

Denis Baranger

**THÉORIE ET PRATIQUE DU PRINCIPE DE MAJORITÉ
DANS LES DROITS CONSTITUTIONNELS EUROPÉENS¹**

Il y a aujourd'hui beaucoup plus d'études consacrées au principe de majorité en théorie politique qu'en droit constitutionnel. La question² est pourtant très importante dans cette discipline, et elle mérite un réexamen. Cette étude est trop brève pour prétendre y parvenir pleinement. Elle se propose simplement d'offrir quelques pistes en vue de le rendre un jour possible. Cette possibilité dépend d'une reconstruction adéquate des relations entre droit constitutionnel positif et théorie politique, ce qui sera entrepris (ou du moins tenté) en première partie. On y dépassera donc de beaucoup le seul cadre des droits constitutionnels européens, ce qui placera quelque peu en porte-à-faux avec le titre de cette étude. Le thème dominant de cette première partie sera que la fiction du principe de majorité, loin d'être un simple mécanisme de décision, dessine en profondeur les contours des systèmes politiques dans lesquels il s'applique. Il s'agira aussi de soutenir l'idée que le principe de majorité n'est nullement incompatible avec le constitutionnalisme libéral, et que celui-ci ne se réduit pas simplement à la protection des minorités contre la tyrannie de la majorité (I). Ensuite, on examinera les liens entre le principe de majorité et la structure institutionnelle des démocraties contemporaines (II), avant de se tourner vers le problème des rapports entre principe de majorité et État de droit (III).

I. QU'ENTEND-ON PAR PRINCIPE DE MAJORITÉ ?

Pour comprendre le principe de majorité, les données fournies par le droit positif sont insuffisantes, pour ne pas dire frustrantes. Comme on le verra, les constitutions n'y font que rarement référence, sinon à travers des mécanismes spécifiques qui en font application. Mais pour le principe saisi dans sa généralité, on pourrait dire, en simplifiant, que le plus souvent les

¹ Cet article résulte d'une invitation au colloque « Le principe majoritaire en droit de l'Union Européenne » organisé par le professeur Fabrice Picod le 17 décembre 2014 dans le cadre du Centre de Droit Européen de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Je remercie Fabrice Picod de son invitation, ainsi que d'avoir autorisé la publication électronique de cet article dans la présente revue. J'exprime également ma gratitude à Mikhaïl Xifaras pour sa relecture extrêmement précieuse. Certains arguments ici présentés lui sont extrêmement redevables. Je remercie enfin les rapporteurs anonymes du comité de lecture de *Jus Politicum*.

² Il faut préciser immédiatement qu'il s'agira ici de quelques réflexions sur le principe de majorité et non sur la notion de majorité. On verra en première partie comment les deux choses se distinguent.

constitutions écrites le présupposent. Les juges, notamment constitutionnels, ont exprimé des points de vue intéressants, mais là encore, essentiellement reconnaissables. Et dans certains pays, comme la France, le juge constitutionnel n'a quasiment rien dit sur le principe de majorité, du moins directement. Il faut donc se tourner vers l'outil qui nous permet d'analyser ce principe, d'en dire quelque chose d'utile là où les recherches sur les matériaux du droit existant ne livrent guère de données alors même que l'on a l'intuition que ce principe joue un rôle décisif dans nos systèmes constitutionnels. Cet outil est la théorie politique. On aborde désormais le principe de majorité à partir de ce que la théorie politique est devenue, et spécialement à partir de sa composante « empirique » la plus active, à savoir une sorte de sociologie politique utilisant les apports de méthodes de raisonnement telles que la théorie des jeux. Cette théorie politique contemporaine pourrait avoir à apporter une réelle contribution au droit constitutionnel. Par exemple, les idées allant dans le sens d'une prise en compte des préférences majoritaires, via des votations prenant la forme de « jugements majoritaires », ne sont pas dénuées d'intérêt³. Le présent article ne va cependant pas s'engager dans cette direction. On va plutôt se tourner vers cette partie de la théorie politique qui a toujours dialogué avec le droit constitutionnel, et qui a joué un rôle décisif dans son histoire. On pense à la théorie politique « classique », celle du corpus des grands auteurs politiques du XVII^e et du XVIII^e siècle, et de ceux qui continuent à les lire. On ne comprend pas bien nos constitutions écrites, et même ce que nos droits constitutionnels sont devenus dans la période récente, sans jeter un regard sur ce corpus pourtant ancien et apparemment éloigné des préoccupations du juriste moderne.

A. Principe de majorité et théorie politique

1) Le principe de majorité est le principe selon lequel la décision prise par une majorité dans un groupe est réputée être la décision du groupe tout entier. Lorsqu'on envisage un « principe » de majorité, le terme de « majorité » ne renvoie plus seulement à un « fait arithmétique⁴ ». Le fait arithmétique se voit interprété d'une manière particulière : la décision sur laquelle il se porte vaut comme décision de la collectivité politique tout entière. Le droit apporte donc une signification spéciale à la décision majoritaire : celle d'avoir le sens d'une décision de la communauté politique appréhendée comme un tout. Cette idée de la communauté politique comprise comme un tout est différente de celle d'unanimité. L'unanimité est la somme de toutes les parties constitutives, quand elle est prise en compte dans un processus de décision. Elle n'est pas à elle seule la communauté politique, mais une instance représentative de cette communauté qui existe

³ Voir en ce sens la recension, par S. BAUME, de S. Novak & J. Elster (dir), *Majority Decisions. Principles and Practices*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, parue dans *Raisons politiques*, 1/2014, 53, p. 187-189, texte disponible en ligne à l'adresse : www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2014-1-page-187.htm.

⁴ J.-M. DENQUIN, « Recherches sur la notion de majorité », *Revue de droit public*, 1993, p. 958.

de manière distincte. L'unanimité n'est donc qu'un élément, doté de propriétés particulières, au sein d'un ensemble de cas dans lesquels la décision d'un certain groupe de personnes (le « fait arithmétique ») est considérée comme décision du tout. Dans cette opération, ce sont donc trois choses qui apparaissent alors qu'elles n'étaient pas présentes auparavant :

- Un corps politique, supposé par la fiction elle-même ; attribuer une décision au corps politique unanime, c'est le faire exister.
- Au sein de ce corps politique : un groupe appelé « majorité » ; on verra que, de ce fait même, est également présupposée l'existence d'une minorité.
- Enfin, une décision prise réellement par le second (la majorité), mais imputée juridiquement au premier (le corps politique, ou le peuple tout entier, ou la « nation », etc.).

Cette mise en relation est un aspect tout à fait classique de la théorie moderne de la représentation. On la trouve ainsi chez Sieyès, qui la formule caractéristiquement dans l'idiome de la nature des choses et de l'évidence logique :

Une société politique ne peut être que l'ensemble des associés. Une nation ne peut pas décider qu'elle ne sera pas la nation, ou qu'elle ne sera que d'une manière : car ce serait dire qu'elle ne l'est point de toute autre. De même une nation ne peut statuer que sa volonté commune cessera d'être sa volonté commune. Il est malheureux d'avoir à énoncer ces propositions dont la simplicité paraîtrait naïve, si l'on ne songeait aux conséquences qu'on veut en tirer. Donc une nation n'a jamais pu statuer que les droits inhérents à la volonté commune, c'est-à-dire, à la pluralité, passeraient à la minorité. La volonté commune ne peut pas se détruire elle-même. Elle ne peut pas changer la nature des choses, et faire que l'avis de la minorité soit l'avis de la pluralité. On voit bien qu'un pareil statut, au lieu d'être un acte légal ou moral, serait un acte de démesure⁵.

Ainsi formulé, le principe de majorité est, dit-on, le modèle même d'une fiction juridique⁶. Les décisions d'un petit nombre, d'une fraction de la totalité des membres d'un corps politique sont tenues pour être les décisions de cette totalité. Mais parler ici de « fiction juridique » ne doit pas se comprendre comme une violence infligée arbitrairement à la réalité des choses. Il n'y a pas « fiction » parce que quelque chose de faux serait substitué à quelque chose de plus vrai ou de plus réel⁷. La fiction du

⁵ E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, éd. critique avec une introd. d'E. Champion, base de données textuelles Frantext réalisée par l'Institut National de la Langue Française (INaLF) [Document électronique], p. 75.

⁶ Voir à ce sujet, de manière générale, l'article magistral de M. XIFARAS : « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Droit & Philosophie. Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 3, Paris, Dalloz, 2011, article disponible en ligne à l'adresse : http://www.droitphilosophie.com/upload/files/26IMV_annuaire3_interieurXifaras.pdf.

⁷ Voir *contra* D. MONGOIN, « Variations politico-juridiques sur l'abstention électorale », *Jus Politicum*, n° 3, article disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/Variations-politico-juridiques-sur.html> : « Cette authentique décision implique le recours à la notion de fiction juridique en son sens le plus général de torsion de la réalité empirique. De façon fonctionnelle, la fiction est une relation

principe de majorité n'est pas là pour falsifier, mais pour *révéler* quelque chose : elle est une manière de faire apparaître une réalité politique sous-jacente, une structure qui n'est pas nécessairement visible au premier regard et qui ne pourrait pas apparaître autrement, et qui d'ailleurs – c'est sa composante artificialiste – n'existe pas avant le recours au principe majoritaire. Mais d'un autre côté, il s'agit tout de même d'une fiction, et donc d'un mécanisme dans lequel le droit ne peut pas se réclamer de l'évidence. Avec la fiction, le droit se montre comme anti-évidentiste, inaccessible pour le regard de surface. On pourrait dire aussi que la fiction du principe de majorité est une fiction *opérationnelle* : ce qui la fait être ce qu'elle est n'est pas une sorte de mensonge, ou inversement la révélation d'une vérité préexistante – même si une théorie politique, par exemple critique vis-à-vis des mécanismes représentatifs, peut au besoin ajouter ces composantes à son analyse. Ce qui la fait être ce qu'elle est consiste dans le fait qu'elle *opère* quelque chose⁸. Dans le cas qui est le nôtre, ce qui est opéré est une conversion de la volonté d'un certain nombre en volonté de l'entité politique dans son ensemble. Dans nos régimes, ce « certain nombre » est la majorité. On pourrait s'interroger sur la question de savoir si la même fiction pourrait servir dans un régime oligarchique en vue de dire que la volonté du plus petit nombre, quelle que soit la façon dont on le définit, est présumée être la volonté collective. On laisse cette question ouverte dans le présent écrit : elle pose la question de la relation entre principe de « *minority rule* » et souveraineté. Disons simplement que du moment qu'on adopte la « *majority rule* », le lien entre celle-ci et l'expression de la volonté collective est jugé aller de soi dans nos régimes : c'est, comme a pu le dire Sieyès dès janvier 1789, « une maxime incontestable » que de « ne reconnaître la volonté commune que dans l'avis de la pluralité⁹ ». D'autre part, et cela jouera un rôle dans la suite du raisonnement conduit ici, le propre du mécanisme majoritaire est de ne pas supprimer la volonté de la minorité, dont l'existence n'est nullement niée.

