinion majoritaire, permet que les citoyens soient traités comme des égaux en veillant à ce que les valeurs de ceux qui s'opposent au nationalisme et à la guerre ne soient ni méprisées ni interdites, malgré l'opinion défavorable et les valeurs contraires de la majorité. Il n'y a donc pas d'incompatibilité entre le contrôle de constitutionnalité ainsi compris et la démocratie puisque, lorsque la cour invalide des lois qui traitent les individus de manière discriminatoire, la démocratie y gagne.

Le respect égal accordé à chacun résume ce que Dworkin appelle les « conditions démocratiques », c'est-à-dire les conditions de respect de l'indépendance morale des individus auxquelles doit satisfaire une décision collective pour mériter le qualificatif de « démocratique » <sup>13</sup>. Un régime démocratique est donc un régime qui traite tous les citoyens avec un respect égal. Or, définie en ces termes, la démocratie est un régime procéduralement incomplet parce que cette définition ne permet pas de dire quelles sont les procédures qu'il convient de suivre pour arriver à un pareil résultat. La démocratie ne requiert donc des procédures majoritaires que dans les cas où la mise en œuvre de ces dernières sera le meilleur moyen de traiter tous les individus avec respect ; à l'inverse, elle requiert elle-même des procédures non majoritaires dans toutes les circonstances où celles-ci seront plus susceptibles d'aboutir à des résultats satisfaisant à la condition d'égal respect que les procédures majoritaires. Ce sera le cas, en particulier, des questions où les préjugés de la majorité risquent de conduire à des décisions discriminatoires pour les adeptes de modes de vie et de valeurs minoritaires.

Les motifs qui incitent à soustraire la définition des conditions démocratiques de l'indépendance morale des citoyens à la compétence des assemblées représentatives élues sont donc très puissants, et ils s'appuient sur une raison qui paraît absolument sans

<sup>12</sup> R. Dworkin, « The moral reading and the majoritarian premise », *loc. cit.*, p. 32-33.

<sup>13</sup> R. Dworkin, « What is equality », Part IV, *loc. cit.* p. 208-210.

appel. Définir les conditions démocratiques, c'est en effet juger une procédure pour dire si les résultats auxquels elle parvient satisfont aux exigences du principe égalitariste abstrait<sup>14</sup>. Dès lors, prétendre que la volonté majoritaire doit juger de cela, ce serait affirmer que l'on connaît la réponse à la question avant même de l'avoir posée, et que la volonté majoritaire est, avant enquête, la procédure la mieux à même de respecter l'indépendance morale de tous. On voit, dit Dworkin, qu'il est absolument impossible, même d'un point de vue purement logique, de demander à la majorité de dire si la procédure majoritaire est démocratique<sup>15</sup>.

On peut également remarquer la vanité de l'entreprise qui consisterait à limiter la compétence de la cour à la surveillance des conditions d'ouverture du débat démocratique. Cette idée très classique voudrait que la cour ne se prononce pas sur le fond des décisions prises par les assemblées représentatives, mais qu'elle se contente de veiller à la forme du débat en garantissant que tous y aient un accès libre et égal<sup>16</sup>. Mais une telle distinction se heurte à une objection décisive. Si la démocratie doit être comprise comme un régime qui traite les individus d'une certaine façon – c'est-à-dire avec un respect égal – cette condition se manifeste aussi dans la manière même dont le débat va se dérouler. Les questions de liberté d'expression ne peuvent donc être des questions purement formelles puisque toute restriction apportée à la liberté d'expression d'une opinion engage la question de savoir si cette restriction traite les partisans de l'opinion en question avec un respect égal. Lorsqu'on interdit à quelqu'un de s'exprimer d'une certaine manière, il est impossible d'apprécier cette interdiction sans se prononcer sur la question de savoir si elle traite la personne en question avec un respect égal.

La démocratie est donc bien définie comme un régime qui traite les individus d'une certaine manière et non pas comme un régime qui définit les procédures indiquant comment vont être prises les décisions portant sur la manière dont il convient de traiter les individus. Dès lors, il est tout simplement impossible de définir la démocratie par des procédures et en affirmant que, quels que soient les résultats de ces procédures, ils seront justes parce qu'ils ont été obtenus dans des conditions « démocratiques ». Aucune procédure ne peut être jugée indépendamment des résultats auxquels elle conduit.

La conclusion fondationnaliste paraît donc bien imparable : la démocratie est un régime où l'on met en place des procédures qui sont justifiées parce qu'elles sont susceptibles de parvenir à des résultats aussi justes que possible. Mais les procédures ne sont jamais démocratiques par elles-mêmes, car ce caractère ne peut leur être attribué qu'en fonction de leurs résultats. Il n'est tout simplement pas possible de dire que tous les citoyens doivent considérer les lois votées par les assemblées législatives comme émanant d'eux sous prétexte qu'elles ont été votées dans un contexte de débat politique parfaitement ouvert et sans aucune restriction. Le constitutionnalisme, c'est-à-dire l'effort pour placer le gouvernement sous l'autorité de la raison exprimée dans le droit, signifie inévitablement l'établissement de premiers principes normatifs qui sont à la fois non négociables, non soumis à discussion et concrètement intelligibles. Ce sont eux qui jugent les procédures et non l'inverse.

<sup>14</sup> Cf. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 204-205, 226-7.

<sup>15</sup> Sur ce point, cf. F. I. Michelman, *Brennan and Democracy*, Princeton, 1999, p. 34.

<sup>16</sup> Cf. J. Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review*, Harvard, 1980.

