

Recherchez la justice (Esaïe 1,17)

La relation entre démocratie et droits de l'homme

« Soyez des juges pour le faible et l'orphelin »

Psaume 82,3

« Il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes »

Actes des Apôtres, 5,29

Table des matières

1.	Introduction et aperçu	2
1.1.	Les rouages étatiques et l'art de l'horlogerie politique	2
1.2.	Droit et justice.....	2
1.3.	La relativité de la souveraineté du souverain	3
1.4.	Le bien-être des plus faibles	4
1.5.	La problématique	5
2.	La confiance	6
2.1.	La protection de la liberté	6
2.2.	Sur une base de réciprocité	6
3.	La légitimité	7
3.1.	Un libre consentement.....	7
3.2.	Légitimité entrante et légitimité sortante	8
4.	La démocratie	9
4.1.	Participation, transparence, souveraineté de la loi	9
4.2.	Les risques de la démocratie	10
4.3.	Les fondements normatifs de la démocratie.....	13
5.	La justice	14
5.1.	La justice comme source de légitimité démocratique	14
5.2.	Le droit d'avoir des droits	15
5.3.	Les droits fondamentaux et les droits de l'homme comme référence dans la législation	17
5.4.	L'application des droits fondamentaux et des droits de l'homme par le tribunal.....	18
6.	En conclusion : alliés pour une même cause	20

1. Introduction et aperçu

1.1. Les rouages étatiques et l'art de l'horlogerie politique

Les Etats de droit démocratiques sont des mécanismes complexes formés d'un assemblage sophistiqué de rouages qui actionnent de manière invisible la machine politique. Au premier regard, le mécanisme étatique se compose d'un cadre (la *Constitution*) dans lequel s'insèrent les différentes composantes (le *droit* national et international) et qui réunit les pièces (les *lois* et les *institutions* politiques) en un tout apte à fonctionner (l'*Etat de droit*). Le rôle de *moteur* est assumé par les citoyennes et les citoyens, qui se meuvent et agissent dans la société en se fondant sur les lois. De ce mécanisme, ils ne sont cependant pas seulement le ressort, mais aussi les horlogers (*souverains*) qui, à l'aide d'instruments *démocratiques*, ont construit le mécanisme, procèdent à des ajustements (sous la forme d'*initiatives* politiques) modifient ou remplacent des rouages (par des *consultations* et des *votes*). Ils peuvent aussi changer le mécanisme lui-même (la constitution, par votation populaire). L'idée est toujours de maintenir le fonctionnement des rouages étatiques, de corriger les dérèglements et d'adapter le mécanisme à l'évolution des conditions extérieures. La métaphore est très technique, mais elle contient presque tous les éléments importants des Etats de droit démocratiques complexes.

En Suisse mieux qu'ailleurs, on sait que les rouages des horloges sont des œuvres de haute précision dont on ne peut à volonté retirer des pièces pour les remplacer arbitrairement par d'autres. Pour ne pas mettre en péril le fonctionnement d'un mécanisme aussi compliqué, mais maintenir son mouvement, il faut connaître précisément l'interaction de ses diverses composantes. C'est la tâche politique essentielle. A quel endroit le mécanisme se grippe-t-il, quelles sont les pièces qui provoquent des dérèglements, où la machine est-elle sans protection contre les grains de sable, quel rouage peut-on remplacer et quelle manipulation entraînerait des ratés ou immobiliserait l'ensemble du mécanisme ? Ce qui est une évidence dans l'art de l'horloger va également de soi en politique : il faut porter un regard attentif sur les détails sans pour autant perdre de vue l'ensemble. Lors d'un dérèglement, s'agit-il simplement d'un défaut momentané de fonctionnement, d'un problème de détail dont les conséquences peuvent être de grande portée selon les circonstances, ou est-ce le signe d'un grave défaut de construction qui nécessite une révision plus complète ? Pour pouvoir éliminer le défaut par une réparation politique sans créer de nouveaux problèmes, il faut une analyse détaillée de la situation et un diagnostic.

1.2. Droit et justice

Le droit humain est un expédient dans un monde en proie à la discorde et aux déchirements. Quels que puissent être ses efforts tendant à la justice, le droit restera toujours un ouvrage décousu. La pleine justice – lorsque « Fidélité et Vérité ... ont embrassé Paix et Justice » – « se penche du ciel » (Psaume 85,11-12). Elle est l'affaire de Dieu et non des hommes. Aussi les Eglises, à la suite de l'apôtre Paul, font-elles une distinction entre la Cité de Dieu et la Cité terrestre (Augustin) ou entre la justice divine et la justice humaine (Zwingli). La Bible n'en invite pas moins les hommes à poursuivre avec zèle la justice et la paix (Proverbes 21,21). Malgré tous les textes de droit dans l'Ancien Testament et bien que Jésus ait affirmé être venu accomplir la Loi (Matthieu 5,17), la Bible ne se satisfait pas du seul droit. Et lorsque les hommes ne s'en réfèrent qu'au droit en vigueur, les prophètes ou Jésus interviennent aussitôt pour critiquer sévèrement les iniquités du droit humain.

Le droit et la justice sont les deux faces d'une même médaille. Ils ne sont pas identiques, mais ne peuvent exister indépendamment l'un de l'autre, comme le peuple d'Israël le savait déjà. Le Deutéronome (16,18-20) résume en quatre points ce qui rend un ordre juridique juste :

1. l'institution des juges ; 2. la reconnaissance du droit (avec lequel il ne faut pas biaiser) ; 3. l'incorruptibilité et l'impartialité des juges, qui ne doivent pas juger « à la tête du client » ; 4. la justice comme but de toute législation et de toute activité judiciaire : « Tu rechercheras la justice, rien que la justice ». Le message biblique est clair : le droit doit viser à la justice, faute de quoi il devient injuste. En d'autres termes, le droit humain, en dépit de son caractère toujours provisoire et imparfait, est un instrument de justice.

1.3. La relativité de la souveraineté du souverain

Quiconque se penche sur la question du droit ne peut échapper à celle du bien et de la justice. La définition des buts, des normes et des valeurs que le droit doit instituer, protéger et garantir ne saurait être indifférente. Dans les Etats de droit démocratiques, c'est la constitution qui assume cette fonction de boussole pour le droit. Le poids normatif de la Constitution fédérale de la Suisse est exprimé dès ses premiers mots : « Au nom de Dieu Tout-Puissant ! ». L'invocation de Dieu a une longue tradition, même si, dans une société laïque, elle est fréquemment devenue problématique. Il est légitime de se demander si, dans un Etat religieusement neutre, une référence à Dieu est encore indiquée. Il convient à ce propos de ne pas négliger deux choses. Premièrement, « religieusement neutre » ne signifie pas « sans religion ». Du refus de lier l'Etat exclusivement à *une seule* religion ne découle pas qu'il est areligieux. Deuxièmement, même dans un Etat laïque, l'invocation de Dieu peut être interprétée métaphoriquement. Le peuple qui se donne une constitution exprime ainsi sa responsabilité envers une instance symbolique qui *n'est pas* lui-même – et c'est à cela au fond que tout se ramène. En invoquant Dieu, le souverain relativise sa propre souveraineté. Il n'institue pas son propre pouvoir comme un pouvoir discrétionnaire, mais le subordonne à l'instance de responsabilité du Tout-Puissant. Par ce préambule à la Constitution, le souverain montre qu'il n'est pas le maître dans sa propre maison, parce que la maison elle-même est soumise au droit d'une autre instance¹.

Pour les chrétiennes et les chrétiens, il n'y a qu'un seul souverain : le Dieu trinitaire, créateur, protecteur et sauveur du monde. Même celui ou celle qui refuse la teneur religieuse du préambule de la Constitution doit reconnaître que le souverain a non seulement des comptes à rendre à lui-même, mais qu'il est aussi, en qualité de législateur, sollicité par une instance étrangère. Pour employer un langage imagé, l'Etat de droit échoue dès que le souverain tente de s'introniser comme divinité. C'est là-contre qu'est dirigée l'invocation de Dieu dans la Constitution fédérale : elle occupe symboliquement la place de la divinité afin que personne ne puisse revendiquer cette place. « Dieu Tout-Puissant » est le substitut destiné à empêcher que des hommes ou des normes et des principes humains n'élèvent des prétentions à la toute-puissance. Dans les organismes politiques, l'introduction de certaines normes et institutions juridiques n'est pas une fin en soi. Les droits de l'homme, les droits populaires, la démocratie, la souveraineté, etc. ne constituent ni des buts d'existence individuels, ni des fins collectives. Ils renvoient plutôt au cadre général, aux valeurs de référence et aux instruments de conditions sociales humainement décentes et favorables à la vie : pas davantage, mais pas moins non plus.

Exiger une « profession de foi » en faveur de la démocratie ou de la Constitution fédérale est donc un non-sens. La démocratie n'est pas une déesse, ni la Constitution fédérale un dieu auquel des hommes seraient contraints ou moralement tenus de professer leur foi. Le cœur

¹ Horst Dreier (*Grundgesetz. Kommentar*, vol. 1, Tübingen, 1996, p. 13), interprète la *nominatio* ou l'*invocatio dei* comme le rappel « de la finitude et de la faillibilité de l'ordre constitutionnel, fût-il démocratique ». La référence à Dieu « rappelle surtout le caractère limité de l'acte constituant positif, de même que la réalité de tout pouvoir étatique, sans vouloir se lier à des éléments précis de doctrines supra-positives ou métaphysiques, de doctrines de droit naturel ou de droit rationnel, ni se nourrir de leur nimbe ».

de l'idée démocratique réside au contraire dans un refus radical de toute idolâtrie politique. La place au centre de la souveraineté politique doit rester vide. Nul n'a le droit de l'occuper ni de s'en emparer². C'est la raison pour laquelle, dans la démocratie, le pouvoir est de durée limitée et dépend de la légitimité de tous, et c'est pourquoi aussi la souveraineté des citoyennes et des citoyens reste forcément relative. De par sa construction même, la politique démocratique est sujette à caution, mais elle est aussi capable de sens critique (à son égard). Aussi paradoxal que cela puisse paraître, c'est ce qui la rend confiante et digne de confiance. La politique n'est démocratique qu'aussi longtemps qu'elle reconnaît son propre caractère problématique, qu'elle porte un regard critique sur elle-même et se laisse examiner sous toutes les coutures. L'infatuation politique est le début de la fin de toute démocratie.