2) Le principe de majorité se place dans le sillage du principe de représentation. La majorité est définie par le principe de majorité comme le représentant collectif qui décide au nom de la totalité (représentée) des membres du groupe. Le principe de majorité est un « principe » au sens où c'est une mise en relation primordiale entre l'un et le multiple dans le contexte de l'action politique : le principe explique la relation entre celui ou celle qui gouverne et la multiplicité de ceux qui sont gouvernés. Le principe de majorité n'est pas quelque chose qu'on écrit dans les constitutions pour

d'équivalence, juridiquement, elle est un rapport de substitution. Ce travestissement volontaire des faits entraîne des conséquences de droit déconnectées de toute relation aux faits auxquels ils sont censés se rapporter ».

⁸ C'est peut-être le propre de toute fiction juridique que de transformer ainsi la réalité, par exemple pour produire des choses qui n'étaient pas là auparavant. Dans notre exemple, la fiction majoritaire produit à la fois une décision, l'entité à qui cette décision est imputée (le corps politique), et l'entité qui prend effectivement la décision (la majorité). Une étude analytique de la norme prescrivant, dans un système donné, le principe de majorité permettrait donc, de manière purement conceptuelle, de produire un système de décision politique élémentaire, mais complet.

⁹ E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, *op. cit.*

imposer ceci ou cela. C'est une institution au sens le plus élémentaire d'une structure pratique d'action collective dont la description relève, avant toute mise en forme juridique, de la théorie politique. Celle-ci peut d'ailleurs, de ce point de vue, être appréhendée comme une branche spécialisée du droit constitutionnel, une des enquêtes que la science constitutionnelle doit conduire pour comprendre ses propres objets. C'est la raison pour laquelle, s'agissant de comprendre le principe de majorité, on en remontera souvent, de manière spontanée tout autant que légitime, à la philosophie politique et à des auteurs appartenant au corpus classique de la science politique. En particulier, il ne semble pas excessif de dire que les observations de John Locke sur le principe de majorité dans le *Second Traité du Gouvernement Civil* devraient constituer la base de toute analyse sérieuse de la question. Il faudrait donc effectuer une analyse approfondie des paragraphes que cet ouvrage consacre à la décision majoritaire, et en particulier des paragraphes 95 à 99 et 132 du *Second Traité*. On ne le fera pas ici, car le propos est beaucoup plus réduit. Mais on peut considérer ce qui suit comme l'ébauche d'une réflexion à partir de ces paragraphes. On ne prétend pas se livrer à une « interprétation » de Locke, parce qu'il n'est pas question ici d'une quelconque contrainte de fidélité interprétative à cet auteur, mais plutôt de ressaisir la sorte de configuration de pensée dont il a offert une expression mais qui existe par delà ses propres écrits. Si Locke ne nous disait pas quelque chose sur notre réalité politique et institutionnelle, sur la sorte de système dans lequel nous vivons et sur le contenu de nos conceptions politiques, nous aurions cessé de le lire.

Le principe de majorité remonte ultimement à une disposition¹⁰ politique sous-jacente propre à nos sociétés politiques. Il pourrait en quelque sorte se comprendre comme (on reprend là une formule bien connue de Marx, mais en la détournant) « l'énigme révélée » de toute relation politique. Mais, hélas, il n'est pas *la seule* énigme révélée de toute relation politique. Viennent en contrepoint des principes contraires qui configurent à leur tour le système politique et institutionnel. Ainsi en est-il du principe de la souveraineté nationale, ou du principe selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale », qui se trouve exprimé dans l'article 6 de la Déclaration française de 1789. Dire que la loi est l'expression de la volonté générale, c'est autre chose que de dire que « la loi résulte du vote de la majorité¹¹ », ce qui serait également exact, mais justement n'a pas été dit ainsi.

3) On peut maintenant tirer quelques conclusions de cette excursion dans la théorie politique du point de vue, cette fois, de la théorie juridique. Comment faut-il présenter le principe de majorité d'un point de vue juridique ? Quel est le format approprié pour l'exprimer et que veut-on dire

¹⁰ Il n'est pas question ici d'une disposition au sens psychologique, mais d'une « disposition des choses » au sens où Montesquieu emploie cette expression.

¹¹ Même si la Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen incorporée (comme préambule) dans la constitution de l'an III associa pour sa part les deux principes, adoptant là une formulation différente de la déclaration de 1789 : « La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou des représentants » (article 6).

quand on parle à son sujet de « principe » ? Le terme est un peu trompeur. Quand on pose le principe de majorité comme « principe », on ne renvoie pas par là à une sorte de format normatif plutôt qu'à une autre (un « principe » par opposition à une « règle », par exemple, comme lorsqu'on dit en anglais : « *majority rule*¹² »). On renvoie à son caractère primordial comme cadre d'ordonnement de la relation politique. On appréhende aussi celle-ci comme relation dynamique ne prenant sa teneur propre que dans le contexte d'une décision. Il n'y a de politique que parce qu'il y a des problèmes collectifs auxquels il est répondu par une décision. Il n'y a pas de politique s'il n'y a pas de décision à prendre. La nécessité de la décision est ce qui fait naître l'espace de la politique et donc celui-ci est l'espace d'une délibération potentielle, y compris lorsqu'en pratique cette délibération n'a pas lieu. Cette décision est, de manière inhérente, une décision collective, au sens où elle engage la collectivité. L'existence même de la collectivité est conditionnée par l'apparition de ce type de situations où, face à un problème donné, il est reconnu qu'une décision doit être prise. Et, symétriquement, dans la décision elle-même, la composante collective se fait sentir à travers la règle de majorité. Autrement dit : ce que dit le principe de majorité, c'est 1/ qu'une décision politique est toujours une décision comportant une dimension collective ; 2/ que la dimension collective de la décision politique prend une figure particulière : la concernant, il est impossible de dissocier le partiel, ou le fragmentaire, du tout, c'est-à-dire de la totalité de la collectivité. En politique, autrement dit, on ne peut pas opposer le tout et les parties d'une manière telle que la division du tout en parties puisse être supprimée au profit d'une situation de parfaite homogénéité. Certes, si on fait prévaloir en dernière analyse la partie, la fraction, du corps politique, on viole une nécessité fondamentale qui s'exprime par exemple, en droit constitutionnel français, dans le principe de souveraineté nationale. Mais inversement, on commet une erreur tout aussi importante en considérant qu'aucune place ne doit être reconnue aux parties face au tout. Ce que dit le principe de majorité, c'est qu'un groupe quelconque peut se former et parvenir à exprimer légitimement la volonté collective. Le principe de majorité énonce les conditions auxquelles cette prétention est subordonnée : ce groupe doit réunir une « majorité » sur la décision qu'il préconise. Avant qu'il y parvienne, il n'est pas pour autant illégitime, du moment qu'il admet cette condition, c'est-à-dire qu'il se soumet au principe de majorité.

La collectivité dans son ensemble n'existe qu'au travers de l'intervention d'un ou plusieurs gouvernants : c'est le principe de représentation. Mais même la collectivité des représentés n'existe pas seulement à l'état d'entité homogène, autrement dit dans l'unanimité. Le peuple des gouvernés lui-même ne peut être envisagé que si on l'appréhende comme un tout animé de séparations internes. Si toute décision pouvait être unanime, ou bien encore si aucun dispositif de représentation (volonté d'un seul, minorité, majorité, unanimité, etc.) ne permettait de parvenir à une décision, il serait inutile pour les hommes d'avoir une vie politique et d'agir

¹² Ce qui peut se comprendre aussi, en raison d'une ambivalence du terme « *rule* » que le français ne peut pas reproduire, par « gouvernement de la majorité ».

politiquement. La politique est une relation dynamique, une interaction entre le groupe humain et ses parties. Cela ne signifie pas que l'unanimité soit impossible. Elle est une des configurations de la politique. Mais elle constitue une configuration exceptionnelle, une configuration de la situation d'exception. Elle concerne en particulier les commencements politiques et les moments où la destruction menace la communauté politique. Elle peut aussi concerner les situations où la configuration politique des commencements doit être constamment présente à l'esprit des acteurs institutionnels. C'est notamment le cas des systèmes fédéraux. Mais il reste que la configuration de la situation politique normale est celle dans laquelle on ne peut pas concevoir le tout autrement que traversé par des séparations internes. Il n'y a pas unanimité, et cependant la collectivité des gouvernés ne cesse pas d'exister. Au contraire, elle n'existe que du fait de cette scission interne qui, loin de la ruiner, la constitue.

C'est en cela que consiste le principe de majorité. Il est le principe déterminant la relation constitutive entre le tout (la collectivité des gouvernés) et les parties du tout. On le voit bien dans la formule simple et claire qu'emploie Otto von Gierke pour le définir (et pour exprimer la fiction en laquelle il consiste) : la partie vaut autant que le tout¹³. Par exemple une majorité peut parler au nom de la nation. Ou bien un parti peut exprimer le bien commun. La nation dans un cas, ou le bien commun dans l'autre, ne pourraient pas exister sans l'intervention de la majorité ou celle du parti politique. De ce fait, la majorité n'est pas seulement un groupe dominant et potentiellement oppressif ; et le parti politique est autre chose qu'une faction. Le principe de majorité produit un effet de légitimation de ces regroupements, qui sont des composantes actives du corps politique et non de simples intérêts égoïstes et particularisés. Au demeurant, le problème de la distinction entre faction et parti est ici mis au jour dans sa grande complexité, car rien ne prouve que le bien commun puisse être dit autrement que par une f(r)action du tout. On pourrait ainsi arguer que le bien commun, celui de la communauté tout entière, ne peut être dit que par une partie de cette communauté, mais que celle-ci, en retour, ne peut ni rester une simple faction, ni jamais devenir l'organe exclusif du bien commun, ce à quoi s'opposent les formules constitutionnelles selon lesquelles la souveraineté est inaliénable, etc.¹⁴.

¹³ « *Der Teil so viel gilt wie das Ganze* » (O. GIERKE, « Über die Geschichte des Majoritätsprinzipes », reproduit dans C. OFFE (dir.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie: Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1984, p. 22).