D'après Dworkin, cela ne signifie cependant pas qu'il y a une contradiction entre l'auto-gouvernement et ces normes substantielles limitant la mesure dans laquelle la majorité peut se gouverner elle-même. Un tel gouvernement de soi par soi ne requiert en effet nullement que l'on prenne soi-même les décisions – chose qui est au demeurant pratiquement inaccessible dans les démocraties modernes. Il requiert seulement que les citoyens reconnaissent la légitimité du système grâce auquel ces décisions sont prises et qu'ils se reconnaissent comme obligés par les résultats qu'il produit. L'obligation qui nous lie à un système politique est donc fondée non pas sur notre capacité à le contrôler effectivement, mais sur sa justice, c'est-à-dire sur la conformité que nous lui reconnaissons avec ce que nous considérons comme les principes fondamentaux d'un régime politique qui traite tous les citoyens avec un respect égal. Pour les citoyens, la liberté, prise en ce sens, peut donc signifier qu'ils se plient volontairement à un système juste, ce qui est un bon équivalent fonctionnel au fait de se gouverner soi-même.

Aux États-Unis, les citoyens se sentent engagés moralement à conformer leurs actions à un système de lois contrôlées par le judiciaire, mais ce n'est pas parce qu'ils considèrent que la cour suprême a toujours interprété les principes fondamentaux d'une manière qui est exempte de défauts. Plus modestement, ils sont en accord avec les principes, et ils s'accordent pour dire que le contrôle de constitutionnalité est le meilleur moyen de les interpréter avec le minimum de risques d'erreur. Beaucoup sont en désaccord sur le *contenu* de certains arrêts rendus par la cour, mais le fait qu'il n'y ait pas de procédure susceptible d'être plus équitable suffit pour que, dans leur très grande majorité, ils acceptent de considérer qu'ils ont une obligation de s'y plier.

Contre la théorie de la démocratie responsable proposée par Robert Post<sup>17</sup> – qui affirme qu'une personne ne peut éprouver du respect que pour les lois fondamentales sur l'interprétation desquelles elle conserve une influence directe, c'est-à-dire à propos desquelles elle peut peser avec ses propres préférences et ses propres opinions – Dworkin remarque que cette manière de fonder le respect dû aux lois n'est pas viable pour quiconque est convaincu qu'il existe des normes de droit fondamental indépendantes de toute procédure. Si l'on est convaincu que toutes les lois doivent être conformes à un principe essentiel de dignité de la nature humaine, ou bien qu'elles doivent être conformes à un principe essentiel de totale ouverture du discours public, il s'ensuit que l'élément qui motive notre respect pour les lois, n'est pas qu'elles émanent d'une instance « démocratique », mais qu'elles ont à vos yeux de grandes chances d'être justes. Or la probabilité que l'on aboutisse à des décisions justes n'a absolument rien à voir avec le fait que nous ayons conservé un élément d'influence directe dans la procédure par laquelle elles sont prises.

Nous pouvons donc avoir une raison commune – acceptable par tous – de respecter le système de législation, sans pour autant être d'accord sur le caractère moralement juste de tous les résultats auxquels il parvient. Mais il faut cependant que le système en question possède deux caractéristiques : tout d'abord, il faut qu'il offre effectivement la meilleure garantie de rechercher et de découvrir les solutions les plus justes. Et, en second lieu, il faut que ceux qui décident et interprètent les principes abstraits soient pleinement exposés à l'ensemble des opinions qui s'expriment à l'intérieur de la société,

<sup>17</sup> R. Post, *Constitutional Domains, Democracy, Community, Management*, Harvard, 1995.

y compris la nôtre. Derrière le respect que les Américains portent à la cour suprême figure aussi le fait que les membres de cette cour reconnaissent à chaque citoyen le droit de contester la sagesse et la qualité de justice des résolutions auxquelles elle parvient. Les Américains sont capables de préserver le sentiment de se gouverner eux-mêmes parce les officiels et ceux qui sont chargés de donner l'interprétation des principes de base ne ferment pas la porte à la contestation et à la remise en cause de leurs décisions.

## II. — LES CRITIQUES ADRESSÉES À LA CONCEPTION CONSTITUTIONNALISTE

Les arguments avancés par Dworkin semblent établir que l'antifondationalisme radical est impossible. Même si l'on veut se borner à dire que seules les conditions du débat démocratique doivent échapper à la compétence d'une majorité toute puissante et être établies par le biais d'un raisonnement, on ne peut échapper à l'idée que la définition de ces conditions est elle-même porteuse d'une définition de l'égalité de respect, donc d'une interprétation « philosophique » des principes abstraits. Dès lors, il semble que la seule question en suspens soit celle de l'identité de l'acteur rationnel appelé à donner ces interprétations des principes abstraits et à se prononcer en conséquence sur les limites de la compétence majoritaire. À cet égard, on a vu que la volonté collective manifestée par le canal de la démocratie représentative était moins bien armée que le judiciaire pour trouver la vérité, à quoi il faut bien évidemment ajouter la contradiction logique qui consisterait à affirmer qu'il appartient à la volonté collective de définir les limites de son propre pouvoir sur les individus. Dès lors, la cause semble entendue et c'est aux juges – idéalement placés à l'écart de toutes les pressions politiques – qu'il appartient d'interpréter philosophiquement les principes abstraits.

La thèse fondationaliste est-elle pourtant si incontournable ? Il semble que tel ne soit pas le cas, comme nous le montrent les critiques qui ont été dirigées contre elle dans la période récente.

La première de ces critiques consiste à se demander si l'interprétation des principes est bien une question de vérité, de rationalité ? Peut-on dire que si les conditions idéales de rationalité et un temps suffisant étaient donnés, tout le monde parviendrait à la même solution, c'est-à-dire à la même interprétation des principes abstraits ?<sup>18</sup> Si c'est le cas, il est effectivement normal de confier à l'institution qui s'approche le plus de ces conditions idéales de rationalité le soin d'interpréter les principes abstraits. Mais, précisément, les critiques de Dworkin pensent que ce n'est pas le cas.

