

LEÇONS INAUGURALES

de la Faculté de Droit, de Science politique et de Criminologie

le 10 novembre 2016

Décider ensemble ou vivre ensemble ?

par Frédéric BOUHON
Chargé de cours à l'Université de Liège

Monsieur le Recteur,
Madame le Doyen,
Chers Collègues,
Mesdames et Messieurs en vos titres et qualités,
Chers assistants,
Chers étudiants,

Dans *Le malade imaginaire*, Molière fait dire à Béralde les mots suivants : « L'on a qu'à parler avec une robe et un bonnet, tout galimatias devient savant, et toute sottise devient raison »¹. Je revêts la robe mais, malheureusement, pas le bonnet ; il est donc probable que mes sottises resteront des sottises et je vous prie déjà de bien vouloir les pardonner.

La leçon inaugurale est censée être la toute première que dispense un nouveau professeur. Nous savons tous que ce n'est pas l'exacte réalité : nous ne sommes finalement pas si différents des routes et des ponts qu'on n'inaugure qu'après les avoir déjà quelques fois empruntés. J'ai toutefois voulu essayer de jouer le jeu en préparant mon intervention comme si c'était la première à livrer à mes étudiants.

Mais quel sujet choisir alors, pour ce premier cours, pour ce baptême du feu ? Ayant la chance d'être engagé à temps plein au sein de notre université, je suis chargé de plusieurs enseignements qui, certes, portent tous sur le droit public entendu assez largement, mais qui concernent des matières différentes et s'adressent à des publics d'étudiants variés. Il me semblait assez difficile, et sans doute artificiel, de chercher à proposer une leçon qui aurait pu servir d'introduction commune à tous ces cours. J'ai alors décidé de me focaliser sur deux cours de ma charge, les deux qui sont inscrits au programme de Master en droit et que peuvent d'ailleurs aussi suivre des étudiants de

Master en science politique : le cours de *Droits de l'homme*, d'une part, et le cours de *Droit parlementaire et électoral*, d'autre part. Et c'est donc aux étudiants qui suivent ces cours, réunis pour la cause en assemblée conjointe, que je m'adresse aujourd'hui. Monsieur le Recteur, Madame le Doyen, chers collègues, vous n'êtes donc peut-être pas ici.

On sait désormais à qui je parle, mais pas encore ce que je vais dire. Les cours que j'ai ciblés m'amènent à traiter de deux grandes questions de droit public. Avec le *Droit parlementaire et électoral*, il s'agit avant tout d'étudier les procédures – en principe démocratiques – qui encadrent la transformation de la volonté politique en règles de droit. La matière des *Droits de l'homme* (ou des libertés publiques, ou des droits fondamentaux, ou des droits humains si l'on préfère) offre quant à elle l'occasion de se demander ce que peut être le contenu de ces normes de droit, ce que l'État peut faire, ou ne peut pas faire, en recherchant les limites qui s'imposent à son action.

On aboutit aux deux questions fondamentales suivantes : comment fait-on le droit ? et que peut-il être ? En démocratie, la première question revient à se demander comment on décide ensemble ; tandis que la seconde vise à déterminer comment, selon quelles règles fondamentales, on vit ensembleⁱⁱ.

C'est au confluent de ces deux questions que je propose de situer le sujet de ma leçon.

Je vous invite à venir observer avec moi les concepts de 'démocratie' et de 'libertés fondamentales', afin d'essayer de dégager les divergences et les convergences qui les caractérisent. Sont-ils si différents ? Sont-ils en mesure de coexister ? Peut-on les faire danser l'un avec l'autre ? Comment, en particulier, concilier la capacité de décider ensemble sur toute question, que suppose en principe la démocratie, avec ces règles – les droits de l'homme – qui encadrent la manière dont nous devons vivre ensemble ?