¹⁴ Je dois cet argument à M. Xifaras et je reprends ici presque mot pour mot un commentaire qu'il avait formulé.

B. Quelle place pour le principe de majorité dans le constitutionnalisme libéral ?

1) On prétend souvent que le libéralisme est avant tout attaché à la protection de la minorité contre la « tyrannie de la majorité ». Cela n'est pas inexact. Les représentants de la plus haute tradition du constitutionnalisme libéral ont même exprimé des réticences assez vives vis-à-vis, non seulement du principe de majorité, mais encore de toute forme de calcul des forces en présence, s'agissant de décider de certaines questions constitutionnelles parmi les plus importantes. Cette position est bien résumée par Burke :

Ni le petit nombre ni le grand nombre n'ont de droit à agir seulement de par leur volonté, dans une quelconque matière en relation avec le devoir, la confiance, les engagements pris ou l'obligation. La constitution d'un pays étant établie une fois pour toutes sur la base d'une convention, tacite ou expresse, il n'y a pas de pouvoir existant ou de force qui puisse le modifier, sans une violation de la convention, à moins que toutes les parties y consentent. Telle est la nature d'un contrat. Et les votes d'une majorité du peuple, quoi que leurs infâmes flatteurs puissent leur inculquer en vue de corrompre leurs esprits, ne peut pas modifier l'essence morale des choses pas plus qu'elle ne peut modifier l'essence physique des choses [...] car aucun d'entre nous, êtres humains, ne peut se dégager de la foi donnée, publique ou privée, non plus qu'avec tout autre lien d'obligation morale, et cela vaut aussi d'un nombre quelconque d'entre nous¹⁵.

Il n'y a pourtant nulle incompatibilité entre les préoccupations du constitutionnalisme libéral et les exigences du principe de majorité. Les deux cohabitent très bien en pratique, et cela peut se comprendre d'un point de vue de théorie politique. Le libéralisme constitutionnel dépend principalement du fait que le corps politique (nation, peuple, État, etc.) n'est pas considéré avant tout, de manière essentialiste, comme une totalité homogène, insécable et insusceptible de séparations internes. Du moment que l'on admet qu'une majorité pourra parler au nom du corps politique, et même que cette fonction de porte-parole est ce qui permet au corps politique d'exister, on va dans la direction du libéralisme politique, parce qu'on reconnaît pleinement la légitimité des regroupements partiels d'individus dans la vie politique de l'État. De ce point de vue, la conception française n'est pas toujours orientée dans cette direction libérale. Lorsque le Conseil

¹⁵ « *Neither the few nor the many have a right to act merely by their will, in any matter connected with duty, trust, engagement, or obligation. The constitution of a country being once settled upon some compact, tacit or expressed, there is no power existing of force to alter it, without the breach of the covenant, or the consent of all the parties. Such is the nature of a contract. And the votes of a majority of the people, whatever their infamous flatterers may teach in order to corrupt their minds, cannot alter the moral any more than they can alter the physical essence of things. [...] as no one of us men can dispense with public or private faith, or with any other tie of moral obligation, so neither can any number of us* » (E. BURKE, *Further Reflections on the Revolution in France*, Daniel E. Ritchie (éd.), Indianapolis, Liberty Fund, 1992, texte disponible à l'adresse : http://oll.libertyfund.org/titles/660#Burke_0006_383).

constitutionnel n'admet pas qu'on puisse parler d'un « peuple corse, composante du peuple français¹⁶ », il impose une vue assez peu libérale de la notion française de « peuple ». On pourrait cependant relever que la particularité de certains regroupements (le peuple corse, le peuple de Nouvelle Calédonie, qui est régi par des règles de droit électoral tout à fait déroatoires) n'en est pas moins reconnue par d'autres biais dans le droit français contemporain : par exemple, le droit fiscal (pour la Corse, par exemple) ou bien le droit électoral (pour la Nouvelle Calédonie). De même, le droit français reconnaît leur particularité aux collectivités d'outre-mer (article 74 de la constitution de 1958) ou aux départements d'Alsace-Moselle *via* des principes de spécialité législative diversement formulés. Il n'y a pas de division au sein du « peuple » français, mais il y a à l'évidence des règles reconnaissant leurs particularités à certains groupes culturels, humains, ou à certaines parties du territoire.

Cette interdépendance entre libéralisme constitutionnel et principe de majorité a tout à fait bien été aperçue par les adversaires dudit libéralisme constitutionnel. Les doctrines qui insistent sur l'unité et l'homogénéité du peuple sont en général très réservées vis-à-vis du principe de majorité. C'est le cas par exemple de Carl Schmitt qui, dans sa *Théorie de la constitution*, œuvre à construire un concept de décision qui ne dépend en rien de l'idée de votation majoritaire. Il oppose ainsi la décision politique du peuple et « la procédure de vote individuel et de constatation statistique de la majorité¹⁷ », dont il estime qu'elle ne contient qu'exceptionnellement une vraie décision. Ce que cela dit, c'est que le principe de majorité est vu par ses adversaires comme un principe arbitraire : une sorte de coup de dés. Mais pour le constitutionnalisme libéral, cette inextirpable composante d'arbitraire est une garantie prudentielle. Elle dit la chose suivante : il en a été décidé ainsi, mais il aurait pu en être décidé autrement. Les deux décisions étaient possibles, et c'est cela qui constitue l'espace de la délibération politique. Plusieurs décisions étaient légitimes. Ou bien : plusieurs candidats aux fonctions de gouvernant étaient légitimes. Demain, la décision inverse sera peut-être prise, ou bien une alternance verra un autre personnel politique occuper les positions de pouvoir. Là aussi, on voit à la seule reconnaissance du principe de majorité qu'il implique conjointement, de toute nécessité, la reconnaissance de la minorité et de sa totale légitimité.

2) La seconde raison qui rattache de manière profonde le principe de majorité au libéralisme constitutionnel, c'est sa neutralité axiologique. C'est ce que l'on reproche parfois au principe de majorité : il ne traduit pas la victoire de « la » Raison, ou de telle ou telle « raison » (au sens d'un argument que l'on mobilise), mais la victoire du nombre. Il serait l'expression d'une sorte de « loi du plus fort ». Ce reproche n'est pas entièrement fondé, et cela pour différentes raisons. En particulier, il omet le fait que la force brutale d'un grand nombre n'a pas besoin du principe de

¹⁶ Décision n° 91-290 DC du 13 mai 1991 (Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse). Voir aussi dans le même sens la décision relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 15 juin 1999 (n° 99-412 DC).

¹⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 421.

majorité pour s'exprimer. Le principe de majorité est d'ores et déjà une forme d'institutionnalisation, qui permet de supposer le consentement de tous à la règle ainsi imposée. Dans l'ombre portée du principe de majorité, il y a une idée contractualiste difficile à extirper. Tous ont consenti à laisser décider la majorité. Cette idée contractualiste plus ou moins implicite a tous les désavantages du contractualisme en général. Ici, on voit comment elle présuppose que la minorité qui s'incline le fait sur la base d'un consentement, ce qui ne va nullement de soi. Au demeurant, l'idée de consentement est extrêmement ambiguë, comme cela est connu de tous ceux qui se sont penchés sur elle dans différents domaines. Mais quoi qu'il en soit, il est permis de penser qu'une certaine composante contractualiste est présente dans le raisonnement en termes de principe de majorité. Cela nous reconduit au fait, évoqué plus haut, que le principe de majorité est un principe qui met en relation la communauté politique prise comme un tout et ses composantes, les parties du tout. La loi du plus fort ne permet rien de tel. Le plus fort impose sa volonté au plus faible. Il n'est en rien présupposé qu'ils forment ensemble une collectivité politique. On pourrait même ajouter que le principe de majorité, loin de sanctionner une victoire de la force brute, constitue plutôt un moyen de faire cesser toute velléité de violence, qu'elle vienne du vainqueur (majoritaire) ou du vaincu (minoritaire). La violence politique émane tout autant des minorités insatisfaites que des majorités tyranniques. De ce fait, le principe de majorité se range au nombre des dispositifs que le droit constitutionnel a fait émerger en vue de faire échec à la guerre civile.

Ce qu'il y a de vrai dans une telle critique, c'est que le principe de majorité ouvre la voie à des choix qui ne sont pas fondés sur des raisons, mais sur une quantification, sur l'identification d'un « plus grand nombre » emportant la décision. Cette irrationalité peut déplaire aux esprits qui ont une préférence pour la politique rationnelle vis-à-vis de la politique du nombre. Mais en même temps, cela fait de la majorité un critère de décision neutre du point de vue de toute valeur ou de toute raison d'agir fondée sur des valeurs. C'est la composante décisionniste du principe de majorité. « La majorité a décidé » ne signifie pas : « telle ou telle raison a prévalu ». Nul ne peut le savoir. On doit s'en tenir à des suppositions. On peut certes appréhender la raison majoritaire comme une approximation, un substitut de la droite raison, mais c'est admettre que cette droite raison est elle-même inaccessible. Le « pourquoi du pourquoi » (c'est-à-dire la raison pour laquelle on donne raison à la majorité) n'est pas disponible, et le recours à la décision majoritaire est donc une forme de « boîte noire », d'acceptation d'une composante d'arbitraire ou de « saut dans la foi » effectué par les adhérents à la démocratie représentative. On peut en effet y voir une situation où la décision majoritaire se voit accorder un surcroît de légitimité sans pour autant que sa rationalité supérieure puisse être démontrée. Du moins, à cause précisément du « saut dans la foi » constitutif de la démocratie représentative, on s'efforce dès lors de reconstruire ces raisons *a posteriori*, ce qui est une manière d'avouer qu'elles ne sont pas incorporées dans la décision elle-même, ou du moins (parce qu'après tout

une lecture rationaliste¹⁸ reste toujours possible, même si elle n'a pas grande vraisemblance) que cette décision ne permet de les comprendre qu'après un certain travail de mise en évidence. La pratique politique dans nos sociétés revient un peu à cela. C'est ce qui constitue le pain quotidien des « politistes » de plateaux télévisés et des analystes travaillant pour les instituts de sondage. « Les Français, par leur vote, ont voulu sanctionner telle ou telle politique, ou tel ou tel gouvernant qui en était porteur ». « Le message que les Français ont adressé aux gouvernants consiste dans le désaveu de la politique économique/sociale/xyz conduite depuis un certain temps ». De tels propos sont courants, mais nul n'ignore que chaque électeur ne met pas dans l'urne, en même temps que son bulletin, une explication de vote.