1.4. Le bien-être des plus faibles

Dans le catalogue des valeurs de la Constitution fédérale, l'idée politique de la relativité du souverain démocratique est exprimée d'emblée, par un principe formulé en termes très concis dans le préambule : « ... que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres ». Ce qui est remarquable ici, c'est que la Constitution s'intéresse d'abord à la *personne de l'autre* et à son bien-être, puis seulement aux propres droits, aux questions liées à la nation, à l'Etat et au droit. Cette succession établit sans ambiguïté que le droit est un instrument qui doit servir au bien-être des gens. Que le législateur vise au bien-être des faibles est une caractéristique éminente de la qualité de l'Etat, et une puissante exigence pour les citoyennes et les citoyens. Du préambule de la Constitution fédérale découle une obligation morale que le souverain s'impose à lui-même, de vérifier constamment que sa législation favorise le bien de tous, en prenant comme référence le bien des membres les plus faibles de la communauté. Un ordre politique visant au bien de tous a une vision lointaine : « un ordre juridique remplit cette exigence s'il crée les conditions de base permettant à tous les gens réunis sous son autorité de s'estimer, de se respecter, de se rencontrer et de s'entraider³. » Pour les Eglises, ce but découle de la conscience que chaque être humain est à l'image de Dieu et du témoignage biblique sur l'accueil bienveillant offert à *tout* être humain. Cette exigence a été exprimée déjà lors de la première assemblée du Conseil œcuménique des Eglises (COE) à Amsterdam en 1948, par la demande « que l'autorité du droit soit tout autant reconnue et considérée dans les relations entre les peuples que dans la vie des nations⁴ ». Plus tard, le COE a résumé le lien entre droit et justice par une formule concise ouvrant une nouvelle voie : « Qui a peu dans la vie doit avoir plus en droit⁵. » Dans une perspective européenne, la *Charta Œcuménica* de 2001 affirme : « Nous sommes convaincus que l'héritage spirituel du christianisme représente une force d'inspiration enrichissante pour l'Europe. Sur la base de notre foi chrétienne, nous nous engageons pour une Europe humaine et sociale, dans laquelle s'imposent les droits de l'homme et les valeurs fondamentales de la paix, de la justice, de la liberté,

² Voir Claude Lefort, « Droits de l'homme et politique » (1979), in : id., *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Paris, 1981, p. 45-83, ici p. 65 : « ... nul ne saurait occuper la place, à distance de tous, d'où il aurait autorité pour octroyer ou ratifier des droits ».

³ Lors de sa Conférence mondiale de 1967 à Genève, le Conseil œcuménique des Eglises (COE) était en avance sur son temps lorsqu'il déclara que l'être-en-communauté (« *person-in-community* ») était au cœur de toutes les questions de liberté, de justice, de paix et d'égalité ; cf. Ökumenischer Rat der Kirchen (éd.), *Appell an die Kirchen der Welt. Dokumente der Weltkonferenz für Kirche und Gesellschaft*, Stuttgart, Berlin, 1967, § 35.

⁴ *Die erste Vollversammlung des ÖRK*, Tübingen, 1948, p. 122.

⁵ Conseil œcuménique des Eglises (éd.), *Appell*, op. cit., p. 158 ; cf. Helmut Simon, « ‹Wer wenig im Leben hat, soll viel im Recht haben› », in : *Ökumenische Rundschau*, 16, 1967, p. 338-357.

de la tolérance, de la participation et de la solidarité⁶. » Même la neutralité religieuse ne dispense pas les Etats de droit modernes de cette exigence. Le droit est fait pour l'homme, et non pas l'homme pour le droit : ce principe est valable pour eux plus que pour toute autre forme d'organisation politique.

1.5. La problématique

Une des caractéristiques des Etats de droit démocratiques est leur constante préoccupation d'eux-mêmes. Les démocraties ont le souci constant de réformer leur organisation. Les discussions sur la relation entre droit national et droit international, droits fondamentaux et droits populaires, démocratie et constitution, souveraineté nationale et obligations internationales font ainsi partie du quotidien démocratique. Il est tout aussi normal et indispensable que les avis divergent sur ces questions.

Les notions de « droits populaires », « droit international public », « souveraineté », « juges nationaux » ou « juges étrangers » ne sont d'abord que des formules qui éveillent l'attention et signalent un conflit. Elles ne sont une fin en soi ni de l'action politique, ni de la coexistence sociale. Les oppositions polémiques établies entre ces notions évoquent d'ailleurs des antagonismes qui n'existent pas dans la vie quotidienne. Dans une économie et une finance mondialisées, par exemple, il est naturel et profitable de faire passer le droit international avant la souveraineté de l'Etat national. D'un autre côté, nous nous fions à notre Constitution sans avoir à craindre des atteintes aux droits de l'homme. Les dangers et les oppositions mis en avant lors de débats hautement politisés ne se rencontrent pas dans la vie courante, ou du moins pas sous cette forme. Au contraire, ce qui fait l'objet d'affrontements dans les débats politiques fonctionne très bien dans la réalité, de manière aussi harmonieuse que peu sensationnelle.

La discussion donne néanmoins l'occasion de réfléchir aux fondements de l'Etat de droit démocratique qu'est la Suisse. Cela s'est fait à ce jour surtout sous le point de vue du droit constitutionnel, du droit international public et des droits de l'homme. Nul ne peut sérieusement contester l'importance et les succès de la politique internationale en matière de droits de l'homme. Mais la connaissance de la nécessité des droits de l'homme et du droit international public présuppose deux conditions : premièrement, la conscience du risque de devenir soi-même victime d'un traitement infligé au mépris des droits de l'homme, et deuxièmement, une sensibilité aux conséquences graves qui en résulteraient si ces instruments juridiques internationaux n'existaient plus. Dans les régimes juridiques stables, l'attention prêtée à la fragilité des ordres politiques et à leurs dangers s'érousse petit à petit, et avec elle s'amoindrit aussi la connaissance des conditions externes de la stabilité politique. Dans une démocratie, où le peuple détient le rôle de législateur souverain, la compréhension de la nécessité des institutions juridiques internationales doit faire partie du noyau commun des convictions civiques, faute de quoi elle ne resterait qu'un savoir de spécialiste, dénué de toute portée politique.

Les Eglises, dans ce contexte, s'interrogent sur les conditions, les possibilités et les limites de la réussite de la coexistence sociale. La question essentielle est ici : qu'est-ce qui est indispensable à une coexistence sans heurts et acceptable pour tous dans l'Etat de droit démocratique ? Cette approche a deux avantages. Le premier est qu'elle évite le risque de faire du droit une fin en soi ou le bien suprême de l'Etat. Le second est qu'elle concentre l'attention sur l'enjeu politique en arrière-plan du débat : par quel moyen établir, préserver et développer la cohésion sociale dans une société à pluralité d'opinions et de valeurs ? Comme nous l'avons

⁶ Conférence des Eglises européennes / Conseil des conférences épiscopales d'Europe, *Charta Oecumenica. Lignes directrices en vue d'une collaboration croissante entre les Eglises en Europe*, Saint-Gall, Genève, 2001, § 7.

dit au début, la justice, d'un point de vue théologique biblique et ecclésial, constitue la référence suprême du droit étatique, des ordres politiques et de la coexistence entre les êtres humains. La *justice* cependant n'est pas seulement un but de l'action politique et étatique, elle est aussi le principe à l'aune duquel se mesure la *légitimité* des organisations politiques. La *démocratie* en tant que système politique essaie de faire d'une pierre deux coups en proposant des procédures limpides et équitables afin de gagner la *confiance* et la loyauté des citoyennes et des citoyens. Il s'agit donc maintenant d'examiner les rapports entre ces quatre notions normatives fondamentales de la politique : *confiance*, *légitimité*, *démocratie*, *justice*, ainsi que le rôle du droit dans ce jeu politique complexe.

2. La confiance

2.1. La protection de la liberté

Dans l'Etat de droit libéral, le droit garantit et règlemente les libertés des citoyennes et des citoyens selon un principe au premier regard paradoxal : « Le droit crée la liberté en imposant des limites⁷. » Il faut restreindre la liberté individuelle pour que tous les membres d'une société disposent des mêmes possibilités de faire effectivement usage de leurs libertés. C'est le seul moyen de garantir que les libertés de l'individu ne dépendent pas des contingences d'une capacité – inégalement répartie – à s'imposer. Le droit crée l'égalité en découplant les droits de chaque personne des inégalités de pouvoir entre les êtres humains. Par principe, une personnalité influente dispose d'exactly des mêmes droits qu'une personne sans pouvoir en marge de la société. L'idée de l'Etat de droit libéral repose sur l'hypothèse que la liberté n'est réalisée que lorsqu'elle est due de la même manière à tous. Quant aux libertés fondamentales, les citoyennes et les citoyens sont liés les uns aux autres comme les perles d'un collier. Si l'on dénie la liberté, ne serait-ce qu'à un seul être humain, le collier se rompt. Si les libertés des autres comptent davantage que la liberté d'une personne, il y a rupture avec le principe fondamental d'égalité. Or la liberté inégalement partagée n'est rien d'autre qu'une non-liberté absolue, parce que personne ne peut savoir si elle ne sera pas celle dont la majorité restreindra la liberté⁸. La liberté a besoin de l'égalité, et pas seulement d'une majorité.