N'est-ce pas cependant un thème déjà mille fois étudié par tant de philosophes, de sociologues, de politologues ou de juristes ? Si. Le professeur Michel Troper écrivait récemment que – je le paraphrase – « depuis maintenant plus de deux siècles que l'on débat [du contrôle de conformité aux droits fondamentaux], on se heurte à la même question : une telle institution est-elle compatible avec la démocratie ? »ⁱⁱⁱ. On peut considérer que le sujet est épuisé ou, au contraire, qu'il est inépuisable. La première option m'aurait permis d'aller lâchement me rasseoir dès maintenant et de passer la main à l'orateur suivant. J'ai toutefois retenu la seconde, ce qui va me conduire à occuper ce micro quelques minutes encore.

Pendant ce court laps de temps, je n'ai nullement l'intention d'esquisser une quelconque théorie générale sur l'articulation de la démocratie et des droits de l'homme, mais seulement d'essayer de montrer pragmatiquement, en évoquant

quelques débats actuels, combien leurs relations sont complexes, faites à la fois de rejet mutuel et de complémentarité.

Pour tenter de ce faire, je procéderai en deux temps. Je reviendrai d'abord sur les traits essentiels, respectivement de la démocratie et du régime des droits fondamentaux, pour marquer les différences entre les deux idées. Après cette approche statique, je passerai à une approche dynamique et essaierai de rapprocher les deux concepts pour examiner certaines de leurs interactions. En d'autres mots, et si vous me permettez une métaphore, je vais d'abord vous dresser le portrait de deux danseurs, chacun isolément, avant de les inviter à monter sur la piste et à danser ensemble. Nous verrons alors quel type de spectacle ils peuvent éventuellement nous offrir.

*

Premier volet de la réflexion : envisageons séparément les idées. Je vous présente nos deux danseurs qui sont assis de part et d'autre d'une grande salle. L'un est accoudé au bar et déguste un verre de whisky (un *Arran Malt*, affiné en fût d'Amarone, non filtré à froid – il sait ce qu'il aime). L'autre siège nonchalamment à l'opposé ; rêveur, son regard se promène au plafond.

Notre premier protagoniste est le concept de démocratie. Il est difficile à cerner ; il ne se laisse pas facilement définir. Le grand politologue Georges Burdeau considérait que « le terme de démocratie, gonflé de contenus contradictoires, en est arrivé à ce point qu'il perd toute pertinence »^{iv}. Tentons malgré tout d'identifier ses traits essentiels. Selon Hans Kelsen, « la démocratie est simplement une forme, une méthode de création de l'ordre social »^v. C'est un processus de décision collective, qui présente certaines caractéristiques. Dans leur ouvrage sur *Les grandes démocraties contemporaines*, Philippe Lauvaux et Armel Le Divillec recherchent le « critère minimal » de la démocratie. Ils retiennent que ce régime nécessite que le pouvoir repose sur le consentement du peuple et qu'il ait sa source dans le peuple. « Ce critère fonctionnel du libre choix des dirigeants est nécessaire et suffisant pour distinguer les régimes démocratiques des autres », écrivent-ils^{vi}.

Par-delà les débats inépuisables sur la définition de la démocratie, on peut sans doute s'accorder sur deux points fondamentaux.

Le premier, c'est la participation du plus grand nombre possible au processus de décision. Il s'agit de tendre vers une situation où tous ceux qui sont soumis durablement à un ordre juridique peuvent contribuer à l'élaboration des normes qui le constitue.

Le second, c'est le principe de majorité. On peut toujours rechercher le consensus, mais le fonctionnement de toute démocratie nécessite l'instauration du principe de la

majorité simple : la solution qui reçoit le soutien du plus grand nombre doit être retenue. À défaut, une minorité peut imposer le *statu quo* et on s'éloigne des aspirations de la démocratie.

Dès lors, une approche minimaliste de la démocratie permet de considérer que celle-ci existe à partir du moment où la majorité de la population soumise aux règles de droit dispose de la faculté d'en déterminer le contenu. En revanche, nul besoin, pour définir ce régime, de critères qui portent sur la substance des normes, le but de celles-ci, ou leurs effets concrets.