La majorité possède une vertu oraculaire. Elle décide sans dire pourquoi elle décide ainsi. Tel que l'envisage le droit constitutionnel, le vote n'a pas de pourquoi. On peut en passer directement de la décision à ses conséquences sans avoir à en passer par l'examen des raisons. Le principe de majorité est un opérateur neutre, un dispositif de neutralisation des raisons. Cela ne veut nullement dire que ces raisons sont inexistantes, et de ce point de vue les analystes des instituts de sondage et les « politistes » qui abondent sur les plateaux de télévision n'ont pas nécessairement tort. Il n'est pas dépourvu de sens de reconstituer les raisons et les motivations du vote, y compris à un niveau agrégé. Mais ces raisons et ces motivations, qui sont présentes quelque part dans la vie politique, sont absentes du dispositif institutionnel. La dimension institutionnelle et juridique du principe de majorité ne les prend pas en compte et ne les fait pas apparaître. Ce faisant, elle préserve leur pleine légitimité y compris aux raisons et aux motivations qui ont été désavouées ou non-prises en compte par la votation majoritaire. Le défenseur d'une conception traditionnelle du mariage peut être choqué par le vote d'une loi sur le mariage homosexuel en France. Ou bien la militante anti-peine de mort aux États-Unis pourra juger intolérable le fait que de nombreux États y ont maintenu cette pratique qu'elle juge inhumaine. Il manifesterà. Elle se plaindra de toutes les manières possibles. Mais ils reconnaîtront finalement, ne serait-ce que par le fait qu'ils ne tomberont pas dans la lutte armée ou qu'ils ne quitteront pas le pays, que la majorité en a décidé autrement, pour le moment du moins. Le principe de majorité est ce qui nous permet de vivre dans un pays dont nous n'acceptons pas toute la législation et les choix politiques. Appartenir à la minorité, c'est déjà occuper une certaine place. Et parce que le principe de majorité est une institution et non la simple loi du plus fort, celui ou celle se trouvant dans cette situation pourra toujours espérer une nouvelle élection, voire un référendum, en tout cas une occasion où le principe de majorité permettra de renverser la décision qu'il ou elle désapprouve. Au demeurant, cette caractéristique du vote majoritaire permet évidemment à tout votant : 1/ de se prononcer sans avoir de bonnes raisons ou sans avoir à se justifier ; 2/ de

¹⁸ On veut dire par là une lecture selon laquelle la décision majoritaire comporte bien des raisons de manière intrinsèque, même s'il faut un interprète avisé pour les faire apparaître. Certaines lectures de la démocratie vont dans ce sens et peuvent s'apparenter à des variantes sophistiquées de la maxime « *vox populi vox dei* ».

changer d'avis à l'occasion d'une votation future. Mais on approche ici de caractéristiques qui appartiennent plus au mécanisme de la votation qu'au principe de majorité proprement dit.

3) On peut ajouter ici un dernier point, sans pouvoir le développer suffisamment. Le principe de majorité, en tant que mécanisme de décision, est un principe de justice politique. Tel est le fond sociologique de sa validité. Il n'a guère besoin d'être retranscrit dans la Constitution, parce qu'il traduit une conception très spontanée de la justice dans la décision collective au sein de nos sociétés. Si « la majorité a tranché », nous sommes la plupart du temps satisfaits ou, du moins, nous devons taire notre insatisfaction. On peut dire qu'avec une décision à la majorité, il revient à chacun ce qui lui est dû au sens de ce à quoi il a droit politiquement, en sa qualité de citoyen. Une décision majoritaire n'est pas, à première vue, ressentie comme injuste. Elle peut le devenir si d'autres valeurs sont bafouées. Une telle critique est une manière pour l'opposant de contester le processus de rationalisation postérieur à la décision majoritaire, ou bien si l'on veut d'opposer une négation radicale, un acte de non-foi, au « saut dans la foi » majoritaire. Cette contestation peut porter sur le mécanisme de principe, ou, ce qui est plus fréquent, sur telle ou telle décision particulière. Cela revient en quelque sorte à dire : « je ne discute pas le principe majoritaire en général, mais ici, manifestement, son résultat est injuste ». Une décision majoritaire n'est pas totalement immunisée contre les critiques politiques ou morales. Elle peut fort bien finir par être jugée injuste. Mais du point de vue de la question du critère intrinsèque de la décision, le critère majoritaire apporte dans nos régimes une garantie assez forte de justice. Inversement, si la volonté de la majorité n'était pas prise en compte, il y aurait un sentiment d'injustice. Il me semble donc légitime de considérer le principe de majorité comme un principe de justice politique reconnu au niveau constitutionnel. Matériellement parlant, le principe de majorité est un principe de justice opérant dans le contexte de la décision politique.

C. Principe de majorité et droit constitutionnel positif

1) Avant d'examiner les implications de ce qui vient d'être dit sur le droit constitutionnel existant, on peut résumer les choses ainsi :

- En termes de *théorie politique*, le principe de majorité est une structure fondamentale organisant les relations entre le corps politique (qu'il soit appelé nation, peuple, voire société) et les parties qui le constituent.

- En termes de *théorie du droit*, le principe de majorité prend la forme d'une fiction, mais ce n'est pas une fiction qui impose de tenir quelque chose de faux pour quelque chose de vrai. C'est une fiction qui révèle la structure politique fondamentale qui vient d'être décrite. Dire que la volonté exprimée par la majorité « doit être tenue pour » la volonté du corps politique tout entier, c'est dire que, sans l'attribution de cette signification à la volonté de la majorité, le corps politique n'existerait tout simplement pas. On serait tenté de dire, sans se lancer ici dans une révision de la théorie des fictions, que c'est une fiction « révélatrice » plutôt qu'une fiction « dissimulatrice ». On pourrait dire aussi que, par ce biais, le mécanisme de

décision (principe de majorité) suscite en réalité le cadre institutionnel qu'il est censé régir. Il le fait exister, et il ne se contente pas de l'organiser et de résoudre les conflits en son sein.

- De ce fait, *en termes formels* (sous quelle forme la norme est-elle exprimée ?), le « principe » de majorité n'est pas un « principe » au sens courant du terme, ou bien une sorte de « règle ». On s'en rend compte en examinant le statut tout à fait singulier du principe de majorité dans les droits constitutionnels positifs : principe fondamental de toute démocratie représentative, il est en même temps très rarement exprimé explicitement dans les dispositions de la loi constitutionnelle formelle.

- Enfin, *d'un point de vue matériel*, le principe de majorité doit se comprendre comme un principe constitutionnel de justice opérant dans les procédures de décision collectives.

Dire cela nous enseigne quelque chose sur le principe de majorité. Si l'on essayait de l'imposer juridiquement dans une société qui n'aurait pas les mêmes structures politiques que les nôtres (où le droit constitutionnel a vraiment un sens, et ne constitue pas seulement une strate plus ou moins superficielle de la culture politique), on ne parviendrait à rien, ou du moins nullement au même résultat. Une étude de droit comparé extra-occidental pourrait ainsi se pencher sur un régime comme celui de la République Islamique iranienne, pour voir comment un système représentatif dépendant du principe de majorité y coexiste avec les composantes théocratiques du même régime. Quoi qu'il en soit, le principe de majorité est ce qui permet qu'il y ait du droit constitutionnel. Ainsi, il est consubstantiel à la conception libérale du pouvoir constituant. Par le référendum constituant, adopté à la majorité, ou par le vote à la majorité d'une assemblée constituante, on parvient à l'adoption d'une constitution démocratique au sens libéral du terme. Il faut donc que le principe majoritaire soit une structure d'action collective qui existe indépendamment de la constitution positive. À l'inverse, lorsque la question du pouvoir constituant est abordée par d'autres biais, par exemple celui de la décision schmittienne, les présupposés sont tout à fait autres. La décision schmittienne n'est pas attribuée à un peuple qui serait représenté par une majorité (ou une majorité de représentants). Il est décision du peuple lui-même sur l'ordre politique concret. Le peuple lui-même est ce qui est pensé comme totalité fondatrice, non traversée par des divisions qui le constituent. De la même manière, les conceptions du pouvoir constituant inspirées par les positions de la démocratie radicale (par exemple chez Toni Negri) ne sont guère intéressées par le principe de majorité, parce qu'il implique à leur yeux une médiation qui dénature le fonctionnement de la démocratie. Seule compte la spontanéité politique de la masse démocratique, qui doit pouvoir s'exprimer à tout moment.

2) On comprend mieux, cela étant posé, pourquoi le champ d'application du principe de majorité est si vaste. Ses limites sont à proprement parler celle de la politique elle-même. Dans la pratique, on le rencontrera donc sans surprise dans un nombre très varié de contextes :

- Dans les élections politiques ou non-politiques (professionnelles, par exemple).

- Au sein des organes politiques centraux eux-mêmes : les assemblées, mais aussi dans certains pays des organes exécutifs (vote au sein du gouvernement, comme en Allemagne). On pourrait relever ici que le principe de majorité ne concerne pas seulement les votes individuels : ainsi le principe de majorité est un des principes qui permettent de régir les relations entre centre et périphérie dans un système fédéral, comme l'a relevé le juge constitutionnel allemand dans sa décision Lisbonne de 2009¹⁹. La Cour constitutionnelle de Karlsruhe a ainsi pu énoncer, dans cette décision, que la forme fédérale d'État était caractérisée par la règle majoritaire (voir *infra*).

- Au sein d'organes non-politiques de l'État : par exemple les juridictions. Cela invite d'ailleurs à remarquer que si dans certains systèmes on adopte les décisions de justice à la majorité, la décision n'est pas moins censée être rendue à l'unanimité. C'est le cas par exemple des hautes juridictions françaises, et notamment du Conseil constitutionnel. On voit là que l'unanimité dans l'argumentation juridictionnelle peut être un masque pour la décision majoritaire. Et on voit alors pourquoi l'unanimité, dans ce contexte précis, est toujours une sorte de façade. La vérité de la délibération juridictionnelle se retranscrit dans un vote à la majorité et non dans une unanimité réelle. Partant de là, le choix de présenter les décisions de justice comme unanimes obéit à des considérations particulières et distinctes.

3) Principe fondamental de toute démocratie représentative, le principe de majorité est en même temps très rarement exprimé explicitement dans les dispositions de la loi constitutionnelle formelle. Cela peut être jugé comme une fragilité. Ou, plus plausiblement, cela peut être envisagé comme une conséquence normale de son statut de disposition politique fondamentale, qui est une condition de possibilité de la constitution. En effet, faire du principe de majorité un principe du "droit" des États-membres de l'Union Européenne n'est certainement pas inexact, mais cela suppose un certain travail de qualification, ou disons d'identification. Il existe certes des cas où le principe est exprimé directement dans la constitution écrite, par exemple dans l'article 6 de la Constitution tchèque :

Les décisions politiques doivent procéder de la volonté de la majorité, exprimées par un vote libre. Les décisions de la majorité doivent respecter les droits des minorités.