Revenons en effet à la notion d'égalité de respect. La question du sens et des implications de cette égalité est en soi l'objet d'un désaccord raisonnable, et ce n'est pas seulement parce que les partis en présence ne disposent pas d'assez de temps ou de bonnes conditions de rationalité qu'ils n'arrivent pas à se mettre d'accord sur ce sujet. C'est aussi parce qu'ils sont porteurs de valeurs et d'aspirations distinctes, voire antagonistes. Dès lors, il est difficile d'utiliser cette notion de respect dans son sens moral le plus large pour fonder la légitimité de l'action collective dans un contexte politique où les

<sup>18</sup> J. Waldron, *The dignity of Legislation*, Oxford, 1999 ; cf. aussi T. Spragens, *Civic Liberalism, Reflections on our democratic ideals*, Boston, 1999, chap. 6.

individus sont en désaccord sur ce que ce respect implique. C'est en effet justement parce que nous sommes en désaccord sur ce qui peut passer, du point de vue de la substance et du contenu, pour une décision qui respecte également tous les individus, que nous avons besoin d'une procédure commune de décision. Nous sommes d'accord, par exemple, pour dire que la vie humaine doit être respectée en toute occasion mais, à propos de la question de l'avortement, nous sommes en profond désaccord sur ce que ce nécessaire respect implique concrètement.

Dans le contexte d'un tel pluralisme, la collectivité a besoin non pas d'une recherche philosophique approfondie qui se déroulerait dans des conditions idéales de rationalité, mais d'une procédure de décision politique susceptible d'emporter l'adhésion de toutes les parties en présence, y compris de celles qui n'adhéreront pas à la substance de cette décision. Il faut donc revenir à une définition plus circonscrite du respect, et affirmer que les citoyens ont été également respectés lorsqu'ils ont été consultés, lorsqu'on leur a demandé leur avis dans des conditions acceptables, lorsque leur point de vue n'a pas été compté comme ayant moins de valeur que les autres.

La raison pour laquelle les individus adhèrent à une décision collective est donc son caractère démocratique : lorsqu'ils sont en désaccord avec la décision elle-même, ils ne l'acceptent pas parce qu'ils sont convaincus qu'ils ont tort et que les juges – qui étaient placés dans de meilleures conditions qu'eux-mêmes pour trancher la question rationnellement – ont plus de chances qu'eux-mêmes d'être dans le vrai, mais ils l'acceptent parce que la procédure employée pour parvenir à une solution leur paraît équitable, leur paraît avoir respecté le point de vue des minoritaires en le faisant peser d'un poids égal dans la décision. À leurs yeux, la procédure majoritaire est donc la seule qui soit compatible avec la notion de respect prise en ce sens. Certes, il s'agit d'un sens appauvri du respect, mais c'est le seul sens dont nous puissions disposer<sup>19</sup>.

Lorsque nous nous demandons si telle ou telle décision collective accorde un respect égal à tous les citoyens, il ne s'agit donc pas de trouver la vérité car il n'est pas vraisemblable qu'entre les partis en présence l'un soit dans le vrai et l'autre dans le faux, mais il s'agit d'inventer une solution susceptible de rallier l'ensemble des partis en présence. Cette solution n'est pas la réponse à une question philosophique intemporelle portant sur la meilleure acception possible du principe égalitariste abstrait, mais une *solution politique* donnée dans une conjoncture particulière et susceptible de rallier l'ensemble des participants au débat, y compris ceux qui sont en profond désaccord sur ce que, dans les circonstances présentes, les principes devraient impliquer.

Dans une société où il existe un désaccord raisonnable, comment doit-on faire pour prendre une décision qui puisse avoir l'aval de tous les participants, y compris de ceux qui seront partisans de la solution qui a été écartée ? La réponse consiste à dire que lorsque la question est tranchée sur le fond par une institution qui se livre à des spéculations de grande ampleur, la légitimité de la décision est faible. Elle s'accroît au contraire notablement lorsque cette décision a été prise par une instance dans laquelle tous les citoyens sont représentés et pèsent d'un poids équivalent.

Aux yeux des critiques de Dworkin, le désaccord est donc inévitable dans toute situation politique que l'on peut considérer comme réelle. En ce sens, il fait partie de ce que

<sup>19</sup> J. Waldron, « Rights and Majorities », in *Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, 1991, p. 162.

l'on pourrait appeler les « circonstances de la politique », et il est vain de chercher à imaginer une situation de rationalité parfaite dans laquelle des individus pourraient prendre des décisions sans être affectés par la partialité qui les anime d'ordinaire<sup>20</sup>. Un tel désaccord ne résulte pas du fait que les gens ont des intérêts divergents ou opposés, mais du fait qu'ils ont des options et des théories différentes sur des questions de principe, c'est-à-dire sur la manière de concevoir les intérêts permanents et généraux de la communauté.

S'il en est bien ainsi, la légitimité des décisions ne tient pas au fait que ce sont celles qui seraient prises par des individus placés derrière un voile d'ignorance. Raisonner ainsi signifie en effet que, si leurs intérêts particuliers leur étaient cachés, les individus des démocraties contemporaines auraient nécessairement la même interprétation des principes fondamentaux et des intérêts généraux de la communauté. C'est précisément ce postulat qui doit être récusé, car il fait bon marché du caractère irréductible du pluralisme : deux individus ayant exactement les mêmes intérêts, le même âge, le même sexe, les mêmes revenus, etc., pourraient encore avoir des interprétations différentes de certains des principes abstraits censés limiter la compétence des gouvernants<sup>21</sup>.