Notre second danseur, toujours assis au fond de la salle, est quelqu'un de bien différent. Il prône l'idée d'instaurer dans le droit positif des libertés fondamentales qui restreignent le champ d'action de l'État au profit des individus, c'est-à-dire un système libéral. Et comme l'indique parfaitement Friedrich Hayek, « le libéralisme est une doctrine disant ce que le droit doit être, alors que la démocratie est une doctrine disant de quelle manière doit être déterminée ce que sera le droit »^{vii}.

Ainsi compris, le libéralisme est non seulement bien différent de la démocratie, mais il est même susceptible d'affecter son essence. L'État, même lorsqu'il agit au nom de la majorité de la population, ne peut pas faire n'importe quoi : son champ d'action est restreint. Fortement restreint ? Tout dépend du contenu des règles consacrées au rang de droits fondamentaux et de la portée qui leur est donnée par ceux qui ont le pouvoir de les mettre en œuvre.

On sait qu'un instrument comme la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle est interprétée en particulier par la Cour de Strasbourg, contient des normes exigeantes – trop, diront certains ; pas assez rétorqueront d'autres. Ne prenons qu'un exemple tiré d'une réflexion que j'essaie actuellement de mener avec une de mes assistantes. Comment, à l'aune de cette Convention, un État peut-il réagir face au phénomène de la grève ?

D'un côté, il découle de la jurisprudence qu'une interdiction totale de la grève est en principe interdite et il semble que l'instauration d'un mécanisme de service minimum ne serait admissible que dans certains secteurs. Il y a donc une forte incitation à permettre la grève.

D'un autre côté, il est probable qu'un État qui laisserait faire les grévistes sans prévoir aucune forme d'encadrement juridique connaîtrait des difficultés devant les juges strasbourgeois. Imaginez qu'un État n'organise pas de système pour maintenir à tout moment des services médicaux urgents et que, pendant une grève, il soit impossible de prendre en charge les personnes gravement blessées à la suite d'un accident ou d'un attentat. La responsabilité de l'État au regard de l'article 2 de la Convention – le droit à la vie – serait sans doute susceptible d'être engagée.

Dès lors, en plus d'inciter les États à permettre les grèves, les droits fondamentaux les obligent à prendre des mesures raisonnables pour en prévenir les conséquences les plus graves.

La démocratie peut-elle s'accommoder de limites aussi contraignantes ? Coincées entre les obligations négatives qui leur imposent de laisser faire et les obligations positives qui leur imposent d'agir, les autorités, pourtant démocratiquement légitimées, ne sont-elles pas les esclaves de règles qui les dépassent ?

Sans doute, dans une certaine mesure au moins. Et avant d'essayer de faire danser ces deux êtres apparemment incompatibles, prenons encore une minute pour évoquer un trait majeur de la personnalité du second, qui vient d'ailleurs de quitter sa chaise, au fond de la salle, pour faire quelques pas timides vers la piste de danse.

C'est que les droits fondamentaux, au lieu de s'articuler sur la notion de majorité, essentielle en démocratie, lui préfèrent celle d'individu ou éventuellement, quand une dimension collective est rencontrée, celle de minorité. Ne perdons pas de vue que les droits de l'homme offrent une réponse à la situation évoquée en 1981 par André Laignel à l'Assemblée Nationale française et selon laquelle on a juridiquement tort parce qu'on est politiquement minoritaire^{viii} ; au contraire, les juridictions ne cessent de donner raison à des personnes ou des groupes de personnes qui sont politiquement minoritaires, en ce sens qu'ils s'opposent à des législations élaborées par des majorités. Paula Marckx, le 13 juin 1979, avait juridiquement raison d'avoir mis en cause des dispositions du code civil pourtant légitimées par le soutien que leur portait un législateur démocratiquement élu.

Le système des droits fondamentaux a, dans cette mesure, un potentiel antidémocratique. Et cela tout autant que la démocratie a un potentiel illibéral.

Nous avons donc affaire, dans notre salle de danse, avant que le bal ne commence, à deux personnages bien différents, qui peuvent parfaitement vivre l'un sans l'autre.