Dans cette disposition, la référence aux minorités est très intéressante et reflète une propension du droit constitutionnel contemporain à mettre l'accent, sous différentes formes, sur leur protection. Si on accepte d'appréhender le principe de majorité comme cela a été suggéré en première partie de cet exposé, l'existence des minorités n'est pas une sorte d'ajout accidentel : elle est présupposée par la formulation même du principe de majorité. Cela vaut autant des groupes minoritaires existant au regard de la forme de l'État (minorités ethniques, etc.) que ceux qui structurent la forme de gouvernement (opposition parlementaire, etc.). On pourrait étendre ce

¹⁹ O. BEAUD, « The Issue of Majority in a Federal System », in J. ELSTER & S. NOVAK (dir.), *Majority Decisions. Principles and Practices*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 56.

raisonnement à une forme d'État particulière qui est celle de l'État fédéral (États fédérés comme regroupements partiels au sein de l'État fédéral). Cela étant dit, le principe de majorité lui-même n'est en général que rarement formulé directement dans les constitutions écrites, ou dans les règles du droit constitutionnel dit matériel, par exemple dans le droit électoral. On a pu relever que :

Les auteurs de la nouvelle Constitution des États-Unis [en 1787] ne virent aucune implication en termes de règles de majorité dans les événements qu'ils venaient de vivre, ou (s'ils apercevaient de telles implications) évitèrent studieusement d'y faire référence dans le nouvel instrument du gouvernement²⁰.

En admettant que les Pères fondateurs américains aient ainsi « studieusement » écarté le principe de majorité du texte de leur constitution, il existe aussi des cas où il semble plutôt que son inscription dans la loi fondamentale ne se soit pas révélée possible, même si elle était désirée. Carl Schmitt pouvait relever, non sans une certaine ironie, que le pasteur et homme politique libéral Friedrich Naumann n'était pas parvenu à faire inscrire dans le texte de la Constitution de Weimar la maxime « La majorité décide » (« *Mehrheit entscheidet* »). Cet échec n'est pas le seul fait de la Constitution allemande de 1919²¹. Il est assez rare de retrouver le principe de majorité exprimé directement dans les constitutions écrites comme un principe régulateur existant à un très haut niveau de généralité, comme le sont par exemple le caractère démocratique de l'État, ou la reconnaissance des droits de l'homme dans la Loi fondamentale allemande, exemple intéressant de constitution à forte composante « reconnaîtive » de grands principes de ce type. Même dans ce type de constitution, le principe de majorité ne trouve pas nécessairement sa place, comme s'il était presque trop primordial pour être mis par écrit. Le principe de majorité semble résister à l'écriture constitutionnelle, en quelque sorte par excès d'évidence. Mais la question pourrait se présenter sous un autre jour. La suppression du principe de majorité par un hypothétique pouvoir aux visées tyranniques pourrait tout à fait contrevenir aux clauses de limitation matérielle du pouvoir de révision contenues dans les constitutions démocratiques. On pense ainsi à l'article 79, al. 3 de la Loi fondamentale allemande de 1949, ou à l'article 89, al. 5 de la Constitution française de 1958. Il semble en effet plus que plausible qu'un tel principe soit indissociable de la « forme républicaine de gouvernement » protégée par cette disposition. Relevons toutefois que la plupart des régimes tyranniques de notre temps, se réclamant eux-mêmes de la démocratie, s'appuient sans hésiter sur le principe de majorité, dont les résultats sont naturellement manipulables sans difficulté, et n'ont donc aucun motif de l'abroger.

²⁰ « *The authors of the new constitution of the United States either saw no majority-rule implications in the events through which they had been living, or (if they did see such implications) studiously avoided pointing them up in the new frame of government* » (W. KENDALL, *John Locke and the Doctrine of Majority Rule*, Urbana, University of Illinois Press, 1965, p. 15).

²¹ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 421.

Au total, il est difficile pour le droit constitutionnel, en tout cas pour les constitutions positives écrites, de reconnaître comme telle la fiction fondatrice de tout l'édifice institutionnel. C'est peut-être la raison pour laquelle des auteurs britanniques ont pu finir, au XIX^e siècle, par conclure que le caractère non-écrit de la Constitution britannique avait été un terrain fécond pour l'implantation de la « *majority rule* ». L'idée semble avoir été, chez l'auteur victorien souvent cité à l'appui de cet argument, Sir James Fitzjames Stevens²², que la Constitution non-écrite aurait progressivement érodé les mécanismes contre-majoritaires qu'elle pouvait contenir, de sorte qu'elle est devenue, par la voie d'une transformation coutumière, etc., la constitution la plus ouvertement démocratique qui soit.

Ce n'est pas à dire que cette résistance à la mise par écrit soit totale. On trouve par exemple des formulations du principe de majorité dans les dispositions réglementant telle ou telle procédure de votation interne aux organes de l'État. On va ainsi trouver tout un ensemble de dispositions constitutionnelles prévoyant qu'une décision parlementaire sera prise à telle ou telle majorité. Parmi les droits internes des États-membres de l'Union Européenne, on peut prendre l'exemple de l'article 42 (2) de la Loi fondamentale allemande :

La majorité des suffrages exprimés est requise pour les décisions du Bundestag, sauf disposition contraire de la présente Loi fondamentale. Le règlement intérieur peut admettre des exceptions pour les élections auxquelles doit procéder le Bundestag.

D'autre part, les jurisprudences constitutionnelles ont pu contribuer à donner des formulations plus explicites à ce principe de majorité, et plus larges que dans le droit positif. Ainsi, dans son importante décision « Lisbonne » de 2009²³, la Cour constitutionnelle allemande a jugé que :

Dans la mesure où des décisions contraignantes pour les citoyens sont prises dans l'espace public, notamment des décisions apportant des restrictions aux droits fondamentaux, ces décisions doivent pouvoir être rattachées à une volonté majoritaire du peuple librement formée [...]. Cet ordre constitutionnel est celui d'un pouvoir d'État de droit sur le fondement de l'autodétermination du peuple basée sur la volonté, formée dans des conditions de liberté et d'égalité, de la majorité du moment (§ 212).

L'autodétermination du peuple par des élections et votations libres et basée sur le principe de majorité est constitutive pour l'ordre constitutionnel régi par la Loi fondamentale. Cette autodétermination se déploie dans un espace de formation libre de l'opinion publique et dans une compétition organisée qui a lieu entre forces politiques dans le rapport entre un gouvernement responsable et une opposition parlementaire. L'exercice de la puissance publique est régi par le principe de majorité, avec formation régulière d'un gouvernement responsable et

²² Voir A. VERMEULE, « The Force of Majority Rule », in J. ELSTER & S. NOVAK (dir.), *Majority Decisions. Principles and Practices*, op. cit., p. 132-140.

²³ BVerfG, 2 BvE 2/08 (30.6.2009). Est reprise ici la traduction officielle disponible sur le site de la Cour, consultable à l'adresse : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html.

une opposition non entravée, laquelle a la possibilité d'accéder, à l'avenir, au gouvernement. Notamment à l'occasion de l'élection de l'assemblée représentant le peuple ou lors de l'élection aux plus hautes fonctions du gouvernement doivent exister la possibilité d'exprimer une volonté majoritaire généralisée sur les plans personnel ou matériel, ainsi que la possibilité d'engendrer par l'élection des décisions sur les orientations politiques (§ 213).

Il est intéressant de remarquer que l'argumentation de la cour articule ce principe de majorité avec trois autres principes :

1/ Le principe selon lequel « Le droit de vote est le droit subjectif de participation démocratique le plus important que la Loi fondamentale garantit au citoyen (article 20 alinéas 1 et 2 GG) » (§ 210).

2/ Le principe selon lequel la majorité parlementaire représente la volonté de la majorité du peuple :

Selon les modalités du droit électoral allemand, le régime parlementaire représentatif exigé par la Constitution est réalisé par le fait que la volonté des électeurs se reflète de manière aussi proportionnelle que possible lors de la répartition des sièges. Une décision de la majorité parlementaire représente en même temps une décision de la majorité du peuple. Chaque député est un représentant du peuple tout entier et de ce fait, membre d'un corps représentatif formé de membres égaux (article 38 alinéa 1 de la loi fondamentale de 1949) qui ont accédé à leur mandat dans des conditions conformes au principe d'égalité. (§ 214).

3/ Enfin, le principe selon lequel le principe de majorité implique l'existence et la légitimité de la minorité :

Il y a un point commun à toutes les démocraties représentatives : La volonté de la majorité dégagée dans des conditions d'égalité et de liberté est formée par l'opération de vote – soit dans la circonscription, soit dans l'assemblée élue à la proportionnelle. La décision de la majorité des citoyens sur l'orientation politique doit se refléter au Parlement et au gouvernement ; la minorité politique vaincue demeure visible en tant qu'alternative politique et tant dans l'espace de libre formation de l'opinion publique que dans le cadre des procédures de décision formelles, elle agit en tant qu'opposition susceptible d'accéder à la majorité lors de scrutins ultérieurs. (§ 215).

II. PRINCIPE MAJORITAIRE, DÉMOCRATIE ET NATURE DU RÉGIME POLITIQUE

Le principe de majorité conduit à la formation de ce que Jean-Marie Denquin a appelé des majorités au sens de « matrices de comportements » : des phénomènes institutionnels appelés majorités, plus ou moins stables, plus ou moins juridicisés, mais qui jouent un rôle décisif dans le fonctionnement des régimes politiques²⁴. La notion de majorité n'est pas

²⁴ J.-M. DENQUIN, « Recherches sur la notion de majorité », art. cité, p. 958.

seulement une fiction déterminant la procédure de décision dans telles ou telles institutions. En effet, par delà les *mécanismes* de décision majoritaires, il faut faire leur place en droit constitutionnel aux *institutions* majoritaires : on parlera ainsi de majorité parlementaire, de distinction entre majorité et opposition, ou bien, en France, de majorité présidentielle. Cela est d'autant plus marqué dans l'Union Européenne que la plupart des États membres sont des régimes parlementaires. En régime parlementaire, la majorité est une institution-clé du système politique : le critère d'un tel régime consiste en effet dans le fait que le gouvernement tire sa légitimité de la confiance que lui apporte une majorité des membres du parlement.