Il est du devoir de la Constitution de maîtriser le défi exigeant qui consiste à garantir une égale liberté. La Constitution définit les règles fondamentales du jeu pour les ordres juridiques de la société, règles qui ont fait l'objet d'un consensus parmi ses membres. Toutes les réglementations de détail et les lois doivent être compatibles avec ces dispositions. La Constitution peut assumer cette fonction d'arbitre si l'autorité nécessaire lui est conférée, tant sur le fond que sur la forme. Une constitution ne protège qu'aussi longtemps qu'elle est elle-même protégée. C'est la raison pour laquelle il n'est pas aussi facile de modifier une constitution que les lois à un échelon subordonné. Les constitutions sont imperturbables face au changement.

2.2. Sur une base de réciprocité

Même si cette notion ne figure dans aucune loi, mais le plus souvent seulement dans les discours d'inauguration des chrysanthèmes, la confiance est une ressource indispensable pour

⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Recht schafft Freiheit, indem es Grenzen setzt », in : id., *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt/M., 1999, p. 233–245.

⁸ L'argument du « voile d'ignorance » est au cœur de la théorie du libéralisme la plus influente actuellement, celle de John Rawls ; cf. J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. Catherine Audard, Paris, 1987, en part. p. 168-174.

le droit, l'Etat et la société. La confiance est une « performance initiale risquée⁹ » face au comportement d'autrui qui, au moment voulu, n'est pas encore connu. Ainsi par exemple, je me trouve à l'heure et à l'endroit convenus, avec la confiance que la personne avec qui j'ai rendez-vous aura le même comportement. Cela, je l'ignore encore lorsque je me mets en route, j'en ai la certitude seulement lorsque la personne arrive effectivement. Mais je m'en tiens à ce qui a été convenu, sans savoir, mais avec la confiance qu'il en sera ainsi. Une particularité se révèle déjà ici : pour que la rencontre ait lieu, il faut que l'autre personne se fasse exactement la même réflexion. Elle doit me faire confiance. La confiance repose donc sur la réciprocité. Ce qui vaut pour les rapports entre les gens est également valable pour la société. Là aussi, il faut une bonne dose d'avance de confiance. L'Etat de droit libéral doit tout mettre en œuvre pour gagner la confiance de ses citoyennes et citoyens. Et ceux-ci fournissent généralement la performance initiale d'une manière si naturelle qu'ils n'en ont même plus conscience. Malgré la fonction importante de contrôle qu'exercent la séparation des pouvoirs, la liberté d'opinion, le travail des médias, etc. un principe est applicable : on ne construit pas un Etat et on ne fait pas fonctionner une société avec le dicton populaire selon lequel « faire confiance, c'est bien, contrôler, c'est mieux ». La question primordiale devient alors celle des mesures qui permettent d'établir une confiance réciproque entre les citoyennes et les citoyens d'une part, et les organisations étatiques d'autre part.

Les Etats de droit démocratiques, contrairement aux régimes autoritaires, ne contraignent pas leurs citoyennes et citoyens à l'obéissance par la force ou la menace du recours à la force. Ils misent sur un assentiment volontaire, par conviction. Au lieu d'user de contrainte violente, l'Etat démocratique cherche à obtenir de ses citoyennes et citoyens une loyauté librement consentie. Il ne suffit pas pour cela d'exiger la confiance comme une sorte de devoir civique. Nul ne peut être contraint à la confiance, et les rapports de confiance ne naissent pas unilatéralement. Chaque membre de la société a besoin, *personnellement*, de bonnes raisons pour faire confiance à l'Etat et à ses ordonnances. La performance civique initiale consiste à avoir confiance que les organisations étatiques tiendront leurs promesses.

3. La légitimité

3.1. Un libre consentement

Dans le contexte politique, on parle généralement non pas de « confiance », mais de « légitimité ». La légitimité signifie cette « propriété d'un ordre normatif qui explique et fonde sa valeur obligatoire pour ceux et celles qui lui sont soumis¹⁰ ». C'est une réponse solide à la vieille question de savoir pourquoi les hommes restreignent leurs libertés individuelles au profit d'une collectivité publique qui fonctionne, pourquoi ils doivent donc donner leur *consentement* à un abandon de liberté. Pourquoi renoncer de plein gré à l'application illimitée des libertés individuelles ? Les personnes concernées doivent considérer les restrictions de liberté sous la forme

⁹ Cf. Niklas Luhmann, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. Stéphane Bouchard, Paris, 2006, p. 25 ; id., *Grundrechte als Institution*, Berlin, 1965.

¹⁰ Rainer Forst, « Legitimität, Demokratie und Gerechtigkeit : Zur Reflexivität normativer Ordnungen », in : Oliver Flügel-Martinsen et al. (éd.), *Deliberative Kritik – Kritik der Deliberation*, Wiesbaden, 2014, p. 137-147, ici p. 139-140. Sur la notion de légitimité, cf. Anna Geis, Frank Nullmeier, Christopher Daase (éd.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik. Rechtfertigung und Kritik politisch-ökonomischer Ordnungen*. Leviathan Sonderband 27, Baden-Baden, 2012 ; Karin Glaser, *Über legitime Herrschaft. Grundlagen der Legitimationstheorie*, Wiesbaden, 2013 ; Sophie Eisentraut, « Autokratien, Demokratien und die Legitimität internationaler Organisationen. Eine vergleichende Inhaltsanalyse staatlicher Legitimationsanforderungen an die UN-Generalversammlung », in : *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 20, 2013/2, p. 3-33.

de lois et d'ordonnances comme légitimes et dignes d'être reconnues comme telles. Dans la démocratie, la reconnaissance civique de la validité est le seul motif de légitimation d'un ordre politiquement normatif. Elle seule fonde l'Etat à prétendre être une organisation légitime. « Si l'exigence est remplie, le caractère obligatoire prend naissance et existe – l'expression « prend naissance et existe » signifie que le caractère obligatoire repose toujours sur une normativité préexistante et ne se crée pas à partir de rien ; il peut néanmoins transformer (plus ou moins radicalement) ces fondements, par exemple lorsque les conceptions de la légitimité évoluent¹¹. »

Le caractère obligatoire de l'Etat de droit démocratique dépend donc de la reconnaissance de ceux et celles qui sont soumis à ses ordonnances. Une ordonnance peut être considérée comme reconnue lorsque les personnes concernées (c'est-à-dire la population d'un pays) peuvent y adhérer librement pour des motifs réfléchis. A cela se greffe la question de ce que l'Etat doit faire pour gagner la confiance de sa population, afin que cette dernière, en retour, reconnaisse la légitimité des ordonnances étatiques et accepte de s'y soumettre. Ou, en d'autres termes, où réside l'avance de confiance de l'Etat lui-même ?

3.2. Légitimité entrante et légitimité sortante

La réponse de l'Etat de droit démocratique est double, à la fois substantialiste et procédurale. La réponse *substantialiste* consiste en la garantie constitutionnelle – accordée indépendamment des droits civiques – de protection de la dignité et des libertés de tous les êtres humains. Contrairement aux régimes autoritaires, l'Etat de droit démocratique ne tient pas les gens en suspicion, mais sous *protection*. Indépendamment de la vérification concrète de sa fiabilité, l'Etat de droit accorde la même confiance à tous les membres de la société, sous la forme de droits fondamentaux garantis constitutionnellement (art. 7 et 8 Cst.) et des droits de l'homme selon la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Ce fondement substantialiste se complète d'une exigence *procédurale*. A la question du contenu des ordonnances étatiques, les Etats de droit démocratiques donnent une réponse à la fois extrêmement simple et très exigeante. Simple parce que les démocraties laissent plus ou moins aux personnes concernées le soin de définir les ordonnances. Dans les procédures démocratiques, le peuple a la fonction de législateur souverain. Les citoyennes et citoyens d'une démocratie directe ne font pas aveuglément confiance, mais savent dans quoi ils s'engagent, puisqu'ils fixent eux-mêmes les règles du jeu de la confiance dans l'Etat¹². L'idée sous-jacente est ancienne et postule que ceux qui sont soumis à la loi doivent aussi en être les auteurs. La réponse démocratique est aussi exigeante, parce qu'il est demandé aux citoyennes et citoyens d'assumer la tâche de législateur avec la pleine conscience de leur responsabilité, avec pondération et donc, justement, avec confiance.

La question de la légitimité des ordonnances étatiques renvoie à un niveau normatif plus fondamental. La légitimité est, quant à la norme, un concept subordonné qui renvoie à la nécessité des raisons et des motivations de la légitimation. La question de la légitimité se pose dans toute forme d'Etat, comme par exemple la question délicate et récurrente dans l'histoire du « successeur légitime » sur le trône. Dans une démocratie, elle prend une importance particulière, parce que toute réponse autoritaire constitue d'emblée un motif d'exclusion. L'Etat démocratique ne peut lui-même qu'affirmer sa conformité au droit, et c'est aux membres de la

¹¹ Forst, « Legitimität », art. cit., p. 138.

¹² La majorité des citoyens dans le « club des souverains » signifie tous les citoyens en Suisse, plus la majorité des citoyens réunis dans les cantons (cf. Francis Cheneval, « Volkssouveränität als Status-Funktion. Eine kleine politische Philosophie – nicht nur der Schweiz », in : *L'idée de démocratie (Studia philosophica, 71, 2012)*, p. 97-109, en part. p. 106-107).

société ordonnée selon ses lois qu'il appartient de fournir les justifications de sa légitimité. C'est l'accord moderne entre des citoyennes et citoyens autonomes d'une part, et l'Etat d'autre part.

La querelle actuelle sur la relation entre droits populaires et droit international public se comprend mieux dans ce contexte. Il s'agit au fond d'un conflit de légitimation qui peut se décrire comme une opposition entre une légitimation « entrante » et une légitimation « sortante »¹³. D'un côté, la question de savoir *comment* les ordonnances politiques et les droits et devoirs qui en découlent prennent forme (légitimation *entrante*) est mise en avant, tandis que de l'autre, c'est la question de savoir *sur quoi* se fondent les lois auxquelles sont soumis les citoyens et les citoyennes (légitimation *sortante*) qui est prioritaire. Légitimité de procédure (participation démocratique, séparation des pouvoirs, procédure majoritaire, etc.) ou légitimité normative (droits fondamentaux, droits de l'homme, protection contre la discrimination, procédure de recours, etc.) : tels sont les deux termes de l'alternative, entre lesquels il n'est pas possible de trancher en terme de légitimation. Car la question de savoir *qui* dispose du pouvoir de légitimation amène à la question suivante, de savoir *par quoi* les détentrices et détenteurs de ce pouvoir de légitimation sont eux-mêmes légitimés.