À cet égard, faut-il rappeler que la Belgique, par exemple, a été un État libéral bien avant de devenir un système démocratique ? Est-il nécessaire de démontrer que, à l'inverse, des États d'Europe et d'ailleurs réduisent actuellement la portée de certains droits fondamentaux, au point parfois de mettre en cause leurs aspirations libérales, et ce souvent en légitimant ces évolutions en référence à la volonté démocratiquement exprimée par la population ? Des personnages comme Edgogan, Orban et bientôt Trump, s'ils s'en prennent à certains droits fondamentaux, ne sont pas pour autant nécessairement des antidémocrates^{ix}.

Deux danseurs qui n'ont *a priori* rien à se dire, mais qui se trouvent dans la même salle, où le son commence à monter, et avec lui, l'envie de se mouvoir en rythme.

Son troisième verre de whisky abandonné sur le rebord du bar, le premier danseur s'aventure à son tour vers le centre de la salle. Il croise bien quelques danseurs qui lui ressemblent, mais ne l'attirent pas. C'est à l'approche de notre second personnage que le désir d'enflammer la piste est brusquement attisé. Non sans avoir hésité, cet autre danseur semble prêt à succomber à la même tentation. Mais que va donner la rencontre de ces deux êtres ? Les concepts que nous venons de sommairement décrire peuvent-ils – juridiquement – converger ?

Je propose de structurer ce second temps de la réflexion en deux brefs mouvements. Nous partirons d'abord du concept de démocratie pour nous demander s'il n'amène pas à emprunter des éléments au champ du libéralisme. Nous nous livrerons ensuite à l'exercice inverse en cherchant si le contenu-même des droits fondamentaux ne dépend pas en partie de considérations d'ordre démocratique.

C'est donc d'abord notre premier protagoniste qui mène la danse. L'élément majeur à mettre en exergue est le suivant : dans le courant du 20^e siècle, la participation aux décisions publiques est devenue un droit subjectif qui a ensuite été élevé au rang de droit fondamental^x.

Sur le continent européen, la pièce maîtresse de cette reconnaissance est l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention qui impose aux États d'organiser des élections libres. Au point de vue de l'individu, la garantie juridique de l'existence d'un régime démocratique passe donc notamment par la consécration d'un droit fondamental.

D'un droit fondamental ? Au-delà de l'exigence essentielle d'organiser des élections, la démocratie – au sens où nous l'avons définie – requiert que d'autres libertés soient effectivement garanties, au premier rang desquelles on situe la liberté d'expression (indispensable pour une campagne électorale concurrentielle) et la liberté d'association (nécessaire à la formation de partis politiques autonomes).

En ce qui concerne ce dernier élément, il est d'ailleurs remarquable que la Cour européenne des droits de l'homme répète dans sa jurisprudence relative à l'article 11 de la Convention, que – je cite – « la manière dont la législation nationale consacre cette liberté et l'application de celle-ci par les autorités dans la pratique sont révélatrices de l'état de la démocratie dans le pays dont il s'agit »^{xi}.

Vous voyez à cet instant nos danseurs échanger des regards complices et puis se serrer l'un contre l'autre dans un mouvement élégant.

Les juridictions nationales et internationales qui contrôlent le respect des droits fondamentaux n'existent pas seulement pour protéger les minorités contre la volonté,

parfois abusive, des majorités démocratiques ; elles servent aussi à pérenniser le caractère démocratique des régimes politiques en promouvant leur capacité à susciter le changement. Sans le soutien de droits fondamentaux, la démocratie est un château de cartes. Ainsi, selon le professeur Jouanjan, « [j]uge de la loi, [qui est l']expression du camp majoritaire, un tribunal constitutionnel est [...] l'autorité régulatrice ultime qui assure la libre concurrence entre partis politiques pour l'accès aux fonctions de gouvernement »^{xiii}.

On ne sera dès lors pas étonné de découvrir, en Belgique notamment, des décisions de la Cour constitutionnelle qui annulent, à la suite de recours formalisés par un parti d'opposition, des règles électorales soutenues par la majorité. L'arrêt n° 169/2015 qui remet en cause le découpage du territoire wallon en circonscriptions constitue à cet égard un bel exemple récent^{xiii}.