A. Un principe inhérent à la conception moderne de la démocratie ?

Le principe de majorité est lié au principe démocratique, mais ils ne sont pas identiques. La majorité démocratique, c'est *le plus grand nombre au sein du plus grand nombre*. La décision politique est confiée à un sous-groupe quantitativement dominant au sein du groupe à qui la doctrine démocratique reconnaît le pouvoir de trancher les questions politiques, à savoir le peuple. Le peuple, c'est le « plus grand nombre » dans la société, par opposition à un seul (monarchie) ou à quelques-uns (oligarchies de différents types). Dans les régimes mixtes du passé (par exemple la Rome républicaine ou l'Angleterre du XVIII^e siècle), le peuple n'était qu'un groupe parmi d'autres, en compétition pour le pouvoir avec des groupes plus petits ou avec des candidats au pouvoir personnel. Dans la démocratie moderne, le peuple se comprend comme la totalité des citoyens. Il serait inapproprié de le comprendre comme le « plus grand nombre » (οἱ πολλοί) des régimes antiques. Mais une certaine ambiguïté persiste. On ne peut en effet pas totalement écarter la définition ancienne du peuple comme étant le « plus grand nombre », car elle est celle qui donne son sens à la démocratie, y compris dans les régimes où elle l'a emporté comme principe politique et qui ne sont donc plus mixtes. Par exemple, quand on s'interroge sur l'intérêt qui doit être recherché lors de l'adoption d'une loi, il n'est pas possible de raisonner en termes d'unanimité, car il y a toujours une minorité au moins dont les intérêts subissent un préjudice. Mais il est possible de raisonner en termes d'intérêt du plus grand nombre, de nature à prévaloir sur ces intérêts de la minorité.

Partant de là, qu'est-ce que la majorité au sein du peuple démocratique ? On peut estimer que cela ne signifie rien d'autre que 50% plus un de la totalité des personnes concernées (par exemple l'électorat au sens du suffrage universel). Mais on peut aussi envisager les choses différemment. Ainsi, quand on interprète le « plus grand nombre » de la démocratie comme renvoyant à l'idée d'« autant de gens que possible²⁵ », on glisse d'une conception stricte du principe de majorité (50% + 1) à une conception consensualiste qui viserait idéalement une décision à l'unanimité. L'idéal

²⁵ « *As many people as possible* » (A. LIJPHART, *Patterns of Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1999, p. 4).

serait de parvenir à 100% d'approbation des choix politiques, tandis que dans la conception habituelle du principe de majorité, cela n'est nullement le but visé : 50% plus un est suffisant.

Il pourrait sembler, quoi qu'il en soit, que quiconque aspire à voir régner le plus grand nombre, c'est-à-dire la démocratie, ne peut pas désirer que ce « plus grand nombre », une fois sa souveraineté reconnue, soit gouverné par un « petit nombre ». Il y a une résistance naturelle des régimes démocratiques à laisser s'installer à leur tête des oligarchies, voire à laisser un pouvoir de blocage ou de codécision à des minorités. Mais en fait, dans nos systèmes constitutionnels, le grand nombre et le petit nombre coexistent assez harmonieusement. Le droit constitutionnel pourrait très bien s'interpréter en distinguant deux rubriques :

1) Il y a d'une part les mécanismes qui confèrent un pouvoir au petit nombre, par exemple à travers l'organisation de la décision exécutive ou juridictionnelle. Nous sommes en effet loin d'être seulement gouvernés par des techniques majoritaires. Dans la plupart des cas, les décisions sont individuelles ou confiées à quelques-uns. Le droit constitutionnel, y compris démocratique, est un dispositif à produire des oligarchies, des procédés oligarchiques, du moment que leur légitimité est garantie par ailleurs. Une assemblée, par exemple, est un petit nombre décidant pour le compte du grand nombre. De ce point de vue, il faut distinguer les *majorités de légitimation* et les *majorités de décision*. Les dispositifs de décision oligarchiques ou individuels sont en général articulés avec des mécanismes majoritaires de légitimation : on élit à la majorité le chef qui décidera ensuite seul, ou le groupe de parlementaires qui exercera sans partage le pouvoir d'adopter les lois. Mais ce sont là des majorités de légitimation, autrement dit représentatives, non des majorités de décision directe. Dans nos régimes politiques, qui sont fondamentalement des régimes représentatifs sous contrainte démocratique, la plupart des mécanismes de majorité visent à la légitimation.

2) Beaucoup plus rares sont les mécanismes qui rendent possible, dans certains cas assez circonscrits, une prise de décision par le plus grand nombre. La majorité peut être rangée au nombre des « *institutions for making government policies depend on votes and other expressions of preferences* » qui constituent, selon Robert Dahl, l'un des six critères d'une « *reasonably responsive democracy*²⁶ ». Un très bon exemple de cela se trouve dans le référendum.

Toutefois la fiction inhérente au principe de majorité est aussi ce qui constitue sa limite. La démocratie implique la prise en compte du point de vue de tous (chaque voix comptant pour une) et donc la prise en compte de l'existence de minorités. Cette nécessité d'éviter la « tyrannie de la majorité » est un problème ancien des théories démocratiques. Bornons-nous seulement à relever ici qu'elle a été prise en compte par la Cour

²⁶ Robert A. DAHL, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971, p. 3.

européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans sa décision « Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldavie » (2007), la Cour a pu dire qu'elle attachait

... une importance particulière au pluralisme, à la tolérance et à l'esprit d'ouverture, lesquels sont des caractéristiques d'une « société démocratique ». Aussi estime-t-elle que, bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, *la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante*²⁷.

B. un principe dépendant de la nature du régime politique : trois modèles de démocraties majoritaires

On a vu que le principe de majorité avait deux facettes : une facette décisionnelle et une facette institutionnelle. La question est ensuite de savoir comment ces facettes sont articulées en droit positif. En régime parlementaire, la majorité est une institution clé du système politique : le critère d'un tel régime consiste en effet dans le fait que le gouvernement tire sa légitimité de la confiance que lui apporte une majorité des membres du parlement. Le régime parlementaire se comprend en effet comme un mécanisme de légitimation visant à garantir l'unité de vues entre majorité parlementaire et collectivité ministérielle.

En termes positifs, dans le cadre d'un régime représentatif dominé par des principes libéraux qui impliquent notamment des élections concurrentielles où s'opposent des partis, le régime parlementaire peut en effet se définir par un mode spécifique de légitimation de l'exécutif par le parlement. Cette légitimation est recouverte par ce que l'on appelle la confiance. Cette confiance a pu prendre des formes institutionnelles extrêmement diverses, certaines non écrites voire s'exprimant dans des votations parlementaires dont le but premier n'était en aucun cas de légitimer ou délégitimer les ministres, d'autres ayant été rationalisées dans les règlements des assemblées ou dans des constitutions écrites. Elle a cependant toujours pour résultat de faire que l'exécutif « procède » constitutionnellement – même de façon indirecte – du Parlement. Mais le régime parlementaire est une catégorie très large, qui recouvre des aménagements divers. On le voit en analysant les arrangements différents qui peuvent exister entre la facette décisionnelle et la facette institutionnelle du principe de majorité. On peut distinguer trois modèles : *pureté* (1), *dilution* (2), *surdétermination* (3).

1) Le modèle du régime majoritaire "pur"

C'est principalement le modèle anglais dit de « Westminster ». Le terme « pur » est ici quelque peu imprudent : il s'agit simplement de remarquer,

²⁷ 14 mai 2006 (arrêt définitif), Requête n° 28793/02, § 64 (je souligne).

comme cela est fait très couramment, que dans le système dit de « Westminster », une majorité de 50% plus un siège suffit lors des élections législatives à donner la totalité du pouvoir à un parti ou à une coalition. D'autre part, le système inclut également l'institution du « *first past the post* » : les membres de la Chambre des communes sont élus dans des circonscriptions à élu unique : le candidat bénéficiant de la majorité, ou à défaut de la quantité de voix minoritaire la plus élevée (majorité relative) est désigné. Le système ne désigne qu'un gagnant parmi tous les concurrents. Partant de là, on peut dire avec A. Lijphart que :

L'essence du modèle de Westminster consiste dans la règle de la majorité. Le modèle [de Westminster] peut être vu comme la solution la plus évidente au [problème] de la définition du « peuple » dans notre définition de la démocratie. Qui va se charger de gouverner et à quels intérêts le gouvernement doit-il être attentif [*responsive*] lorsque ceux qui composent le peuple ne sont pas d'accord et ont des préférences divergentes ? Une réponse est : la majorité du peuple [...], toute autre réponse, telle que l'unanimité ou la majorité qualifiée, implique une règle donnant le pouvoir à la minorité, ou du moins lui conférant un veto²⁸.

2) Les modèles où le principe majoritaire est dilué

Autrement dit : le principe de majorité existe, mais du fait de différents correctifs, sa mise en œuvre ne conduit pas à la formation d'une majorité institutionnelle. C'est notamment le cas lorsque le mode de scrutin inclut une dose plus ou moins grande de représentation proportionnelle. Le cas du mode de scrutin allemand pour l'élection au Bundestag est typique de cet état de choses. Mais le lien avec le mode de scrutin n'est pas automatique : même s'il ne s'agit pas d'un État-membre de l'Union Européenne, ce qui les fait échapper au périmètre de la présente recherche, on peut tout de même citer le cas des États-Unis, où un scrutin de type majoritaire conduit dans les élections nationales à des résultats institutionnels autres qu'au Royaume-Uni : à cause de la nature présidentielle du régime, on voit que le Congrès n'est pas organisé en termes de majorité et d'opposition. Cet effet de dilution peut aussi résulter d'autres caractéristiques du système électoral, par exemple du découpage des circonscriptions. Ainsi, pour sortir là encore brièvement de l'Union Européenne, on peut citer la Nouvelle Zélande où un certain nombre de circonscriptions (« *electorates* »), ainsi qu'un certain nombre de sièges dans le Parlement néo-zélandais, sont réservées aux personnes d'origine Maori²⁹.

Il faut aussi faire leur place aux modèles dits consociatifs de démocratie libérale (dans l'Union Européenne : Pays-Bas, Belgique ou Autriche). Le propre du modèle consociatif est de mettre l'accent sur la diversité des groupes qui composent le corps politique, et de viser à leur reconnaître une capacité aussi grande que possible de participation au pouvoir. Dans ce cas,

²⁸ A. LIJPHART, *Patterns of Democracy*, op. cit., p. 4 (je traduis).