Cette première critique insiste donc sur l'idée que les institutions démocratiques possèdent un avantage majeur du point de vue de la légitimité. En politique, face aux faits du pluralisme raisonnable, la question n'est pas de savoir qui a raison, mais à qui on reconnaît l'autorité, c'est-à-dire le droit de trancher un conflit ou de choisir entre des positions qui sont les unes par rapport aux autres dans une situation de désaccord raisonnable.

À l'évidence, il y a chez Dworkin un postulat bien ancré, à savoir l'incapacité de la volonté majoritaire et des assemblées qui la représentent de prendre en compte la question des droits des individus et par conséquent celle des limites de leur propre pouvoir. Certes, Dworkin reconnaît que les individus ne devraient pouvoir « couper » les décisions majoritaires au moyen de droits-atouts que lorsqu'il y a lieu de soupçonner que ces décisions sont infectées par des préjugés ou par ce que Dworkin appelle des « préférences externes », mais il n'en demeure pas moins que les décisions majoritaires sont toutes suspectes *a priori*.

Or, pour les critiques de l'approche fondationnaliste, on ne saurait se contenter d'affirmer que les assemblées représentatives sont toujours et nécessairement composées de citoyens utilitaristes qui ne prennent en compte que leurs propres intérêts et qui sont incapables de se poser des questions de principe touchant la question de savoir si ce à quoi ils aspirent ne serait pas le reflet de leurs propres préjugés et si cela ne conduit pas à opprimer les citoyens dissidents ou membres de la minorité<sup>22</sup>. À l'inverse de Dworkin, Jeremy Waldron fait par exemple valoir qu'il serait tout simplement impossible qu'il y ait des régimes libres et respectueux des droits si les citoyens étaient *nécessairement*, dans le processus politique, incapables de poser collectivement et de résoudre des questions de principe. S'il était vrai que toutes les décisions collectives ne sont jamais que l'expression de la volonté des intérêts individuels cumulés de l'ensemble des partici-

<sup>20</sup> Cf. J. Cohen, « Moral pluralism and political consensus », in Copp, Hampton & Roemer, eds. *The Idea of democracy*, Cambridge, 1993, p. 280 et s.

<sup>21</sup> Cf. T. A. Spragens, *Reason and Democracy*, Durham & London, 1990, p. 120 et s.

<sup>22</sup> J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, *op. cit.* p. 162.

pants, – et s’il était vrai que la volonté générale rousseauiste est un mythe pur et simple, c’est-à-dire qu’il n’est jamais possible que les citoyens s’adressent collectivement à la question de ce qui est bon pour l’ensemble de la communauté – il ne pourrait y avoir aucun régime politique libre puisqu’il serait à jamais impossible qu’il y ait des *actes politiques* posant des principes, comme par exemple des déclarations des droits. En d’autres termes, si la volonté collective n’est pas capable de poser des droits qui limitent l’étendue de son propre pouvoir, une telle limitation est conceptuellement impossible et dépourvue de toute validité.

Pour Waldron, il est donc à la fois possible et nécessaire qu’il y ait des citoyens rousseauistes, et c’est justement en prétendant que les décisions collectives ne sont jamais l’expression de la volonté générale mais seulement celle de la volonté de tous, et en prétendant par conséquent qu’il convient de confier le soin de s’adresser aux questions de principes à des institutions situées à l’abri des processus démocratiques, que l’on fait disparaître le citoyen rousseauiste pour le remplacer par ce pseudo-citoyen intéressé et utilitariste qui n’hésite pas, lorsqu’on le consulte, à faire entrer dans sa décision ses intérêts les plus particuliers et ses préjugés les moins avouables, parce qu’il sait ou croit savoir qu’il existe, après la décision collective, une instance « rationnelle » qui veillera à éliminer du jeu toutes les décisions qui pourraient porter la marque infamante de ces préjugés.

La volonté majoritaire n’est donc pas toujours de mauvaise qualité <sup>23</sup>. Une telle théorie serait trop pessimiste, car elle nierait la simple possibilité qu’une majorité soit jamais à l’origine ou à l’initiative de contraintes institutionnelles sur son propre pouvoir, sauf par accident. Elle rendrait impossible en outre qu’une majorité œuvre à la défense de telles limites. Si l’on veut penser la possibilité de protéger les droits dans un système démocratique, il faut penser qu’il est possible de convaincre une majorité de citoyens, au moins à l’occasion, que ces droits sont nécessaires et qu’il convient de les respecter. L’idée qu’il pourrait y avoir des droits contre la volonté permanente et délibérée de la majorité est dépourvue de sens et surtout de portée pratique.

Waldron demande donc que l’on envisage la possibilité effective d’une conception rousseauiste de la démocratie et pas seulement celle d’une conception « benthamienne ». Le citoyen benthamien vote en toutes circonstances pour ce qu’il pense être son intérêt. Le citoyen rousseauiste, en revanche, s’adresse à la question de l’intérêt général. Il répond à la question non pas de ce qu’il préfère ou de ce qui serait conforme à son propre intérêt, mais à la question de ce qui serait bon pour la communauté dans son ensemble <sup>24</sup>. Les citoyens rousseauistes aspirent à prendre des décisions qui soient justes. Cela signifie, entre autres, qu’ils aspirent à prendre des décisions politiques qui tiennent la balance égale entre les différents intérêts en présence parmi les différents membres de la société. Si la question porte sur des intérêts qu’il est possible de traiter de manière utilitariste, c’est-à-dire en les agrégeant simplement les uns aux autres, ils rendront un verdict utilitariste. Mais si la question porte sur des intérêts qui ont une importance toute particulière et qui sont liés à des droits, ils chercheront à prendre une décision qui tienne compte non pas de ce que les uns et les autres préfèrent, mais des

<sup>23</sup> J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, *op. cit.*, p. 92 et s.

<sup>24</sup> J. Waldron, « Rights and Majorities », *loc. cit.*, p. 412-415.

intérêts permanents de la communauté et de l'importance toute particulière de ces intérêts-là.