4. La démocratie

Dans les sociétés modernes, la démocratie est considérée comme la principale ressource normative de légitimation¹⁴. L'idée de confier les décisions sur les affaires de l'Etat non plus à un souverain unique, mais à la majorité des citoyens, remonte à l'Athènes antique. Elle exprimait une réflexion toute pragmatique, à savoir qu'un groupe d'hommes décidant selon le principe majoritaire est moins sujet à l'erreur que l'arbitraire d'un seul ou d'un petit groupe d'individus. Plus de deux mille ans se sont écoulés entre les débuts de la démocratie grecque et la concrétisation de l'égalité de tous les citoyens dans la Constitution révolutionnaire française de 1791¹⁵. L'évolution historique suffit à montrer que structures démocratiques, Etat de droit et droits de l'homme ne sont pas équivalents.

4.1. Participation, transparence, souveraineté de la loi

La démocratie moderne en tant que forme d'Etat est indissociable de l'idée d'autonomie humaine. Le principe selon lequel chaque être humain est voué, de par sa liberté, à se donner sa propre loi (autonome, au sens étymologique) s'applique également aux ordonnances politiques et juridiques de la vie en commun : les citoyennes et citoyens ne doivent être soumis qu'aux lois qu'ils ont eux-mêmes, en tant qu'auteurs, choisies et définies. La démocratie est donc *la* forme d'Etat et de gouvernement du sujet autonome incarné par des citoyennes et citoyens libres. Elle part de l'idée que les gens non seulement choisissent librement de vivre dans l'Etat, mais aussi en acceptent librement les ordonnances et les institutions. Plus encore, la démocratie n'existe que parce que et aussi longtemps que la population renouvelle son

¹³ La distinction est de Fritz W. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz, 1970 ; sur le débat actuel, voir en outre les travaux cités à la note 10, Niels Petersen, *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Heidelberg, 2009.

¹⁴ Voir l'ouvrage toujours fondamental de Jürgen Habermas, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. Jean Lacoste, Paris, 1978.

¹⁵ La Constitution de 1791 ne s'adressait effectivement qu'aux citoyens mâles, les citoyennes n'avaient alors pas d'existence. En réponse à cette discrimination, la pionnière du féminisme français Olympe de Gouges rédigea en septembre de la même année sa « Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne » ; original consulté sous : <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/le-suffrage-universel/la-conquete-de-la-citoyenne-politique-des-femmes> (14.9.2015).

témoignage de loyauté critique envers le pouvoir politique. C'est la raison pour laquelle le désenchantement politique et la lassitude électorale constituent un risque important pour la démocratie. Car à mesure que décline la loyauté active des citoyennes et des citoyens, s'affaiblit aussi la légitimité des ordonnances étatiques, ouvertement remise en question. Dans une démocratie, les citoyennes et citoyens ont moins besoin de l'attention de l'Etat que celui-ci n'a besoin de leur participation active.

La communauté des citoyens est l'instance de décision, et la procédure démocratique son instrument de prise de décision. En tant que procédure participative, la démocratie ne se concentre pas sur le contenu même d'un ordre politique, mais sur la manière dont il prend naissance. Les démocraties directes font non seulement davantage confiance aux électrices et électeurs, mais imposent aussi davantage d'obligations à la population que d'autres types d'organisation politique. Les mauvaises décisions et les développements erronés ne peuvent pas être imputés à une instance étrangère, car dans une démocratie directe, le souverain ne peut jamais s'en prendre qu'à soi-même. Un sceau postal du début des années 1950 portait la devise suivante : « Tu as le droit de critiquer l'Etat, mais dis-toi bien que l'Etat, c'est toi !¹⁶ »

Les démocraties, par leur nom même, indiquent déjà la procédure qui les constitue : c'est le peuple (*demos*) qui fixe les règles politiques. Dans l'Etat démocratique, les lois sont légitimes si elles ont été établies par une procédure limpide, ouverte à toute personne possédant le droit de vote et où chaque voix a le même poids. C'est seulement parce que le peuple se donne ses ordonnances et ses règles de vie commune que les lois qui en découlent peuvent prétendre à l'autorité et au pouvoir exécutif. Ce pouvoir du souverain est nécessaire, parce que les lois ainsi légitimées restreignent la liberté individuelle en des points parfois sensibles. L'autorité du peuple en tant que souverain de l'Etat fournit la raison essentielle pour laquelle les citoyennes et les citoyens doivent se laisser attacher à la chaîne du droit, pour reprendre l'image de Rousseau. La démocratie réussit ainsi ce difficile exercice d'équilibrisme qui consiste à prétendre à l'autorité sans être pour autant autoritaire. « Sont autoritaires les autorités qui imposent ou tentent d'imposer leurs prétentions par la force, *sans* faire apparaître à ceux qui en sont l'objet la nécessité de leurs prétentions de manière si *évidente* que cette nécessité peut être acceptée *librement* par eux. [...] Sont « autoritatives » les autorités qui imposent leurs prétentions en rendant la nécessité de ces prétentions si *évidente* pour ceux qui en sont l'objet que cette nécessité, en considération de la possibilité de faire recours, est acceptée par eux¹⁷. »

4.2. Les risques de la démocratie

La lourde responsabilité que les démocraties – en particulier les démocraties directes – imposent à leurs citoyennes et citoyens n'est pas sans risques. Une distinction sommaire peut être faite entre les risques dus à une cause interne et les risques provoqués par une cause externe.

4.2.1 Les risques internes de la démocratie

1. *Le manque de protection contre soi-même* : un des défauts de construction des démocraties formelles est la nature totalement ouverte des décisions effectives. « La démocratie formelle

¹⁶ Cité d'après Helmut Gollwitzer, « Bürger und Untertan » (1957), in : Hans G. Ulrich (éd.), *Evangelische Ethik. Diskussionsbeiträge zu ihrer Grundlegung und ihren Aufgaben*, München, 1990, p. 177–204, ici p. 177. Gollwitzer se trompe en pensant avoir vu le sceau sur une lettre en provenance de Suisse. En réalité, ce sceau fut employé par la poste fédérale allemande dans les années 1950.

¹⁷ Eberhard Jüngel, « Die Autorität des bittenden Gottes. Eine These zur materialen Begründung der Eigenart des Wortes Gottes. Erwägungen zum Problem der Infallibilität in der Theologie », in : id., *Unterwegs zur Sache*, 3^e éd., Tübingen, 2000, p. 179–188, ici p. 182-184.

donne à tous les citoyens la même possibilité de participation – une personne, une voix – que la personne soit ou non compétente, intéressée, concernée ou engagée. Ce triomphe de l'égalité entre les hommes, indépendamment de la race, du sexe, de la religion ou du revenu, ne fait pas que remettre à leur place tous les régimes fondés sur l'inégalité – de la monarchie au droit électoral prussien « des trois classes » en passant par le système censitaire –, il institue aussi des règles et des prémisses de décision d'une incomparable clarté : c'est la majorité qui décide. Ce qui compte, ce n'est plus l'objet lui-même, les motivations ni l'urgence, mais une simple variable formelle et arithmétique. Une majorité peut même rendre possible l'autodestruction de la démocratie¹⁸. » Conçue comme une alternative en réponse aux pouvoirs autoritaires et totalitaires, la démocratie – comme l'histoire le montre – ne préserve pas du basculement dans des structures et des régimes totalitaires. Les procédures démocratiques sont livrées à elles-mêmes sans protection, parce qu'elles ne peuvent exclure le cas où un système démocratique déciderait, par voie démocratique, de se saborder. Le principe démocratique n'est pas suffisant pour faire face à ce danger.

C'est la raison pour laquelle les démocraties modernes – comme l'indique déjà la désignation « Etat de droit démocratique » ou « démocratie d'Etat de droit » – sont munies d'un appareil normatif de base. En règle générale, les démocraties ne s'appuient pas seulement sur une légitimité *entrante* purement formelle, mais aussi sur une légitimité *sortante* normée quant à son contenu : certains principes de l'Etat de droit – les droits fondamentaux et les droits de l'homme – donnent la norme minimale à laquelle doivent satisfaire les procédures de participation démocratique. Ces principes se caractérisent par leur résistance au changement. Il existe diverses procédures de stabilisation. Dans la démocratie directe de la Suisse, une révision de la Constitution doit impérativement être soumise au verdict populaire, à la différence des procédures législatives¹⁹. Dans une démocratie représentative, comme en Allemagne par exemple, les révisions de la Constitution sont soumises à des exigences précises de majorité parlementaire. Certaines dispositions ne peuvent pas être modifiées, et la Cour constitutionnelle vérifie la conformité des lois à la Constitution. Toutes ces procédures sont destinées à empêcher que le climat ou les impulsions politiques du moment puissent d'eux-mêmes remettre en question les normes fondamentales de l'Etat et de la société ou les vider de leur substance. Le législateur avisé sait que l'on ne peut pas toujours se fier à l'intelligence dans le quotidien de la vie politique. Se sachant sujet à l'irréflexion et à l'erreur, il s'est donné comme garde-fou une constitution qui cependant n'offre pas dans toutes les situations une protection contre les accidents.