Moins évidents sont peut-être les éléments que les droits fondamentaux empruntent aux considérations démocratiques – second mouvement de la danse dont nous sommes les spectateurs. Les points d'achoppement que nous pourrions envisager sont assez nombreux, mais j'ai choisi, pour ce discours qui doit être bref, d'évoquer deux problématiques, l'une nationale et l'autre européenne.

Sur le plan national, je pense à une notion développée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : celle d'*option du constituant*. La haute juridiction considère que, lorsqu'une norme législative – qu'elle doit en principe contrôler – exprime un choix du constituant, elle doit alors se considérer comme incompétente, car elle n'est pas qualifiée pour mettre en cause les options, les choix arrêtés par le constituant lui-même, ceux-ci s'imposant à toutes les autorités du Royaume, en ce compris à la Cour constitutionnelle^{xiv}. Cette attitude de la Cour doit bien entendu être approuvée dans son principe. Elle soulève cependant une difficulté quand le fameux 'choix du constituant' – qui a cette conséquence radicale sur l'incompétence de la Cour – n'est pas consacré (explicitement ou implicitement) dans la Constitution elle-même, mais est simplement évoqué à l'occasion des travaux parlementaires. Or, à plusieurs reprises et spécialement dans le cadre de la sixième réforme de l'État, les chambres fédérales, occupées par la révision de tel article de la Constitution, ont affirmé qu'un projet de loi donné, sur le point d'être adopté dans le but de mettre en œuvre l'article en question, était le reflet de la volonté du constituant. Et lorsqu'elle a eu à traiter de ces projets devenus lois, la Cour constitutionnelle a considéré qu'elle ne pouvait examiner si leur contenu était conforme à des dispositions constitutionnelles, par exemple à celles qui consacrent le principe d'égalité et de non-discrimination, alors que des problèmes étaient (à mon sens, du moins) susceptibles de se poser à l'aune de cette règle^{xv}.

Quel est le rapport avec mon propos ? C'est qu'il y a, dans cette façon de traiter le contentieux, une certaine relativisation, voire un estompement des normes supérieures – notamment de celles qui contiennent les droits fondamentaux. Or,

cette relativisation semble *in fine* trouver sa justification dans l'existence d'un compromis politique, qui est certes légitimé par le soutien qu'il reçoit d'une majorité démocratique, mais dont on connaît la fragilité et qu'on cherche à immuniser contre le contrôle juridictionnel. Si l'on prend appui sur une distinction notamment opérée par le président Paul Martens^{xvi}, on pourrait considérer que le 'peuple actuel', auteur de la loi, l'emporte d'une certaine façon sur le 'peuple perpétuel', auteur de la Constitution. Et la force des droits fondamentaux est dès lors quelque peu diminuée pour des considérations d'ordre démocratique.

C'est un soubresaut un peu chaotique dans la danse, qui survient après qu'un des protagonistes ait marché sur le pied de l'autre.

Mais la danse continue, et le plancher craque sous les pas endiablés. Je tire ma seconde illustration de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il va s'agir de montrer que – de manière plus flagrante encore – il arrive aux juges strasbourgeois de tenir compte de l'aspect procédural de la décision, c'est-à-dire de la manière dont on a décidé ensemble, pour examiner la conformité aux droits fondamentaux de telle ou telle mesure litigieuse.

Dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*, qui concerne la privation automatique du droit de vote dans le chef de tous les détenus, la Cour, avant d'aboutir au constat de violation de l'article 3 du Protocole additionnel, accorde une certaine importance au fait que le Parlement britannique n'a pas tenu récemment de débat sur la question de savoir s'il était opportun de maintenir une mesure aussi radicale^{xvii}.

La tendance est encore plus marquée dans un arrêt de 2014 qui opposait un syndicat de transporteurs à l'État britannique et qui portait sur l'interdiction des grèves solidaires – je cite – : « la Cour a reconnu que lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister [...], il y a lieu d'accorder une 'importance particulière' au rôle du décideur national [...] ». Et la Cour d'ajouter : l'interdiction en question « est demeurée intacte pendant plus de vingt ans en dépit de deux changements de gouvernement. Cela dénote un *consensus démocratique* en faveur de cette mesure et une acceptation des raisons qui la motivent allant quasiment d'un bord à l'autre de l'échiquier politique au Royaume-Uni »^{xviii}. Voilà qui amène la Cour à conclure à l'absence de violation de l'article 11.