Quand on juxtapose ces deux conceptions, dit Waldron, on s'aperçoit qu'il n'est simplement pas possible que la volonté générale ait toujours pour objet la maximisation des avantages ou l'utilité sociale. La volonté générale, dans certains cas au moins, se pose la question non pas de l'utilité sociale, mais de la justice, et elle sait qu'il y a des choses qu'il ne faut pas faire, même au nom de l'utilité sociale et de sa maximisation. Dans le modèle benthamien, les votes ne représentent rien d'autre que des satisfactions individuelles. Ils ne disent rien sur la justice, c'est-à-dire sur l'équilibre qu'il conviendrait de respecter entre l'individu et la société. Mais, dans le modèle rousseauiste, les suffrages traduisent une opinion sur la manière dont il convient d'équilibrer les intérêts de l'individu et ceux de la société. Le citoyen rousseauiste, au moment où il émet son suffrage, pèse donc les importances respectives des impératifs de l'utilité sociale et du respect des droits de chacun<sup>25</sup>. L'importance spéciale des droits est déjà prise en compte dans la décision collective, et l'on aura d'autant plus de mal à justifier la nécessité de contraintes externes s'exerçant sur la volonté collective *a posteriori* que l'existence de telles contraintes aurait pour effet de réduire à néant l'attention que les citoyens portent à la question du bien commun lorsque de telles contraintes n'existent pas.

Pour Waldron, les processus démocratiques sont donc parfaitement capables d'accorder de l'attention aux droits des individus, et ils l'ont prouvé puisqu'il existe des actes politiques (émanant de la majorité ou de l'action collective) qui définissent et établissent les droits des individus et des minorités. Il est clair que si nous concevons le processus démocratique uniquement en termes benthamiens, nous ne pourrions éviter la conclusion que ces processus sont incapables de tenir compte des droits des minorités et des individus. Mais si nous le concevons en termes rousseauistes, il en va tout autrement : « si les électeurs et les législateurs sont capables, comme ils le sont sans aucun doute, de se concentrer au moins par moments sur le bien général, et sur l'équilibre qu'il conviendrait de maintenir entre les intérêts individuels dans la société »<sup>26</sup>, le contrôle de constitutionnalité ne se justifie pas. Il se justifierait si l'on pouvait affirmer que les juges opposent une position de principe à ce qui est nécessairement la simple expression des intérêts cumulés et des préférences du plus grand nombre, mais il ne se justifie pas si les juges se contentent d'opposer leur propre position de principe à celle de la majorité des électeurs ou des représentants, car les deux positions ont alors la même nature, la seule différence étant que la seconde est légitime et que la première ne l'est pas.

Mark Tushnet remarque également que les droits des individus sont pris en compte dans le processus démocratique et que les électeurs-citoyens sont parfaitement capables, à certains moments au moins, de s'adresser à la question de principe portant sur les droits, c'est-à-dire sur la manière dont les minorités doivent être traitées par la majorité. À certains moments au moins, la majorité ne se préoccupe pas exclusivement de ses propres

<sup>25</sup> J. Waldron, « Rights and Majorities », *loc. cit.*, p. 415-416.

<sup>26</sup> J. Waldron, « Rights and Majorities », *loc. cit.*, p. 419.

intérêts, mais elle se préoccupe de savoir comment les intérêts permanents de la communauté doivent être défendus, y compris ceux de la minorité<sup>27</sup>.

L'argument central est donc bien que le processus démocratique n'a pas la forme benthamienne qu'on lui prête si souvent et qu'il n'y a aucune raison de postuler une polarité radicale entre les droits d'un côté et la volonté majoritaire de l'autre. Si les droits peuvent être pris en compte à l'intérieur même du processus majoritaire – et il faut qu'ils le soient pour qu'on ait des gouvernements libres – ils ne sont pas nécessairement des contraintes externes au processus majoritaire. On ne peut pas dire non plus que le contrôle de constitutionnalité est nécessaire au maintien du processus démocratique lui-même (de son ouverture et de son impartialité par exemple), car si la majorité est capable de s'adresser à des questions de principe, elle est aussi capable de prendre soin de la qualité du processus démocratique.

Dès lors nous comprenons que lorsque la majorité s'est prononcée sur une question de principe (lorsqu'elle s'est penchée sur la question des intérêts permanents de la communauté), la minorité ne devait pas éprouver de difficulté à reconnaître la légitimité des décisions et à s'y conformer. L'opinion de la minorité touchant les questions de fond et touchant ce que doivent être ses propres droits ne l'a pas emporté, et cela signifie que la collectivité agit sur les principes voulus par la majorité et non pas sur les principes voulus par la minorité. Il faut que l'opinion de la minorité ait été respectée au sens où celle-ci doit avoir eu le droit d'exprimer son point de vue, mais elle n'a pas à être respectée au sens où la minorité pourrait exiger qu'elle soit effectivement prise en compte dans la manière dont la collectivité agit et les principes sur lesquels elle se fonde. Personne ne songe à dire que les décisions de la majorité sont infaillibles ou qu'elles sont nécessairement plus vraies que toutes les autres, mais simplement que les décisions majoritaires ne sont pas nécessairement l'expression des intérêts cumulés du plus grand nombre, et qu'il est possible qu'elles statuent sérieusement et honnêtement sur des questions de principe.