2. *Juge et partie* : le second risque concerne la démocratie directe sans juridiction constitutionnelle. Les citoyennes et citoyens pratiquent le jeu mené par un arbitre, mais ils fixent aussi les règles. La démocratie directe mise donc essentiellement sur l'autorégulation. Cela fonctionne tant que les décisions du souverain et des autorités politiques visent effectivement aux solutions les meilleures pour l'Etat et pour la société et non seulement à des majorités politiques, servant des intérêts particuliers. Les démocraties directes vacillent dès lors qu'une quête démagogique de suffrages mine une politique consciente de ses responsabilités et tournée vers le bien commun. La décision politique et la vérification des buts forment un système fragile de vases communicants qui est ici non seulement impuissant, mais n'offre aucune protection. La démocratie directe est notoirement sujette aux accidents provoqués par elle-même. Elle ne peut être organisée pour durer que si tous ceux et celles qui y prennent part sont

¹⁸ Helmut Willke, *Demokratie in Zeiten der Konfusion*, Berlin, 2014, p. 59.

¹⁹ Dans son rapport additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30 mars 2011, le Conseil fédéral tempère toutefois le principe : l'art. 192, al. 1, Cst. prévoit explicitement que la Constitution peut être révisée en tout temps. Les dispositions constitutionnelles ne sont donc pas protégées par un délai d'attente ou de grâce, si bien qu'une initiative tendant à la révision totale ou partielle peut être lancée à tout moment. » (Feuille fédérale, 2011, p. 3418).

conscients de leur pouvoir de décision et l'assument en pleine responsabilité envers le bien commun, en prenant notamment en considération la situation et les intérêts des minorités de la société.

3. *La précarité de la représentation de la communauté civique* : la légitimité de l'Etat de droit démocratique dépend du fait que l'ensemble des gens fixant les règles de coexistence se confond, autant que faire se peut, avec l'ensemble des gens soumis à ces lois. Idéalement, il y aurait identité entre la communauté civique (*demokratia*) et la population (*populus*). Cet idéal n'est évidemment jamais réalisé, parce que le droit de vote est lié à certaines conditions (majorité, nationalité, etc.). Que les enfants soient privés de droit de vote paraît immédiatement évident. Mais il y a désaccord sur la question de l'âge auquel ils doivent cesser d'en être privés. Que pendant longtemps, les femmes n'aient pas eu le droit de vote n'est plus concevable selon le point de vue actuel. Nous trouvons tout naturel aujourd'hui que des gens d'autres nationalités qui vivent depuis longtemps en Suisse et apportent une contribution importante à l'Etat et à la collectivité n'aient pas le droit de vote. Peut-être cela nous paraîtra-t-il un jour aussi absurde que la situation des femmes autrefois.

L'évolution de la démographie n'est pas seulement verticale, elle est aussi horizontale, ce qui place la démocratie devant trois grands problèmes : 1. L'évolution démographique verticale de la société provoque un déplacement important des intérêts en présence dans le corps électoral. Un électorat vieillissant défend d'autres intérêts et poursuit d'autres priorités que des citoyennes et des citoyens plus jeunes. Il se préoccupera plus de maintenir le statu quo. 2. L'évolution démographique horizontale, c'est-à-dire l'augmentation de la population étrangère, qui fournit une contribution importante à la société mais n'a pas de possibilités de participation politique, a pour effet que de moins en moins de gens établissent les règles et les lois auxquelles de plus en plus de gens sont soumis sans avoir de droit de codécision. Le principe démocratique selon lequel seuls les auteurs des lois leur doivent obéissance n'est plus applicable à un nombre croissant de personnes. La démocratie perd ainsi un critère de légitimité pour une part de la population qui augmente constamment. 3. Les sociétés libérales ont une dynamique propre qui mène à la différenciation sociale et à la formation de minorités. Les membres de ces minorités n'ont aucune chance réelle de faire valoir leurs préoccupations dans un système de décision par la majorité. Ils ne font pas partie *parfois* des gagnants et *parfois* des perdants des votations : ils sont *toujours* perdants, rivaux qu'ils sont à leur statut de minorité.

4. *Des démocraties qui en demandent trop à leurs citoyens* : il convient de mentionner au moins ici le phénomène de lassitude qui s'observe dans toutes les démocraties de longue date. « Une crise de la participation aux décisions politiques, due à la complexité des matières, au manque de limpidité et à l'ignorance, est en opposition totale avec l'exigence démocratique de participation de tous les citoyens aux décisions intéressant la collectivité. D'un autre côté, des décisions prises sans une connaissance suffisante de la matière sont non seulement dépourvues de sens, mais peuvent aussi causer des dégâts considérables et augmenter les risques²⁰. ». Face à une complexité qui le dépasse, l'électorat, de plus en plus perplexe mais aussi frustré, devient réceptif au populisme et à ses solutions toutes faites.

4.2.2 Les risques externes de la démocratie

Dès le mouvement de mondialisation qui a suivi l'effondrement des blocs antagonistes et la fin de la Guerre froide, voire même plus tôt déjà, on a assisté à un réajustement juridique des Etats nationaux. L'économie et la finance, avec leurs réseaux mondiaux, ont contraint le droit à s'internationaliser, comme les associations d'Etats dictées par cette évolution. De ce fait,

²⁰ Willke, *Demokratie*, op. cit. (n. 17), p. 61.

une condition essentielle pour toute démocratie d'Etat de droit, à savoir la « condition de coïncidence entre habilitation au pouvoir et exercice du pouvoir n'était plus remplie²¹ ». Il n'existe pas de société mondiale qui légitimerait démocratiquement le droit international, comme le fait un électorat national. C'est exactement à cette question que renvoient les discussions actuelles en Suisse sur les « juges étrangers », question qui fait l'objet, depuis des dizaines d'années, de vifs débats dans la théorie de la démocratie. Mais à la figure des « juges étrangers », il faut encore ajouter celle des « réseaux interculturels et transculturels de domination arbitraire », selon l'expression de Rainer Forst, éminent philosophe politique de Francfort. Or la Suisse, par son industrie et son système bancaire, est insérée dans ce tissu dense et lucratif. Aux « juges étrangers » du point de vue suisse correspondent donc les « profiteurs étrangers » selon le regard que d'autres nations portent sur la Suisse ; or, d'un point de vue global, ces « profiteurs » représentent un risque bien plus élevé pour la démocratie, parce qu'ils savent systématiquement les fondements économiques de toute politique démocratique dans de nombreuses régions du monde.

4.3. Les fondements normatifs de la démocratie

Pourquoi les risques évoqués ci-dessus sont-ils perçus comme problématiques ? Pourquoi ne nous contentons-nous pas de la constatation formelle que dans une démocratie, les décisions sont prises par la communauté civique, sans filet ni double plancher ? De toute évidence, la démocratie ne peut pas accepter des risques qui pourraient heurter de front ses propres principes. Cette observation met déjà le doigt sur les fondements normatifs indissociables de la démocratie, qui permettent de comprendre que la démocratie politique signifie toujours plus qu'un simple principe de majorité arithmétique. La charge normative de la démocratie se manifeste dans la notion de souverain. Contrairement à un malentendu fréquent, le souverain n'est pas une figure de l'Etat national : sa place est sur la scène démocratique²². La communauté civique, en tant que législateur, représente l'idée morale (!) au cœur de l'autonomie, une idée qui, en démocratie, se concrétise par l'exigence selon laquelle « ceux qui sont soumis aux normes doivent pouvoir en être les auteurs²³ ». Une démocratie dans laquelle des citoyennes et citoyens majeurs sont exclus de la participation à l'exercice de légiférer pour eux-mêmes agit en contradiction avec ses propres fondements. Par principe, la démocratie ne tolère pas de sélection parmi celles et ceux qui aspirent à la fonction de souverain. Les mécanismes de sélection mis en œuvre au nom de l'Etat national sont en effet peu compatibles avec le principe démocratique, parce que ce dernier ne connaît ni n'admet d'alternative ou d'exception. Et plus la signification et les frontières de l'Etat national deviennent floues, plus l'interdiction d'accès aux procédures de participation politique devient un problème pour la démocratie.

²¹ Rainer Forst, « Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie : Zur Überwindung von drei Dogmen der politischen Theorie », in : Peter Niesen (éd.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Frankfurt/M., 2012, p. 29–48, ici p. 45.

²² Cf. l'étude fondamentale de Jürgen Habermas, « Hat der Nationalstaat eine Zukunft ? », in : id., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt/M., 1999, p. 128–191, ici p. 139 ; Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge (Mass.), 2004 ; Erhard Denninger, « “Die Rechte der Anderen”. Menschenrechte und Bürgerrechte im Widerstreit », in : *Kritische Justiz*, 42, 2009, p. 226–238.

²³ Forst, « Legitimität », art. cit. (n. 10), p. 141 ; cf. aussi Hanna Arendt, *Condition de l'homme moderne*, trad. Georges Fradier, Paris, 1983, p. 261 : le cercle de ceux qui participent à l'action politique doit être maintenu ouvert et il faut garantir que tous les acteurs aient pouvoir d'agir, de sorte qu'ils puissent se contrôler les uns les autres. « Sa seule limitation [de la puissance, *Macht*] est l'existence d'autrui, mais cette limitation n'est pas accidentelle puisque le pouvoir humain correspond pour commencer à la condition de pluralité. »

Un second principe de la démocratie se fait jour ici : la démocratie inclut « une dimension réflexive-critique, qui examine dans quelle mesure tant ses procédures que ses résultats peuvent se justifier. [...] Une démocratie bien comprise est donc nécessairement une action réflexive autocritique²⁴ ». La constitution du souverain est liée à l'obligation permanente de satisfaire à l'exigence de participation de tous à l'activité politique. Du point de vue démocratique, il ne peut y avoir de motif de refuser à une personne majeure le rôle de souverain. Une telle restriction serait en contradiction avec la démocratie et, en cela, un acte purement et simplement non démocratique. « Le refus d'accorder des droits démocratiques est une injustice politique grossière, et une démocratie qui ne s'efforce pas de créer l'équité dans ses procédures et dans ses réalisations ne mérite pas ce nom²⁵. » La démocratie en tant que forme d'Etat qui s'est établie comme une alternative équitable à l'arbitraire d'un pouvoir injuste entrerait en contradiction avec elle-même dès lors qu'elle soumettrait à des critères arbitraires les possibilités de participation.