²⁹ Voir le site de la commission électorale néo-zélandaise, à l'adresse : <http://www.elections.org.nz/voting-system/maori-representation>.

la dilution du principe de majorité est forte, et s'exprime sur divers plans : celui de l'organisation territoriale (fédéralisme) ; celui de la forme de gouvernement (implication des groupes faisant échec à une logique purement majoritaire) ; celui de la répartition des postes au sein de la fonction publique, etc.

3) Les modèles où le principe majoritaire est surdéterminé

L'exemple-type est celui de la V^e République. Après 1962, et pour la première fois depuis 1875, on a pu parler d'un fait majoritaire, c'est-à-dire d'une situation où « un parti ou une coalition [...] obtiennent la majorité absolue des sièges à l'Assemblée et soutiennent le même gouvernement ou, du moins, la même tendance politique [...] jusqu'à la prochaine échéance électorale ³⁰ » (J.-M. Denquin). Le Doyen Vedel a pu parler de « présidentialisme majoritaire », pratique politique forgée en marge du texte constitutionnel de 1958 dans laquelle, l'Assemblée

... élue à quelques semaines du président comporte une majorité prise dans son sillon faite de fidèles, même de grognards. Tout s'emboîte : le président compose le gouvernement à sa guise, lui donne ses orientations, détermine la part d'autonomie qu'on peut lui laisser ainsi que la durée qui lui sera assignée. La majorité approuve toujours et contrôle peu. L'opposition prépare l'alternance et peut l'obtenir. Tel est le présidentialisme majoritaire, régime largement dominant depuis quarante ans³¹.

Cette stabilisation a été rendue possible par le pouvoir de dissolution quasi-discrétionnaire du Président. Ce fut le cas lors de la naissance du fait majoritaire, à la suite du vote de la seule motion de censure « réussie » de la V^e République, celle du 4 octobre 1962. Ce fut encore le cas quand, en 1981 et 1988, François Mitterrand décida la dissolution pour obtenir au Parlement la majorité qu'il avait su trouver lors de l'élection présidentielle. À travers le pouvoir de dissolution, comme l'ont relevé les observateurs les plus attentifs, « c'est bien le fait présidentiel qui a créé le fait majoritaire³² ».

C. Technique ou artifice ? La réglementation constitutionnelle du principe de majorité

Olivier Beaud a pu se demander si la majorité était une technique de prise de décision ou un principe de légitimité³³. La réponse peut consister dans l'articulation de l'un et du multiple : on peut ramener, en termes du moins de théorie politique, l'idée de majorité à un principe unique de légitimation, mais on constatera facilement qu'il se décline juridiquement en

³⁰ « Recherches sur la notion de majorité », p. 360.

³¹ « 7 ; 5 + 2 ; 2 + 5... », *Le Monde*, 23 avril 1997.

³² Ph. LAUVAUX, *Destins du présidentialisme*, Paris, PUF, 2001, p. 73.

³³ O. BEAUD, « The Issue of Majority in a Federal System », art. cité, p. 56.

une très grande variété de techniques majoritaires, convertissant une votation donnée en une décision donnée. J'en prendrai trois séries d'exemples.

1) *Les formules de majorité*

La majorité, tout comme le peuple, n'est pas une réalité de fait, mais un concept juridique. Il n'y a pas de majorité « naturelle », mais une variété de formules de majorité. À y regarder de plus près, toutes ne sont d'ailleurs pas de véritables majorités au sens arithmétique du terme :

- majorité relative (le plus grand nombre de voix rassemblées sur la même proposition de décision, même si cela n'arrive pas à 50% des voix plus une) ;
- majorité absolue (50% des voix plus une) ;
- enfin ce que les Américains appellent les « super-majorités » et les Français des « majorités qualifiées » : majorité des 2/3 ou des 3/5 par exemple.

Il y a tout de suite une chose à remarquer, qui est d'ailleurs évidente : la majorité relative n'est pas une majorité du tout, mais une décision minoritaire, qu'on considère néanmoins comme quantitativement suffisante (puisque'il s'agit du groupe minoritaire le plus nombreux) pour avoir les effets de la majorité absolue. On doit aussi remarquer que les supermajorités ne sont pas non plus à proprement parler des formes de majorité, mais des substituts d'unanimité. On reviendra un peu plus loin sur cette caractéristique.

2) *Les règles de quorum*

La règle de majorité peut être soumise à la réunion d'un certain quorum. Ainsi, en Italie, les référendums abrogatifs, qui conduisent à l'abrogation d'une loi parlementaire, ne sont valides que si 50% plus un des membres du corps électoral participent au vote³⁴.

3) *Les combinaisons de majorités*

Dans n'importe quel système constitutionnel moderne, une décision relève ultimement non pas d'une, mais de plusieurs votations obéissant au principe de majorité :

- Le vote populaire lors d'une élection nationale.
- Dans les systèmes bicaméraux : la majorité dans chacune des deux chambres.

³⁴ Exemple donné par P. PASQUINO, « Majority Rules in Constitutional Democracy », in J. ELSTER & S. NOVAK (dir.), *Majority Decisions. Principles and Practices*, op. cit., p. 220.

- Même dans certains systèmes monocaméraux, de telles combinaisons de majorités peuvent être organisées. Ainsi, dans la Constitution norvégienne de 1914 la législature (unique) était divisée en plusieurs formations : le Lagting (1/4 des membres) et le Odelsting (3/4 des membres). Les projets de loi étaient soumis à l'Odelsting et, s'ils étaient approuvés, ils étaient ensuite adressés au Lagting³⁵.

- Au sein de chaque chambre : à travers la multiplicité des votes (trois lectures, votes en commission, votes par article et par amendements). Des mécanismes de cadrage, comme par exemple le vote bloqué de l'article 44 de la Constitution française, limitent la portée de ces votes multiples et « focalisent » en quelque sorte le moment d'expression de la majorité.

- La coexistence d'un système représentatif (élection d'instances telles que des parlements dotés de pouvoirs de décision) et de mécanismes référendaires permettant à l'électorat de se prononcer sur des mesures telles que des lois. Cette coexistence peut exister au sujet de la même procédure de décision. Prenons l'exemple de la révision constitutionnelle dans un pays tel que la France. En vertu de l'article 89 de la Constitution de 1958, la révision suppose une initiative qui peut provenir soit du Président, soit d'une majorité dans les deux chambres. Il faut ensuite que la loi de révision soit adoptée soit par le Congrès à une majorité qualifiée (3/5), soit par voie de référendum.

Cette diversité des mécanismes fait apparaître que si le principe de majorité est le reflet d'une disposition politique sous-jacente dans nos régimes, il n'échappe pas à l'artificialisme caractéristique de la pensée constitutionnelle moderne. Cet artificialisme se repère à la formulation possible dans une grande diversité de *règles*, de *techniques* ou de *formules* de majorité. On entre alors dans une approche symbolique ou fonctionnelle du principe de majorité. Selon la force symbolique qu'on entend lui attacher, ou selon la fonction qui lui est attribuée, la majorité requise sera plus ou moins grande. Les techniques aménageant la décision majoritaire pourront varier. Ainsi, dans le cas des procédures de révision constitutionnelle, on fera approcher la majorité requise de l'unanimité qui est censée être le propre de l'expression native du pouvoir constituant : le pouvoir constituant dit « originaire ». La quantification implique une certaine mesure d'arbitraire, sans compter les effets de seuils qui accompagnent ce phénomène. Qu'on se souvienne de la révision constitutionnelle de juillet 2008 en France, qui n'a été votée qu'à une voix de majorité. Les supermajorités constitutionnelles ont pour logique d'imposer une convergence des points de vue entre la majorité politique ordinaire et la minorité, ou une partie de celle-ci. On peut considérer ce dispositif comme étant à l'origine d'un veto minoritaire. On peut aussi considérer, ce qui n'est pas incompatible, qu'une telle majorité qualifiée est une sorte de succédané d'unanimité. Il n'y a pas unanimité mathématique. Mais il y a accord entre les deux fractions constitutives de la communauté politique : la majorité et la minorité. Cet accord est d'ailleurs le cas échéant

³⁵ O. BEAUD, « The Issue of Majority in a Federal System », art. cité, p. 130.

partiel : ainsi l'exécutif parviendra le cas échéant à convaincre une partie de l'opposition en vue de rejoindre sa majorité. Dans le même temps, il n'est nullement impossible qu'il perde le soutien d'une partie de sa propre majorité. Mais malgré ces turbulences tout à fait typiques de la vie politique parlementaire, une sorte d'unanimité institutionnelle est ainsi atteinte du fait que le mur de verre du clivage entre majorité et opposition est brisé à cette occasion. À défaut de la véritable unanimité arithmétique, les groupes représentatifs de la majorité et de l'opposition s'entendent, au moins en partie, sur une certaine décision.

III. PRINCIPE MAJORITAIRE ET ÉTAT DE DROIT

Si on envisage la sorte de droit qui lui correspond, on est conduit à dire que le principe majoritaire est un principe volontariste, lié à une conception volontariste du droit³⁶. Dans une société qui ne valorise pas, ou pas autant, la volonté comme source de droit, l'idée de la majorité a nécessairement moins d'importance. Ainsi, dans les anciens régimes européens, on ne raisonnait guère en termes de majorité (sinon dans le droit institutionnel de l'Église catholique, par exemple, mais c'est un autre sujet), parce que l'essentiel de la volonté politique était rassemblée dans la personne du Prince, et aussi parce que le droit émanait d'autres sources que la volonté humaine. Dans les droits démocratiques modernes prévaut en revanche un principe volontariste concernant la production du droit dans l'État (qui résulte donc d'une manifestation de volonté de la majorité). Mais en même temps, on se doit de reconnaître que la volonté ne peut pas tout, et le droit sert aussi à cette fin. Il est le moyen pour la société de placer certaines valeurs supérieures à l'abri de toute volonté politique, y compris celle de la majorité. La volonté peut produire du droit, mais aucun système au monde n'identifie le droit à la seule volonté souveraine. Cet état de chose est formulé dans l'opposition, nécessairement dynamique et insoluble, entre principe de majorité et État de droit.

On peut faire à ce sujet une remarque de vocabulaire. On parle souvent au sujet de l'État de droit et des institutions visant à le protéger de mécanismes « contre-majoritaires ». Cette appellation, sans être fautive, n'est pas totalement satisfaisante. En effet, dans les États modernes, l'autorité du droit a une valeur intrinsèque. Elle n'est pas seulement là à titre de contre-pouvoir, de mécanisme visant à contrebalancer la force politique de la majorité. Il y a bien des mécanismes purement contre-majoritaires, qui n'ont que cette fonction et aucune autre, mais ils ne sont pas liés à la mise en œuvre du droit et à sa suprématie sur les autorités de l'État. Par exemple, on peut dire que l'institution du collège électoral présidentiel aux États-Unis était, dans l'intention des pères fondateurs, un mécanisme contre-majoritaire. Mais il s'agissait d'un dispositif purement organique (ou si on préfère : institutionnel) sans lien avec la question du droit et de son respect.