On peut même aller jusqu'à dire que la légitimité des décisions collectives n'existe que lorsque les questions de principe sont tranchées au terme d'un processus démocratique dans lequel il est apparu que, autant que cela était possible, les questions de fond étaient abordées pour elles-mêmes et indépendamment des intérêts particuliers des uns et des autres. Lorsque, en revanche, les questions de principe sont tranchées par une instance dépourvue de pedigree démocratique, la question de la légitimité demeure aussi incertaine que lorsque ces décisions sont prises par des majorités qui n'ont pas sérieusement considéré les questions de principes et qui se sont prononcées à la hâte en mélangeant outrageusement questions de fond et intérêts particuliers. Il arrive souvent que les majorités décident de cette manière, quand cela se produit, le processus démocratique est incontestablement en mauvais état et les décisions auxquelles il aboutit manquent de légitimité. Mais le point essentiel est qu'il n'y a là aucune fatalité et que l'existence de cette possibilité ne justifie pas que les processus représentatifs soient dépouillés de tout pouvoir de trancher les questions de fond. Aux yeux de Tushnet, c'est justement parce que cela se produit que le processus démocratique sombre dans la médiocrité<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999, chap. 7.

<sup>28</sup> M. Tushnet, *op. cit.*, p. 163.

La cour suprême ne devrait donc pas se livrer à des spéculations de grande ampleur sur l'interprétation des principes abstraits contenus dans la constitution. Elle devrait, selon l'expression de Cass Sunstein, choisir la voie du minimalisme judiciaire en tranchant des cas difficiles un par un et en tentant de réaliser ce que Sunstein appelle des « accords imparfaitement théorisés » qui permettent à des gens qui ont des options très différentes sur les questions de fond d'adhérer néanmoins à une manière spécifique de régler un cas particulier<sup>29</sup>. On pourra ainsi renvoyer les questions de principe devant les instances démocratiquement élues qui ont des comptes à rendre à leurs électeurs.

En d'autres termes, la tâche de la cour suprême est d'encourager la démocratie et non pas de l'entraver. Il lui appartient par exemple de renvoyer devant les assemblées délibératives des textes législatifs qui accordent une trop grande latitude – en particulier en matière d'exécution – à l'administration ou à des instances non responsables. En agissant ainsi, la cour promeut la démocratie en incitant les assemblées représentatives à préciser leurs intentions et à donner plus de réalité au principe qui veut que la démocratie substitue le règne des lois à celui des hommes.

Pour Sunstein, le cas de l'arrêt *Griswold* possède à cet égard quelque chose d'exemplaire. La cour aurait dû adopter une attitude minimaliste qui aurait consisté à dire qu'elle ne voulait pas se prononcer sur la question de principe – la contraception dans le cadre du mariage – mais qu'il lui appartenait d'inviter le législateur à ne pas introduire des dispositions aussi importantes pour l'évolution des mœurs, pour celle de la société, pour la conception des frontières entre le domaine privé et la compétence de l'État, sans une réflexion approfondie et une prise de position délibérée. Il n'est pas impossible qu'une assemblée représentative envisage de réglementer cet aspect de la vie privée, mais si elle le fait, elle doit procéder avec une claire conscience des enjeux et d'une manière telle qu'il soit clair que la majorité des citoyens veulent une telle disposition au moment où elle est introduite dans la loi<sup>30</sup>. Au lieu de spéculer sur un hypothétique droit à la vie privée qu'il lui appartiendrait d'interpréter, la cour aurait pu se contenter de remarquer qu'aucune disposition qui touche à un domaine aussi important ne peut s'appuyer sur des textes anciens ou douteux, et ne peut être introduite dans la législation autrement que de manière claire, explicite et délibérée.

En d'autres termes, il n'appartient pas à la cour de trancher les questions de principe mais il lui appartient en revanche de contraindre les assemblées représentatives à les affronter en tant que telles, sans esquiver les problèmes ni les régler dans la confusion ou par la bande. Les décisions de principe doivent en effet être prises en claire conscience par des institutions responsables devant les électeurs. Il en va de même, aux yeux de C. Sunstein, dans la question de l'avortement : avec l'arrêt *Roe*, la cour a pris une décision de portée trop générale, qui a pour effet d'interrompre le débat au lieu de favoriser son approfondissement et une perception plus nette des enjeux. Pour Sunstein, le débat démocratique aurait pu être prolongé et aurait été de meilleure qualité si la cour n'avait pas pris position sur le fond et si elle s'était contentée de remarquer que la loi n'avait pas le droit d'interdire l'avortement dans certains cas, par exemple lorsqu'il y a eu viol. Elle se serait alors contentée de souligner que, dans certains cas au moins, il est

<sup>29</sup> Cass Sunstein, *One case at a time, Judicial minimalism on the supreme court*, Harvard, 1999 ; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, 1996.

<sup>30</sup> C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *op. cit.*, p. 155-156.

difficile de maintenir sans restriction le principe de l'interdiction totale, parce que la légitimité du principe est alors pour le moins discutable et exposée à des arguments contraires qu'il est difficile de rejeter sans les examiner. Elle aurait alors favorisé le débat démocratique en mettant le doigt sur les points qui méritent d'être discutés : peut-on réellement maintenir qu'une femme n'a pas le droit de recourir à l'avortement lorsqu'il y a eu viol ? Et si l'intuition, dans ce cas, est qu'il faut faire une exception au principe de l'interdiction, quelles en sont exactement les justifications, et celles-ci ne peuvent-elles pas être étendues à d'autres cas ?

Les partisans de l'avortement auraient en outre eux-mêmes trouvé avantage à cette attitude minimaliste. Là où la décision de principe prise par la cour en faveur de la légalisation de l'avortement a eu pour effet de figer les oppositions et de renforcer la détermination des opposants qui ressentent la décision de la cour comme l'imposition forcée d'une philosophie à laquelle ils sont profondément hostiles, le minimalisme judiciaire aurait permis que soit considérée d'un œil moins hostile la nécessité de prendre en compte la manière dont une naissance non désirée affecte négativement la vie de la mère. Cette idée demeure sous le boisseau dans le cadre de la grande confrontation provoquée par l'arrêt *Roe*, alors qu'elle aurait pu venir au centre du débat à la suite d'une attitude plus réservée de la part de la cour.