Dans le premier exemple, le manque de débat démocratique déforce l'argumentaire du gouvernement britannique devant la Cour ; dans le second, à l'inverse, la preuve d'un soutien démocratique clair contribue à justifier une ingérence dans un droit fondamental. Vous voyez là moment où nos danseurs se répondent dans leurs mouvements, avec une certaine tension.

C'est, au fond, toute la théorie de la marge d'appréciation, développée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui repose sur le principe démocratique, associé bien sûr à la notion de souveraineté.

*

La soirée s'achève et les danseurs, fatigués, vont se séparer.

Nous venons de voir que, malgré leurs caractères bien différents, malgré leurs antagonismes, ils ont pu se mouvoir ensemble et offrir un spectacle relativement harmonieux, bien que marqué par des moments plus un peu chaotiques.

Le professeur Favoreu écrivait que les gouvernés exigent désormais « non seulement de désigner les gouvernants selon la procédure la plus démocratique, mais aussi de les contrôler une fois qu'ils sont désignés »^{xix}. C'est un bon résumé de la prestation à laquelle vous venez d'assister.

Dans un article récent, le professeur Marc Verdussen évoquait quant à lui « une société où la démocratie ne se réduit pas à une manière de gouverner, mais représente aussi une manière de vivre ensemble »^{xx}. Il y a là, comme dans la danse, une confusion des deux éléments dont nous venons de parler.

Confusion, mais pas fusion : la danse rapproche les corps – les concepts –, mais il n'en demeure pas moins qu'il subsiste deux danseurs différents qui, quand la musique s'arrête, reprennent leur existence propre. À quoi ressemble la danse qui les un temps réunis ? Chacun d'entre vous a peut-être une idée. Valse, carioca, coupé-décagé, polka ou rock-n-roll ? J'y verrais plutôt un tango : cette danse qui, tout en dégageant beaucoup de sensualité, conserve aussi un aspect brutal.

Je commençais mon propos en évoquant Molière, je voudrais l'achever en citant Franz Kafka. Dans une lettre qu'il adressait à son père, en 1919, l'auteur du *Procès* se souvenait de ses études de droit, avec des mots durs : « Je fis donc des études de droit. C'est-à-dire, m'épuisant sérieusement les nerfs pendant les quelques mois qui précédaient les examens, je me suis nourri spirituellement d'une sciure de bois que, pour comble, des milliers de bouches avaient déjà mâchée pour moi »^{xxi}.

Si je peux formuler un vœu ce soir, je dirais que mon plus grand espoir professionnel serait d'arriver à nourrir nos étudiants avec des mets moins indigestes que ceux qu'a dû avaler Kafka.