Le principe démocratique confronte les organisations politiques à une exigence de justice qui invite constamment les Etats démocratiques à vérifier si leurs propres règles satisfont à l'obligation d'égalité de traitement et de participation. En soi, les démocraties ne sont pas plus justes que d'autres formes d'Etat, mais elles incluent un critère intrinsèque d'équité – la participation de toutes les personnes majeures – qui fait ou défait la démocratie selon qu'il est respecté ou non. Les Etats nationaux démocratiques, qui lient la participation politique à l'appartenance nationale, doivent donc répondre à une double obligation de justification. Premièrement, ils doivent expliquer à certains membres de la société pourquoi ils sont tenus de se soumettre à des lois dont – en contradiction avec le principe démocratique – ils *ne sont pas* les co-auteurs. Deuxièmement, ils doivent faire admettre que le refus d'accorder des possibilités de codécision démocratique ne contrevient pas aux principes de justice inhérents à la démocratie.

Ce tour d'horizon – qui partait de la question de la confiance pour aboutir à la démocratie en tant que procédure de légitimation normative en passant par l'exigence de légitimité politique – a montré que les critères de justice, d'égalité de traitement et de participation ne sont pas apportés de l'extérieur à la démocratie, mais contenus dans la démocratie elle-même. La question des ressources de confiance de la démocratie dirige le regard sur les normes de justice qui lui sont inhérentes. La force de légitimation de la démocratie ne réside pas dans le principe de majorité, mais dans l'idée, qui lui est associée, du juste pouvoir. Ce pouvoir est juste, parce qu'il réunit les exigences d'obéissance et l'obligation – imposée à soi-même – de rendre justice à toutes celles et tous ceux qui sont appelés à respecter la loi et de les aider à faire valoir leurs droits. On peut donc dire en résumé : « La démocratie signifie dans l'idéal que tous les membres d'une collectivité souveraine puissent jouir des droits humains et établissent, par libre concertation, une organisation définie par eux-mêmes, où toute personne à qui la loi est applicable en est aussi l'auteur.²⁶ »

5. La justice

5.1. La justice comme source de légitimité démocratique

Vaincre le pouvoir arbitraire par une forme d'Etat démocratique est un but dont le fondement se trouve dans l'idée de justice. L'Etat démocratique déclare non seulement qu'il a besoin

²⁴ Forst, « Legitimität », art. cit. (n. 10), p. 140-141.

²⁵ Ibid., p. 141-142.

²⁶ Seyla Benhabib, *The Rights of Others*, op. cit. (n. 21), p51.

d'une légitimation, mais aussi qu'il est tenu de se justifier pour les ordonnances légales qu'il impose à ses citoyennes et citoyens. Ne peut prétendre à une validité juridique que ce que la communauté civique est prête à reconnaître de plein gré et pour de bonnes raisons. En matière de légitimité, l'Etat démocratique met la barre très haut. Les minorités de la société et les groupes de population exclus de la participation à l'élaboration des lois, donc hors de portée du principe démocratique de légitimation, constituent ici un défi spécifique.

En quoi consiste la motivation de personnes exclues de toute participation à l'élaboration des lois à respecter le droit établi par d'autres ? La légitimité démocratique n'est pas un atout pour elles, elle n'est donc pas un argument convaincant. La seule chose qui puisse motiver ces personnes à respecter la loi est la possibilité, *égale* pour tous, de pouvoir présenter et de faire valoir ses propres intérêts, même contre le droit existant.

Cette réflexion se trouve aussi dans la Constitution fédérale, qui garantit à toute personne, en Suisse, la protection de la dignité humaine et la garantie des droits fondamentaux et de l'égalité face à la loi. Elle prévoit aussi une procédure de recours si ces droits sont refusés à des individus ou à des groupes, ou s'ils sont violés. Si les possibilités de recours internes manquent ou sont épuisées, il est possible de recourir à un appui externe. Il s'agit là d'appliquer en Suisse, avec le soutien d'une instance étrangère, des droits garantis par la législation suisse. La Constitution fédérale envisage le cas exceptionnel où, pour faire appliquer le droit interne, il faudrait faire recours à un appui international. C'est une situation qui se présente par exemple lorsqu'une loi constitue une discrimination et que des gens sont lésés dans leurs droits fondamentaux, des droits pourtant garantis constitutionnellement. La Constitution accorde donc le droit de faire examiner le cas par une instance externe, même si elle accepte par-là de se soumettre elle-même à vérification. Ce qui peut paraître paradoxal au premier abord se révèle être, si l'on regarde plus attentivement, un principe de diligence, fondamental pour l'Etat de droit libéral : la limite des droits de l'individu n'est pas là où une majorité la trace arbitrairement. L'aptitude de la Constitution fédérale, décidée par le souverain, à se soumettre à la vérification d'une autre instance que le souverain lui-même est la caractéristique essentielle qui distingue une démocratie de droit d'une tyrannie de la majorité. Or au XIX^e siècle déjà, le philosophe français Alexis de Tocqueville appréhendait la tyrannie de la majorité comme une dérive totalitaire de la démocratie. Le droit international et des instances internationales de vérification sont donc indispensables pour préserver les Etats de droit nationaux de leurs erreurs et risques intrinsèques.

5.2. Le droit d'avoir des droits

Le droit, par principe, prétend s'appliquer, dans toutes les situations *comparables*, de la *même* manière à *toutes* les personnes concernées. A la suite des réflexions qui précèdent, deux questions se posent. De quels droits s'agit-il et quels en sont les sujets et les destinataires ? S'agit-il de personnes, de groupes ou d'institutions à déterminer plus précisément, des citoyennes et citoyens d'un Etat, des membres d'une société, de deux Etats, d'une association d'Etats ou de toute l'humanité ? C'est dans le dernier cas seulement que le droit prétend à une validité universelle, en faisant de tous les êtres humains des sujets de droit. L'étendue de la validité du droit n'est ni déterminée, ni limitée par un espace politico-géographique (droit national, droits populaires), par une fonction (droit médical, droit du travail, droit des religions, etc.), ou à un cercle de destinataires précis (droit des étrangers, droit des handicapés, droit des animaux, etc.). Bien plus, les détenteurs de ces droits sont les êtres humains, par leur seule qualité d'êtres humains. La seule condition pour être un sujet des droits de l'homme est d'appartenir au genre humain.

Certes, l'idée de dissocier les droits de l'appartenance nationale, ethnique, religieuse, philosophique ou sexuelle se trouve déjà dans l'allégorie de la Justice aux yeux bandés, même si

ce n'est qu'au XX^e siècle qu'elle a été effectivement prise au sérieux et mise en œuvre. Les situations, où le droit interne a pu arbitrairement privilégier des gens et des groupes de gens, en léser d'autres, les exclure et les déclarer sans droits, ont amené à réclamer, au plan mondial, l'institution de droits humains universels. Après les discriminations et les violences commises au mépris de la dignité humaine, après les brutales injustices subies sous le régime nazi et durant la Seconde Guerre mondiale, la communauté humaine était unanime sur la réponse à donner : chaque être humain, dans ce monde, a besoin de droits qu'il puisse posséder indépendamment du fait qu'un système juridique particulier ou national les lui accorde, ou les lui dénie. Au vu des millions de gens sans patrie et sans droits (les « *personnes déplacées* ») jetés sur les routes par la guerre, les déportations et la misère, il fallait une conversion de la pensée : plus jamais un être humain ne devrait être privé de droits ni devenir la proie sans défense de l'arbitraire nationaliste, ethnique et politique. Il peut y avoir désaccord sur la teneur détaillée de chacun des droits humains, mais non sur le fait que chaque homme et chaque femme a et doit avoir le droit d'avoir des droits²⁷.

Il vaut la peine de s'arrêter sur cette observation et cette exigence, car il s'y trouve déjà une réponse à la question de la relation entre droit interne (droits populaires) et droits de l'homme (comme partie intégrante du droit des gens, *ius gentium*²⁸). La philosophe Hannah Arendt rappelle « que tous les droits ne se concrétisent qu'au sein d'une communauté politique donnée, qu'ils dépendent de nos semblables et d'une garantie tacite que les membres d'une collectivité se donnent les uns aux autres. Mais nous savons aussi qu'il doit exister encore un autre droit, en plus des droits humains prétendument « inaliénables » – et qui ne sont en fait que des droits civiques sujets à des changements selon les circonstances, historiques ou autres – un droit qui n'émane pas « de la nation » et qui a besoin d'une autre garantie que la garantie nationale, à savoir le droit de chaque être humain à faire partie d'une collectivité politique²⁹ ». Quant au lien entre l'appartenance à une collectivité politique et les droits de l'homme qui vont au-delà des droits civiques, la philosophe ajoute : « Car l'être humain, par cette seule qualité, n'a qu'un seul droit qui va au-delà de tous les droits dont il peut jouir comme citoyen : le droit de ne jamais être privé de sa citoyenneté, de ne jamais être privé des droits que sa collectivité garantit. [...] Il n'y a que l'exclusion de la collectivité qui puisse pousser l'être humain en dehors de tout le domaine de la légalité, dans lequel les droits émanent des garanties réciproques qu'ils sont seuls à pouvoir assurer³⁰. »

Le principe démocratique lié au souverain ne constitue donc pas de protection, ni en théorie, ni en pratique, contre une politique discriminatoire inique et douteuse du point de vue des droits de l'homme. Le régime juridique de la Suisse reconnaît bien une protection contre la discrimination (art. 261^{bis} du Code pénal), mais sa fonction de régulateur critique est contestée. Les fondements sur lesquels elle repose sont donc instables. Un droit qui rend justice à toutes les personnes concernées a besoin d'une instance *extérieure* de contrôle et de défense, comme l'ont montré les excès de violence sans borne qui jalonnent l'histoire du XX^e siècle. En ce sens, les « juges étrangers » ne sont pas une erreur à corriger dans le système, mais une nécessité absolue. De la part du souverain et du pouvoir politique, ce serait méconnaître leur

²⁷ Hannah Arendt, « Es gibt nur ein einziges Menschenrecht », in : *Die Wandlung*, 4, 1949, p. 754-770, repris in : Otfried Höffe, Gerd Kadelbach, Gerhard Plumpe (éd.), *Praktische Philosophie/Ethik*. Reader, vol. 2, Frankfurt/M., 1981, p. 152–167 ; cf. comme introduction à la question Frank Mathwig, « Hannah Arendt », in : Rolf Gröschner, Antje Kapust, Oliver W. Lembcke (éd.), *Wörterbuch der Würde*, München, 2012, p. 103-105.