Le minimalisme judiciaire permet aussi de ne pas trancher en l'absence d'informations suffisantes, et de laisser la place pour une évolution et pour un changement des mentalités dans l'avenir, chose particulièrement souhaitable sur des questions où les opinions et les valeurs sont en pleine évolution. Il permet enfin d'éviter les erreurs calamiteuses comme l'arrêt *Dred Scott*<sup>31</sup>. Pour le dire d'un mot, lorsqu'une démocratie est dans un état d'incertitude politique, l'intervention de la cour par le biais d'une opinion de grande portée théorique peut avoir pour effet d'arrêter le débat au lieu de le favoriser, et même de desservir la cause qu'elle prétend défendre. La cour serait donc mieux inspirée, aux yeux de Sunstein, en jouant le rôle de catalyseur du débat démocratique au lieu de l'interrompre en s'arrogeant le monopole du droit d'interprétation des principes abstraits.

Le fondationnalisme dworkinien présente donc des inconvénients majeurs : il produit un décalage entre les principes et la réalité, car la cour n'a pas les moyens de faire entrer les principes qu'elle définit dans les faits, comme en témoigne le cas de la déségrégation scolaire après l'arrêt *Brown*<sup>32</sup>. À cet égard, la cour s'expose au risque d'affaiblir son prestige et son statut en proclamant des principes qui ne sont pas respectés dans la réalité. Elle s'expose en outre, on vient de le voir, au risque d'interrompre le débat démocratique, et à celui d'exacerber l'opposition aux droits qu'elle prétend définir. Sunstein souligne en particulier à quel point la proclamation abstraite de droits par la cour l'expose immédiatement à ce qu'il appelle la rhétorique des contre-droits (droit à la vie contre droit à l'avortement par exemple). Si l'on ajoute le risque de démobilité des partisans du droit défendu par la cour et celui de voir les assemblées représentatives se soucier fort peu des questions de principe au motif que le judiciaire s'en occupe, on voit que le bilan du maximalisme judiciaire est peut-être moins brillant qu'il n'y paraît à première vue.

<sup>31</sup> C. Sunstein, *One case at a time*, op. cit., p. 36-39.

<sup>32</sup> Cf. sur ce point L. Robel et E. Zoller, *Les états des noirs, Fédéralisme et question raciale aux États Unis*, Paris, 2000.

La suggestion essentielle des critiques de Dworkin est donc que les assemblées démocratiquement élues devraient avoir vocation à demeurer le forum où sont tranchées les questions de principe et que c'est parce que ce rôle leur est ôté que le processus démocratique et l'aptitude à affronter les questions de fond s'étiolent. Comme l'a souligné Bruce Ackerman, les grandes avancées en matière de droit et les grands principes libéraux de la politique américaine n'ont pas été formulés dans le cadre judiciaire, mais grâce à des épisodes de politique constitutionnelle au cours desquels le peuple s'est mobilisé en leur faveur<sup>33</sup>.

Ackerman propose en effet de distinguer entre deux types de décisions et deux types de phases politiques. Tout d'abord, les décisions prises par le peuple américain tout entier parlant par lui-même. Ces décisions sont rares, elles n'interviennent que dans des épisodes de forte mobilisation de l'opinion sur une question de fond posée explicitement. Elles ne sont tranchées que lorsqu'une des options en présence bénéficie clairement et sans équivoque du soutien mobilisé d'une large partie de l'opinion, composée alors de citoyens mobilisés et attentifs à la question de principe, et non de citoyens privatisés qui ne donnent qu'une attention molle aux questions politiques de l'heure. La seconde catégorie de décisions politiques est constituée par celles qui sont prises au jour le jour par les représentants du peuple – mais en l'absence de celui-ci – au cours de ce que B. Ackerman appelle les phases de politique ordinaire. Ces décisions sont susceptibles d'être expliquées, et elles sont prises par des gens qui sont responsables devant leurs électeurs ; elles sont donc irréductibles à de simples compromis mais ce ne sont cependant pas des décisions qui bouleversent les principes fondamentaux, ou qui portent sur les intérêts permanents de la communauté.

Lorsque les gouvernants dirigent le pays alors que le peuple n'est pas mobilisé sur une claire question de fond, ils ne doivent pas prétendre qu'ils *sont* le peuple et qu'ils peuvent tout faire en son nom. Ce n'est que lorsque le peuple paraît immédiatement et en personne sur la scène, et que ses options fondamentales sont clairement énoncées, que les principes peuvent être modifiés. Ce que disent les gouvernants dans les périodes de politique ordinaire, où le peuple ne prête qu'une attention distraite aux questions de principe, ne peut ni ne doit donc passer pour la volonté du peuple américain. La notion d'auto-gouvernement conserve bien tout son sens mais, pour Ackerman, il est important de remarquer que le peuple n'est pas toujours là et que ceux qui le représentent n'ont pas le droit de s'identifier à lui, de parler en son nom, de trancher les questions essentielles sans que le peuple se soit prononcé par lui-même au cours d'une phase de son existence où la question apparaît en pleine lumière et est débattue pour elle-même avec une claire conscience des enjeux et des conséquences. Mais lorsque le peuple est présent, il fait ce qu'il veut, il se gouverne lui-même, il est libre.