- i MOLIÈRE, *Le Malade imaginaire*, Paris, Gallimard, 2013, p. 239.
- ii Il s'agit de deux grandes questions relatives à l'organisation des collectivités. L'individu seul décide ce qu'il veut, n'a pas besoin d'une procédure pour encadrer la prise de décision. Il n'a pas non plus besoin de règles fondamentales pour garantir et encadrer sa liberté. En quelque sorte, les deux concepts fusionnent et disparaissent quand la collectivité est réduite à l'individu. L'autonomie de la volonté (notion centrale dans les droits fondamentaux) se confond avec la décision démocratique dans la situation théorique et virtuelle de l'individu seul au monde. Adam seul n'avait besoin ni de démocratie, ni de droits fondamentaux – les problèmes n'ont commencé qu'avec l'arrivée d'Eve.
- iii M. TROPER, « Ceci est bien une pipe », in : S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LDGJ, 2016, pp. 1-5, ici p. 1
- iv G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 1985, t. V, p. 512.
- v H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Sirey, 1932, p. 108.
- vi P. LAUVAUX et A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, 4^e édition, Paris, Presses universitaires de France, 2015, pp. 50-51. Voy. aussi les mots de Hans Kelsen : « Si on le tient pour satisfait dans la mesure où les sujets de l'ordre étatique participent à sa création, l'idéal démocratique n'a plus rien à voir avec la mesure dans laquelle cet ordre étatique saisit les actes des individus qui le créent, c'est-à-dire avec le degré jusqu'auquel il restreint leur 'liberté'. Même un État où la puissance étatique sur l'individu recevrait une extension illimitée, c'est-à-dire où la 'liberté' individuelle serait totalement anéantie et l'idéal libéral intégralement nié, pourrait encore constituer une démocratie, pourvu que l'ordre étatique fût créé par les individus qui y sont soumis » (Hans KELSEN, *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, Paris, Sirey, 1932, p. 9).
- vii F. HAYEK, *La constitution de la liberté*, chap. 7, section 1.
- viii Compte-rendu intégral des débats de l'Assemblée nationale, deuxième séance du 13 octobre 1981, p. 1730.
- ix Si je voulais encore citer Friedrich Hayek, j'ajouterais qu'« une démocratie peut effectivement disposer de pouvoirs totalitaires, et [qu']il est concevable qu'un gouvernement autoritaire puisse agir selon les principes libéraux » (F. HAYEK, *La constitution de la liberté*, chap. 7, section 1).
- x Voy. cependant déjà l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.
- xi Voy. not. Cour eur. dr. h., arrêt *Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan*, 8 octobre 2009, § 52. La même affirmation est reprise dans des arrêts plus récents qui n'ont pas été traduits officiellement en français ; voy. par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Costel Popa c. Roumanie*, 26 avril 2016, § 31.
- xii O. JOUANJAN, « Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », in : S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LDGJ, 2016, pp. 33-51, ici p. 47.
- xiii C.C., arrêt n° 169/2015, 26 novembre 2015. Dans ce domaine, le droit public allemand a d'ailleurs développé un principe spécifique d'égalité entre les partis – *Grundsatz der Parteiengleichheit* – qui s'impose comme une condition à la possibilité de former une majorité nouvelle, indispensable à un régime démocratique effectif.
- xiv Voy. not. C.A., arrêt n° 201/2004, 15 décembre 2004, considérant B. 8.3. ; C.A., arrêt n° 122/2006, 18 juillet 2006, point 4 ; C.A., arrêt n° 169/2008, 27 novembre 2008, considérant B.19.2 ; C.A., arrêt n° 18/90, 23 mai 1990, B.14 ; C.A., arrêt n° 90/94, 22 décembre 1994, B.3.4. et B.3.5 ; C.A., arrêt n° 31/96, 15 mai 1996, B. 1.2, al. 3 ; C.C., arrêt n° 44/2011, 30 mars 2011, B.14 à B.16 ; C.C., arrêt n° 161/2011, 20 octobre 2011, B.6.1 et B.6.2. On se permet de renvoyer à notre étude plus approfondie de la question : F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant (obs. sous C.C., n° 81/2015) », *Rev. Dr. ULg*, 2015, pp. 618-637.
- xv Voy. not. C.C., arrêt n° 57/2014, 3 avril 2014, B.5 à B.7 ; C.C., arrêt n° 58/2014, 3 avril 2014, B.5 à B.7 ; C.C., arrêt n° 72/2014, 8 mai 2014, B.12 à B.15 ; C.C., arrêt n° 96/2014, 30 juin 2014, B.20 à B.22 et C.C., arrêt n° 81/2015, 28 mai 2015, B.11 à B.13.
- xvi P. MARTENS, « Mais où s'arrêteront les juges ? », in : C. BIQUET et al. (dir.), *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 975-984, ici p. 979.
- xvii Cour eur. dr. h., *Hirst c. Royaume-Uni (2)*, Grande chambre, arrêt du 6 octobre 2005, § 79.
- xviii Cour. eur. dr. h., *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 avril 2014, § 99.
- xix L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », *Débat*, 1991, pp. 157-162.
- xx M. VERDUSSEN, « In memoriam Lauriane Visart », *J.T.*, 2016, p. 250.
- xxi *Lettre au père*, 1919.