³⁶ Comme cela est très bien exprimé dans la décision « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande (voir *supra*).

Inversement, la reconnaissance à la Cour suprême du pouvoir de contrôler les lois du Congrès peut jouer un rôle contre-majoritaire, même s'il est réducteur de limiter cette compétence à une telle finalité.

On doit ici distinguer deux hypothèses. Dans l'une, la majorité se voit attribuer le pouvoir de déterminer la règle juridique ayant le caractère de suprématie : ce sont les systèmes de souveraineté du Parlement. Dans l'autre hypothèse, désormais la plus répandue, le principe de l'État de droit est compris comme imposant que la majorité ne puisse imposer sa volonté pour prévaloir sur certains principes juridiques de rang supérieur.

A. Hypothèse où la majorité décide de la règle juridique suprême : la souveraineté du Parlement

1) Un cas spécifique est celui où la majorité politique « ordinaire », à savoir la majorité parlementaire capable d'adopter des lois ordinaires (et non une supermajorité détenant le pouvoir de révision constitutionnelle, ni même la majorité qui a initialement adopté la constitution), détient le pouvoir d'adopter le type de règle le plus élevé au sein de l'ordre juridique. C'est le cas de la souveraineté du Parlement au sens strict du terme³⁷, que l'on rencontre dans le système politico-juridique de la Grande-Bretagne. Dans le cas britannique, le principe de majorité est compris comme une justification du principe de souveraineté du Parlement.

2) Il faut toutefois relever que, du fait de nouveaux mécanismes désormais appelés « formes faibles du contrôle de constitutionnalité » (« *weak forms of constitutional review*³⁸ »), souveraineté de la majorité parlementaire et contrôle de constitutionnalité ne peuvent plus être considérés comme étant totalement incompatibles. En effet, des mécanismes spécifiques permettent à des juges de se prononcer le cas échéant sur la compatibilité entre telle disposition législative et un ensemble de droits constitutionnellement protégés. Le cas typique est celui du *Human Rights Act* de 1998 au Royaume-Uni. La section 4 et la section 10 de cette loi autorisent certaines juridictions à déclarer qu'une disposition législative est incompatible avec les droits de la Convention européenne des droits de l'homme incorporés au droit interne par la même loi. Mais ce mécanisme n'est pas incompatible avec la souveraineté de la majorité parlementaire, car celle-ci peut ignorer cette déclaration et ne pas faire cesser l'incompatibilité

³⁷ « Au sens strict du terme », car il est utile de distinguer entre le cas britannique, type « pur » de la souveraineté du Parlement (puisque'il n'existe pas de constitution écrite) et le cas, par exemple de la III^e République, où l'on parlait de souveraineté du Parlement alors même qu'il existait trois lois constitutionnelles formelles. On passe ici sur le fait que la souveraineté du Parlement est désormais fortement qualifiée au Royaume-Uni, à la fois du fait de l'adhésion à l'Union Européenne et du fait de l'incorporation des droits de la Convention européenne des droits de l'homme par la loi de 1998 sur les droits de l'homme.

³⁸ Voir en général à ce sujet S. GARDBAUM, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice », *Jus Politicum*, n^o 13, texte disponible à l'adresse : <http://juspolicum.com/The-New-Commonwealth-Model-of-899.html>.

par une révision de la règle législative incompatible. On trouve là une tentative, plutôt efficace, de rendre compatible État de droit (dans la variante particulière de la « *rule of law* ») et principe de majorité.

La question du lien entre le contrôle de la soumission de la loi ordinaire et les droits fondamentaux a été abordée directement par la Chambre des Lords dans l'affaire *Alconbury*³⁹ de 2001. Dans cette affaire, la Chambre des Lords, qui était alors la juridiction suprême du système britannique, a été amenée à apprécier la compatibilité entre certaines compétences attribuées par la loi au ministre de l'environnement en matière de planification urbaine et l'article 6 (1) de la CEDH. Dans son opinion, un des membres de la Cour, Lord Hoffman a pris soin d'énoncer, dans un *dictum* particulièrement long et intéressant que :

Il n'existe pas de conflit entre les droits de l'homme et le principe démocratique. Le respect des droits de l'homme requiert qu'il soit impossible à la majorité de porter atteinte à certains droits fondamentaux des individus, même si elle pense que cela est requis par l'intérêt public. [...] La protection de ces droits fondamentaux vis-à-vis des décisions de la majorité requiert que des juridictions indépendantes et impartiales soient compétentes pour décider si la législation les méconnaît et [...] comme au Royaume-Uni, [elle requiert aussi] de déclarer qu'elle est [alors] incompatible avec le texte principal consacrant l'existence des droits de l'homme. Mais, en dehors de ces droits fondamentaux, il y a beaucoup de décisions qui doivent être prises chaque jour (par exemple au sujet de l'allocation des ressources) et pour lesquelles la seule méthode [légitime] consiste dans une décision prise par une personne ou un groupe responsable devant le corps électoral.

B. L'hypothèse de la soumission de la majorité politique à l'autorité de la constitution

Le cas britannique est toutefois assez particulier. Si on se risquait à formuler ici la « tradition constitutionnelle commune aux États membres de l'Union Européenne », on se devrait de dire qu'elle ne reconnaît pas au principe de majorité une portée aussi étendue. Le principe de majorité n'est pas un principe de souveraineté ou de suprématie. Il est le moteur de la plupart des mécanismes de décision au sein du corps souverain. La majorité peut permettre de faire exprimer d'une certaine manière la volonté souveraine, ou d'imputer un certain acte au souverain, mais le principe de majorité n'est pas un principe de désignation du souverain. La majorité n'est pas souveraine.

Cette idée a été exprimée de manière particulièrement claire par la Cour suprême des États-Unis dans les propos du juge Jackson dans l'affaire *West Virginia State Board of Education vs Barnette*. L'affaire concernait la question de savoir si les élèves des écoles étaient tenus de saluer le drapeau

³⁹ R (*Alconbury*) vs *Environment Secretary* [2001], UKHL 23, § 70.

américain et de prêter un serment d'allégeance. Jackson écrivit dans son opinion que :

La finalité même d'une déclaration de droits était de soustraire certains sujets aux vicissitudes de la controverse politique, de les placer *hors d'atteinte des majorités* et des officiels, et de les ériger en principes de droit devant être appliqués par les cours de justice [...]. Le droit de chacun à la vie, la liberté et la propriété, à la libre expression (etc.) *ne saurait être subordonné au vote ; ils ne dépendent du résultat d'aucune élection*⁴⁰.

Ce qui est intéressant ici, entre autres choses, est la manière dont le vote à la majorité est abordé comme un *outcome*, un résultat aléatoire et variable selon les circonstances. Est établie ici une démarcation entre la haute politique de la Constitution, qui doit résister à des événements (*outcomes*) défavorables et posséder une sorte de robustesse pour cela, et la politique quotidienne qui peut et même doit, si on veut rester dans la perspective démocratique, être objet de décisions majoritaires. Cette position est également celle ayant cours dans la plupart des régimes continentaux européens. La conception continentale de l'État de droit a deux implications :

1) Il y a des normes qui s'imposent y compris contre la volonté d'une majorité parlementaire. Les juges constitutionnels européens ont eu l'occasion de rappeler que le principe de majorité ne permettait pas de tout décider. Les droits fondamentaux sont considérés comme imposant des limites à la loi de la majorité. Ce principe est clairement exprimé dans la décision de la Cour constitutionnelle allemande dite des « crucifix à l'école » (première décision, du 12 mai 1987) :

Les parents et les élèves qui adhèrent à la foi chrétienne ne peuvent justifier le fait qu'une croix soit accrochée (dans les classes) en invoquant leur liberté religieuse positive. Tous les parents et élèves ont un titre à jouir de la liberté religieuse positive. Le conflit qui en résulte ne peut pas être résolu par le principe de majorité, car le droit fondamental à la liberté religieuse est spécialement conçu en vue de protéger les minorités⁴¹.

2) Cette décision présente un intérêt supplémentaire, car elle donne un exemple de ce que j'appelais plus tôt la « neutralité » du principe de majorité dans le contexte démocratique. La majorité n'est pas tel ou tel groupe dominant dans la société, pour des raisons tenant à la race, la culture, ou ici la religion. Comme le dit la Cour :

[du point de vue de l'article 4 (1) de la loi fondamentale, qui protège la liberté de conscience], l'importance numérique ou l'importance sociale d'une communauté religieuse ne doit en aucun cas être prise en compte⁴²

⁴⁰ 319 U.S. 624 (1943) (je souligne).

⁴¹ BVerfGE 93, 1 1 BvR 1087/91 Kruzifix-decision, "Crucifix Case (Classroom Crucifix Case)", 12 mai 1987 (C. II. 3.b).

⁴² *Ibid.*, (C. II.1) : « *Auf die zahlenmäßige Stärke oder die soziale Relevanz kommt es dabei nicht an (vgl. BVerfGE 32, 98 [106]). Der Staat hat vielmehr auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften*

Autrement dit : la « majorité » dont il est question ici, qui est une majorité religieuse au sein de la société, ne peut se voir confier la décision, parce qu'il ne s'agit pas d'une majorité *politique*, la sorte de majorité relevant du principe de majorité tel qu'il nous a occupé ici. Cette majorité politique, celle à l'œuvre dans les systèmes politiques reposant sur le principe de majorité, est une majorité neutre, qui n'est pas associée à un contenu politique exclusif ou à une caractéristique sociale fixe. Par exemple, cela ne peut pas être la majorité d'une population partageant la même confession religieuse, ou appartenant à la même ethnie, etc. La majorité du principe de majorité n'est pas de cette nature. C'est une ardoise vierge, sur laquelle à chaque vote écrivent ceux qui décident de se rallier à une décision donnée ou de soutenir un candidat donné. Ensuite, l'ardoise est effacée, de façon à ce qu'une nouvelle majorité (purement numérique) puisse se prononcer à la prochaine occasion.

Denis Baranger est professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).

zu achten (vgl. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]). Auch dort, wo er mit ihnen zusammenarbeitet oder sie fördert, darf dies nicht zu einer Identifikation mit bestimmten Religionsgemeinschaften führen (vgl. BVerfGE 30, 415 [422]) ».