Cette forme de dualisme admet que des considérations de principe formulant des droits abstraits puissent couper et invalider des décisions politiques majoritaires prises par des assemblées représentatives. Il admet que, lorsque cela se produit, la démocratie se trouve défendue et préservée sans le moins du monde être mise en danger. Mais, en revanche, il nie absolument que ces droits représentent le fruit d'un exercice abstrait de spéculation philosophique décontextualisé mené par des juges enfermés dans leur tour

<sup>33</sup> B. Ackerman, *Nous le Peuple, Les fondements de la démocratie américaine*, tr. fr. Paris, 1998.

d'ivoire. Il ne s'agit pas ici de trouver une vérité intemporelle, ni de donner la meilleure acception des principes abstraits contenus dans le texte de la constitution, mais seulement de préserver les droits des individus tels qu'ils découlent des principes démocratiquement posés et voulus par le peuple à l'occasion du dernier épisode de politique constitutionnelle. Il s'agit en outre, et c'est l'exercice le plus délicat auquel la cour doit se livrer, de réaliser la synthèse entre les principes posés par le peuple à l'occasion des divers épisodes de politique constitutionnelle pendant lesquels il s'est directement exprimé au cours de l'histoire.

Il n'y a donc pas de supériorité de l'organe judiciaire qui statue sur ces droits par rapport au pouvoir législatif. Cet organe n'invalide pas la législation au nom de l'interprétation qu'elle veut elle-même proposer des principes abstraits contenus dans la constitution, mais au nom des principes formulés par le peuple lors du dernier épisode de politique constitutionnelle qui a eu lieu. Le contrôle de constitutionnalité manifeste ainsi non pas la supériorité du judiciaire sur le législatif, mais la supériorité du pouvoir du peuple sur les pouvoirs constitués ou sur les différents éléments constitutifs du gouvernement. La cour est chargée de faire prévaloir la volonté profonde du peuple contre la volonté momentanée de ses représentants qui prétendent parler en son nom. Dès lors, là où le fondationnalisme estime que les droits sont premiers tandis que la démocratie n'est que seconde, le dualisme estime au contraire que la démocratie est première et que les droits sont seconds, posés par des épisodes de vie démocratique intense. En revanche, il nous invite à ne pas confondre la volonté générale et la volonté de tous, et à ne pas prendre la volonté majoritaire au jour le jour pour l'expression de convictions réfléchies et profondes du peuple lui-même. À l'instar des critiques de Dworkin que nous évoquons plus haut, Ackerman est persuadé que le citoyen rousseauiste n'est pas mort, même s'il admet qu'il n'est pas et qu'il n'a pas à être sans cesse présent. Il est aussi convaincu que le peuple peut s'intéresser à des questions de principe et statuer sur elles et que, lorsqu'il l'a fait, sa volonté doit servir de règle suprême. C'est le sens même du mot démocratie<sup>34</sup>. Au demeurant, si le peuple ne s'intéresse pas à ces questions de principe et n'agit pas pour préserver les droits fondamentaux des individus et des minorités, personne ne pourra le faire à sa place, et surtout pas une cour suprême.

Pour Ackerman comme pour Waldron, il ne s'agit pas, dans un régime démocratique, de trouver la meilleure acception de principes philosophiques abstraits censés limiter la compétence des pouvoirs institués. Il ne s'agit pas de trouver une vérité qui est déjà là, une vérité morale intemporelle qui serait cachée dans les tréfonds de la réalité éthique, et pour la découverte de laquelle on s'emploierait à créer les conditions idéales de rationalité qui font malheureusement défaut lorsqu'une masse en folie délibère de questions politiques. Il s'agit au contraire de décider, de produire une décision qui soit capable de rallier l'allégeance de l'ensemble des citoyens.

Comme Waldron, Ackerman est convaincu qu'une cour suprême qui prétendrait statuer comme Dworkin le veut, c'est-à-dire en imposant la meilleure interprétation possible – à ses yeux – des principes abstraits contenus dans la constitution, présente au moins deux types d'inconvénients. Tout d'abord, elle risque d'inviter implicitement le peuple à ne pas s'intéresser à des questions de principe sous prétexte que quelqu'un

<sup>34</sup> Cf. B. Ackerman, « Why Dialogue ? », *The Journal of Philosophy*, LXXXVI-1 (1989), p. 5-24.

d'autre le fait à sa place. Elle risque donc d'engendrer une très dangereuse démobilisation parce que, encore une fois, personne ne peut se soucier de maintenir la préoccupation pour les valeurs démocratiques essentielles à la place du peuple. Et en second lieu, elle risque de provoquer, chez ceux qui demeurent en désaccord avec la solution retenue, le sentiment persistant d'un défaut de légitimité dans la manière dont l'Etat et le gouvernement agissent.

Le point essentiel, dans la critique de la conception dworkinienne de la démocratie, est donc que, parmi les droits dont les individus doivent jouir, figure aussi un droit à se gouverner démocratiquement. Cela implique que les juges qui ont le souci de protéger les droits devraient manifester une certaine retenue avant d'invalider des lois voulues par des instances au pedigree démocratique beaucoup mieux établi que le leur. Parce que les juges sont loin d'être les acteurs les plus importants dans un système de délibération démocratique, c'est dans les instances représentatives, et non dans les prétoires, que les problèmes fondamentaux et de grande ampleur doivent être débattus et identifiés. Cette distribution de l'autorité reflète une très ancienne conception du sens de la liberté politique, et elle met l'accent sur le fait que les décisions de fond doivent être prises démocratiquement c'est-à-dire par des instances où le débat public possède une grande importance et dont les membres peuvent être appelés à rendre des comptes devant les citoyens.

Certes les mécanismes démocratiques peuvent être affectés de dysfonctionnements graves et le fondationnalisme a prospéré sur la méfiance envers les majorités. Mais le point de vue des critiques est que le médecin pourrait bien être responsable de la maladie qu'il prétend guérir, et que la démocratie se porterait mieux si ceux qui sont chargés de la faire fonctionner n'avaient pas le sentiment que quelqu'un passera derrière eux pour faire leur travail.

10 rue des Francs-Bourgeois  
75003 Paris