²⁸ *Ius gentium* ou droit des gens : à l'origine, le *ius gentium*, par opposition au *ius civile*, réglementait les droits de la population étrangère. Il est devenu aujourd'hui le droit des peuples et regroupe donc les normes et les droits communs à tous les systèmes juridiques, indépendamment des réglementations nationales.

²⁹ Arendt, « Menschenrecht », art. cit. p. 163.

³⁰ Ibid., p. 166.

propre rôle et s'imposer une charge excessive que de prétendre assumer eux-mêmes cette tâche externe.

5.3. Les droits fondamentaux et les droits de l'homme comme référence dans la législation

L'idée d'égalité de tous les hommes, qui paraît aujourd'hui évidente, ne va pourtant pas de soi. Egal ne veut pas dire identique : il suffit de regarder autour de soi pour s'apercevoir que les êtres humains ne sont justement pas égaux, mais complètement différents les uns des autres. On ne peut parler d'égalité des hommes que si l'on fait abstraction de tout ce qui rend chaque être humain unique, c'est-à-dire si l'on ignore les différences entre les individus ou les déclare sans importance. Aussi curieux que cela puisse paraître, le meilleur moyen pour instituer l'égalité est de détourner les yeux³¹.

C'est exactement cette exigence qui est revendiquée lorsque l'on affirme que tous les hommes sont égaux devant la loi. L'illustration symbolique en est le bandeau couvrant les yeux de la Justice, qui d'une main tient une balance pour peser les arguments et de l'autre un glaive pour la sentence. La déesse Justice, modèle de tous les juges, rend la justice sans considération de la personne. Les droits fondamentaux et les droits de l'homme définissent ce qui revient à l'homme *pour la seule raison* qu'il ou elle est un être humain. Les droits fondamentaux ont été mis en vigueur par les constituants, et les droits de l'homme, en Europe, convenus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe. Les droits fondamentaux et les droits de l'homme empêchent l'Etat de soumettre l'homme ou la femme à un objectif qui restreigne sa liberté ou porte atteinte à sa dignité. Les droits de l'homme ne se résument pas à leurs concrétions historiques, ils possèdent une plus-value symbolique. Cette plus-value, paradoxalement, consiste à protéger les hommes du pouvoir de définition de la nature humaine arrêté par la politique et le droit. En quelque sorte, les droits de l'homme reportent sur l'être humain lui-même l'interdit biblique la représentation en image³². Les droits fondamentaux et les droits humains ont des particularités qui les distinguent de tous les autres droits :

- Ce sont des droits à la protection, dont la fonction, d'apparence paradoxale, est de récuser l'action de l'Etat : cette dernière doit être soumise à vérification là où elle pénètre dans le cœur de la sphère protégée. Il est dans l'essence des droits à la protection de pouvoir remettre en question un autre droit et donner la preuve « contre », en vertu des droits de l'homme.
- La garantie de la protection (ou l'étendue d'un espace de protection) est définie de manière très concise, ce qui ouvre un vaste champ d'interprétation du droit³³. Les droits fondamentaux, tels une cartographie des points chauds, indiquent dans quels domaines l'Etat peut devenir une menace pour la personne. En d'autres termes, la politique, par le biais des droits fondamentaux, délimite les domaines où chaque cas doit être examiné individuellement lors de litige.
- Dans les différents espaces de protection, le législateur doit tout particulièrement veiller au respect du devoir d'égalité.

³¹ Sur la différence entre l'égalité consistant à détourner les yeux et la justice consistant à regarder, voir Wolfgang Kersting, « Gleiche gleich und Ungleiche ungleich. Prinzipien der sozialen Gerechtigkeit », in : Andreas Dornheim et al. (éd.), *Gerechtigkeit. Interdisziplinäre Grundlagen*, Opladen, Wiesbaden, 1999, p. 46–77.

³² Cf. Katrin Meyer, « Demokratie ohne Menschenrechte ? Das Problem der normativen Unbestimmtheit von Demokratien nach Platon, Lefort und Arendt », in : *L'idée de démocratie (Studia Philosophica, 71, 2012)*, p. 111-131 ; Claude Lefort, art. cit. (n. 2).

³³ La formulation des droits de l'homme est intentionnellement concise. Ils « sont posés comme ultime référence », cf. Claude Lefort, art. cit. (n. 2), p. 67.

5.4. L'application des droits fondamentaux et des droits de l'homme par le tribunal

La loi a pour mission de protéger la liberté des hommes. Les accès aux espaces de liberté doivent être gardés. Il faut pouvoir faire appel à un tribunal lorsque l'Etat menace la dignité. Dans la procédure judiciaire, le droit est établi sur place. La procédure veille à ce que la *norme générale* et *abstraite* – rapportée aux libertés individuelles, soit l'interdiction pour l'Etat de pénétrer dans la sphère de liberté – devienne une frontière physiquement perceptible qui ne puisse être franchie³⁴. La procédure est une reconnaissance du terrain, elle en examine les inégalités, regarde les personnes protégées par la norme et évalue le danger concret de transgression de la part de l'Etat (la norme est ainsi comparable à une carte topographique à très petite échelle et pas tout à fait récente). En vertu du principe de conformité à la loi caractérisant l'Etat de droit, il ne peut y avoir d'action de l'Etat en dehors du droit. Les exigences politiques doivent donc être converties en langage juridique, et l'action de l'Etat formulée selon les principes de l'Etat de droit. Les juristes et les tribunaux participent à la définition de ces principes, qui pourront évoluer ultérieurement. Pour que naisse un droit valable, il faut que la législation suive certaines règles. Le droit de faire appel à un tribunal lorsque l'Etat ou un de ses agents menace une personne, le droit de recourir à un tribunal est un moyen de gagner sa confiance dans l'Etat et ses institutions. L'individu déçu dans sa confiance doit pouvoir la regagner en recourant auprès d'un tribunal, dès que l'Etat ou l'un de ses commis menace sa sphère de droits. Et même s'il n'obtient pas gain de cause, un jugement impartial a été possible. Il doit être possible de porter l'action de l'Etat devant le tribunal, car les droits fondamentaux et les principes de l'Etat de droit n'ont que la valeur que leur confère la protection d'un tribunal. Le tribunal doit réagir aux *circonstances effectives* et vérifier que les lois soient toujours actuelles et applicables. Par la délégation au tribunal, le législateur accepte, notamment dans le domaine des libertés individuelles, que des compléments y soient apportés. L'application du droit fait apparaître de nouvelles questions ou de nouvelles réponses à d'anciennes questions³⁵. La sentence doit tenir compte de l'ensemble du contexte légal. Elle garantit que *le droit s'applique également là où le politique ne prévoit (encore) aucun droit*.

Les libertés individuelles ont leur vie propre. Ce que le tribunal mentionne pour la protection des libertés individuelles devient un *acquis de droit*, même si le politique édicte de (nouvelles) lois qui vont à l'encontre des considérations factuelles du jugement. Il n'est pas possible de retirer, sans autre forme de procès (réexaminant le droit), la motivation d'une liberté individuelle et de la dignité humaine fondant un jugement³⁶. C'est ce qu'exprime aussi l'apparente contradiction selon laquelle les droits de l'homme doivent être proclamés en tant que droits

³⁴ Dans le domaine des libertés individuelles, la norme aménage l'espace dans lequel l'Etat ne doit pas avoir accès. Le principe d'égalité de traitement est la référence pour toutes les normes et en particulier pour les espaces de liberté. C'est l'étalon qui sert à vérifier les dimensions de ces espaces.

³⁵ Le tribunal s'assure qu'une loi n'introduit pas de distinctions pour lesquelles il n'existe aucun ou plus aucun motif objectivement justifié. Le schéma de vérification est adapté à chaque cas. Le point de vue de la proportionnalité est ainsi amené au premier plan ; cf. Kälén, § 74 N 1.

³⁶ Les libertés individuelles entrent en vigueur : elles ont ainsi besoin du constituant ou du législateur, qui leur confère leur validité. Mais une fois mises en vigueur et examinées par la jurisprudence, elles ne peuvent plus être entièrement éliminées dans leurs *effets* concrets. Pour l'exprimer autrement : si le pouvoir politique a décidé de confier au droit la responsabilité d'une matière, c'est-à-dire l'a chargé de rédiger une loi réglementant certains états de fait, il ne peut plus ensuite décider librement de ce qui est dès lors devenu un *impératif* légal. Une loi peut être abrogée, certes. Mais du temps où elle était en vigueur, elle a laissé dans la jurisprudence des traces qui ne peuvent plus s'effacer. Tout acte d'application reprend d'autres décisions et est lui-même repris ensuite. Les décisions s'enchaînent ainsi et forment un réseau d'arguments qui peuvent, par analogie, être appliqués à des domaines juridiques apparentés. Les *considérations* énoncées à propos d'une loi ne perdent donc pas leur force obligatoire avec l'abrogation de la loi. Elles peuvent, dans leur argumentation, servir de point d'attache pour de nouveaux actes d'application.

revenant à tous les êtres humains. En parallèle, les droits de l'homme déclarent chaque personne – dans l'idéal – auteure de ses droits. Même si la division du travail entre législateur et tribunal paraît claire au premier regard, la pratique révèle de nombreux problèmes de délimitation, lorsqu'une norme établie par le législateur a des effets discriminatoires au regard de la conception actuellement dominante, parce que la société a évolué depuis sa promulgation (à titre d'exemple). Or la jurisprudence relative aux droits fondamentaux révèle justement l'évolution du regard de la société. Ses constats ont d'ailleurs souvent incité le pouvoir politique à renouveler la législation. La jurisprudence, dans l'application et dans la concrétisation de la norme en vigueur, est devenue l'aiguillon pour de nouvelles revendications politiques.

La jurisprudence associe les considérants de cas similaires. Elle confronte des faits comparables avec les conceptions alors dominantes dans la société. Dans l'acte d'application du droit, la perception des faits peut se transformer. Cela dépend des cas jugés repris et de la façon de pondérer les considérations relatives aux infractions aux droits humains. Il se forme ainsi un tissu de plus en plus complexe. Dans le quotidien des tribunaux, le débat entre la règle de droit et son interprétation se poursuit sans relâche.

Le discours *politique* examine les réponses données par la législation à l'aune des contraintes sociétales ; ces dernières évoluent constamment et se contredisent parfois. Le discours juridique et le discours du législateur politique ne sont pas simultanés. Les discours politiques ont un temps de demi-vie limité ; ils s'essouffent dès l'entrée en vigueur de la norme³⁷. Les deux discours se réfèrent toutefois l'un à l'autre : le discours *politique* commence là où les lois en vigueur ne permettent plus à la jurisprudence de mener sa tâche à bien. Le discours *juridique* vérifie la conformité des lois et de leur application aux interprétations antérieures. Ces deux approches se conditionnent réciproquement, mais chacune suit ses propres règles. Les repères de l'une sont cependant très éloignés de ceux de l'autre.

Le discours *politique*, pour sa part, gravite autour d'un thème ; il tente néanmoins d'instaurer un dialogue avec son pendant juridique. Le discours politique n'a pas le droit d'entraver le discours *juridique*³⁸. Les réponses aux interprétations (historiques) des droits de l'homme sont indépendantes, dans le temps, du discours politique, lequel exige des réponses actuelles. L'interprétation de la dignité humaine dans un cas concret met en route une procédure qui commence par la recherche, fondée sur la jurisprudence, de figures de l'atteinte à la dignité humaine. La comparaison des figures – contingentes – de la dignité blessée oblige à poursuivre la réflexion et l'analyse. La nature, ouverte par principe, de la dignité humaine fait ainsi valoir ses droits. La justification du choix des figures de la violation de droits humains ne vaut jamais que pour un cas concret. Une autre justification sera nécessaire, lorsqu'un autre cas se présentera.

Dans le discours *politique*, c'est moins la justification qui est au premier plan³⁹. Le politique ébauche une loi lorsqu'il constate qu'un problème nécessite une réaction. Il la met en vigueur lorsqu'il a recueilli une majorité en faveur de la solution proposée. Le discours politique a pour rôle de convaincre la majorité. Les arguments doivent d'abord emporter l'adhésion du législateur, soit le citoyen ou la citoyenne, ou son représentant au Parlement⁴⁰. En restreignant la

³⁷ Le discours politique est discontinu, il recommence chaque fois à zéro.

³⁸ Le risque d'une usurpation de pouvoir totalitaire est présent, dès que le droit reprend sans examen critique les principes directeurs de la politique. L'uniformisation du pouvoir, du savoir et du droit est un acte totalitaire : Katrin Meyer, « Demokratie ohne Menschenrechte », art. cit. (n. 30), p. 119 ; cf. aussi Claude Lefort, art. cit. (n. 2), p. 68.

³⁹ La démocratie est possible justement parce qu'il n'y a pas de certitude ; cf. Katrin Meyer, art. cit. (n. 30), p. 119.

⁴⁰ Le citoyen doit évaluer la solution politique à l'aune des critères développés continuellement dans le discours juridique (valeurs fondamentales). En d'autres termes, il n'est pas entièrement libre dans la formation de sa volonté politique. Lorsqu'il décide de l'entrée en vigueur d'une loi, il doit prendre en compte les libertés fondamentales et l'égalité devant la loi.

portée d'action de l'Etat dans le domaine de la dignité humaine, le politique s'assure la distance nécessaire avec l'acte, individuel, d'application du droit ; il s'assure la séparation – indispensable – entre politique et droit. Si l'assurance d'une protection élémentaire de chaque individu est abandonnée, les buts politiques cessent de prendre la mesure humaine comme référence.

Il faut que le politique, notamment lorsqu'il côtoie des thèmes marqués par les droits fondamentaux, prenne conscience que les normes doivent pouvoir être constamment révisées⁴¹. L'image de l'être humain en toile de fond des droits de l'homme voit ses contours redessinés selon un mouvement que le législateur n'est en mesure ni de prévoir, ni encore moins d'interrompre. Dans la formulation générale et abstraite des lois, l'individu, c'est-à-dire celui qui est effectivement touché par la norme, est perdu de vue. Le politique doit donc déléguer aux tribunaux le contrôle empêchant la loi d'exercer un effet discriminatoire. Seuls les tribunaux sont en mesure d'apprécier les effets concrets. Mais si le législateur fixe une fois pour toute l'étendue de la protection des droits de l'homme (donc l'image qu'il se fait de l'homme), le tribunal n'aura plus de possibilité de comparaison avec d'autres images ; l'évolution de l'image de l'homme s'en trouvera donc interrompue⁴². Le législateur, quelle que soit la majorité numérique dont il se targue, ne doit pas déterminer le discours juridique d'une façon qui interdise à l'individu de prendre part à l'évolution en cours, en particulier celle du discours sur les droits fondamentaux. Les exigences de protection ont augmenté sous l'effet d'une vérification constante, par les tribunaux, de la conformité de l'action de l'Etat aux règles de respect de la dignité humaine. Ces exigences sont nettement plus élevées aujourd'hui qu'à une époque où les femmes n'avaient pas le droit de vote, où les réfugiés juifs étaient refoulés à la frontière, ou le rejet d'une demande de naturalisation ne pouvait pratiquement pas être contesté. Les tribunaux contribuent pour une grande part à l'amélioration de la protection juridique contre les actions attentatoires à la dignité humaine du fait de l'Etat.

6. En conclusion : alliés pour une même cause

Le débat politique divise parfois en parties irréconciliables ce qui, dans l'optique de la théorie de la démocratie, est inséparable. Du point de vue de l'éthique du droit, l'interaction entre les droits populaires internes et le droit international public poursuit deux ambitions : régulateur critique de l'ordre juridique interne établi par le souverain, et ressource pour celles et ceux à qui l'Etat national par ses lois, refuse des droits fondamentaux, la protection et la sécurité, ou traite de manière de toute évidence inique. Un ordre juridique national qui refuse la confrontation au droit de la communauté internationale perd sa légitimité non seulement en ce qui concerne ses propres exigences en matière de droits de l'homme, mais aussi dans la pratique politique : cet ordre juridique ne peut plus prétendre à une reconnaissance de la part de ceux dont il attend qu'ils respectent la loi, même s'ils n'ont pas le droit de participer aux décisions démocratiques. Pour les minorités et les exclus des procédures de légifération, il n'y a qu'une seule raison de reconnaître le droit établi par d'autres : la même possibilité, inscrite dans le droit et accordée à tous, de présenter et de faire valoir ses requêtes, fussent-elles dirigées contre le droit en vigueur. A lui seul, ce dispositif juridique suffit pour que la répartition – inégale – des droits de participation et de légifération vaille d'être acceptée, aussi par celles et ceux qui sont préterités. Une démocratie directe qui a tendance à adapter la fonction régulatrice du droit à l'opinion de la majorité plutôt que de guider les opinions majoritaires selon les principes de la justice ne peut se passer d'une instance externe de défense d'intérêts.

⁴¹ Les droits de l'homme ont une fonction symbolique : « A partir du moment où les droits de l'homme sont posés comme ultime référence, le droit établi est voué au questionnement. » (Claude Lefort, art. cit. [n. 2], p. 67).

⁴² Cf. Oskar Negt, Alexander Kluge, *Massverhältnisse des Politischen*, Frankfurt/M., 1992, p. 28.

Il est dans l'intérêt du souverain lui-même de ne pas absolutiser les décisions de la majorité, mais d'admettre, dans une situation conflictuelle, un examen par une autorité externe. Le droit n'établit pas la justice dans tous les cas : le seul fait que le droit est fondamentalement ouvert aux révisions et que ces révisions interviennent souvent parce qu'une loi est regardée comme injuste – pour une question de principe ou du fait de l'évolution de la société –, suffit à le montrer. Or les possibilités de formuler des réserves, par souci de justice, sont, elles aussi, inégalement partagées. Pour celles et ceux qui n'ont aucune chance de voir leurs requêtes capables d'emporter l'adhésion de la majorité, la justice restera autant une illusion que pour celles et ceux qui ne disposent d'aucune possibilité de participation politique. Une justice de la majorité est toujours particulière, elle est donc par définition une injustice structurelle.

Les prétendus « juges étrangers » ont une fonction de cohésion sociale en tant qu'ils défendent les intérêts de celles et ceux dont l'Etat et le souverain ont fait des « étrangers » dans le pays. Quoique situés en dehors de l'Etat, ils ont une fonction importante de légitimation pour l'Etat, parce qu'ils donnent aux citoyennes et aux citoyens lésés un argument solide pour la reconnaissance des ordonnances étatiques en dépit de la précarité de leur situation. La démocratie, dans ce cas, se sert d'une instance externe de légitimation. Les « juges étrangers » sont donc d'un intérêt vital pour les démocraties directes, parce qu'ils contribuent à rendre les décrets du souverain acceptables et admissibles pour celles et ceux qui n'ont pas le droit de participer aux décisions ou dont les intérêts ne sont pas pris en considération. Les « juges étrangers » apportent à la cohésion sociale une contribution que le souverain lui-même n'est pas en mesure de fournir.

Frank Mathwig et Felix Frey, 14.09.2015