

Patrick Wachsmann

Quelques remarques sur *L'isonomie moderne de Gerald Stourzh**

Le titre de l'ouvrage de Gerald Stourzh, *L'isonomie moderne*, à présent disponible dans l'excellente traduction française de Philippe Mothe aux Presses universitaires de Rennes, peut intriguer : l'auteur entend introduire sous ce concept une proposition plus précise, plus englobante que celles liées au terme de démocratie. Dans le monde d'après 1945, il est frappant que l'on soit toujours obligé d'accompagner le substantif *démocratie* d'un adjectif destiné à préciser comment on l'entend. C'est que, de 1920 à 1940, l'Europe continentale a vu les régimes démocratiques s'effondrer sous les coups de leurs adversaires, en Italie, en Allemagne, en Espagne, en Autriche puis en France, sans que les mécanismes mêmes qui les constituaient aient permis d'y faire obstacle. Il a fallu, pour reconstruire, assortir la démocratie d'adjonctions destinées à en préciser le sens, de manière à empêcher le retour d'un totalitarisme dont le nom d'Auschwitz symbolise les conséquences.

Longtemps, la démocratie *libérale* s'est opposée à l'imposture des démocraties dites *populaires*, qui n'étaient ni démocratiques (le processus électoral n'y était que le dernier acte d'un processus de désignation des dirigeants absolument fermé à toute possibilité de choix libre) ni populaires (puisque le peuple, précisément, n'avait aucune voix au chapitre). Mais aujourd'hui, voici qu'apparaissent de nouvelles figures, comme s'il était désormais indispensable de recomposer la démocratie ou de lui apporter des compléments. La plus discutée actuellement est la démocratie dite *illibérale*, que l'on appelle plus justement *défectueuse*, que l'on voit s'épanouir, hélas, plus ou moins ouvertement revendiquée, en Hongrie, en Russie, en Pologne, en Italie. Cette dégradation montre bien que l'idée de *participation* ne rend pas compte à elle seule de ce qui fait le prix de la démocratie : la *protection* en constitue une autre dimension indispensable. D'où une floraison d'adjectifs : la démocratie sera, selon les auteurs, *délibérative* (Gerald Stourzh montre bien ce que le terme a de lénifiant : *agonale* convient mieux au climat qui doit être celui d'une démocratie vivace), *contestataire*, de contrôle (*monitory*), *constitutionnelle* (lire d'État de droit), des droits fondamentaux/de l'homme (*Grundrechtsdemokratie*), etc. La démocratie-participation est condamnée, montre l'auteur, à n'être que partielle en raison de la dualité irréductible entre gouvernants et gouvernés en dehors de l'*agora* d'une cité antique d'ailleurs idéalisée et fantasmée.

* G. STOURZH, *L'isonomie moderne. Protection des droits de l'homme et participation démocratique comme système d'égalité des droits*, trad. Ph. Mothe, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2018 [2015], 196 p.

Gerald Stourzh a alors choisi le terme d'isonomie, qui désigne un *système d'égalité* formant voûte au-dessus de la démocratie et de l'État de droit et mettant en relief l'idée fondamentale d'égalité en droits.

Ce concept, proposé par Célestin Bouglé ou Johan Huizinga, repose sur *une anthropologie*, qui est systématiquement exposée par l'auteur. Celle-ci est fondée sur l'idée qu'il y a une identité essentielle des êtres humains, qui doit conduire à les traiter tous de la même manière, c'est-à-dire comme des êtres humains précisément, égaux en droits, appartenant au même monde. Il en voit la contre-épreuve dans l'ancien monde des hiérarchies, des gradations et cite¹, après Tocqueville, l'insensibilité de la sensible Mme de Sévigné pour les souffrances des gueux victimes d'une répression féroce². À ce trait fondamental de l'isonomie, on ne s'étonnera pas de voir le nazisme opposer comme son contraire absolu. Le recours aux métaphores animales – la vermine, etc. – soustrait insidieusement les Juifs à la commune humanité. Ensuite, par retournement pervers, le traitement même qu'on fait subir aux Juifs les entraîne toujours plus loin de l'auto-instituée race des seigneurs : le *Kaputt* de Malaparte en donne une illustration saisissante, en rapportant les propos des convives d'un dîner offert par Frank, gouverneur général de la Pologne, relativement aux Juifs que les nazis ont entassés dans le ghetto de Varsovie, dans les conditions que l'on sait – il en ressort une opposition irréductible entre les humains civilisés qui participent à ce somptueux repas et les captifs du ghetto, crasseux, sous-alimentés, misérables, errants. Le film *Shoah* de Claude Lanzmann montre que même Karski, représentant de la Résistance polonaise envoyé dans le ghetto pour témoigner, ne peut éviter ce piège, lorsqu'il déclare, les larmes aux yeux, encore hanté par ce qui lui a été donné à voir : « *this was not humanity!* ». C'est la question que pose à jamais le titre du livre de Primo Levi : *Si c'est un homme...* Giorgio Agamben en a ainsi glosé le sens : « que le nom "homme" s'applique avant tout au non-homme, que le témoin intégral de l'homme est celui dont l'humanité fut intégralement détruite. Soit que *l'homme est celui qui peut survivre à l'homme*³ ». Le génocide rwandais a mis en présence de la même soudaine distance que, sous l'influence d'une propagande haineuse, l'autre peut prendre : tout à coup, on ne reconnaît plus dans son voisin, malgré tant d'années de proximité, un homme.

L'isonomie suppose, au contraire, l'inclusion – des esclaves, des femmes, etc. Mais *l'isonomie n'est jamais acquise*. Elle suppose l'abolition du système des castes, des ordres, et même des hiérarchies qui ne seraient pas celle des vertus et des talents, pour reprendre les termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹ On peut également évoquer ces lignes du *Dobrovski* de Pouchkine : « Macha n'accorda aucune attention au jeune Français ; élevée dans les préjugés aristocratiques, un précepteur était pour elle une sorte de domestique ou d'artisan, et un domestique ou un artisan ne lui paraissait pas un homme » (A. POUCHKINE, *Dobrovski*, in A. GRIBOÏEDOV, M. LERMONTOV et A. POUCHKINE, *Œuvres*, trad. G. Aucouturier, Paris, Gallimard, 1973, p. 384.)

² Mais à une telle perception s'opposent ces lignes de Bossuet, dans sa *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*. Celle-ci comporte l'énoncé de lois qui mettent en lumière l'unicité de l'humanité : « Tous les hommes sont frères », d'où s'ensuit la proposition que « les hommes, qui n'ont tous qu'un même père, doivent s'aimer comme frères » – même les rois, demande Bossuet ? Oui : « À Dieu ne plaise qu'on croie que les rois soient exempts de cette loi ou qu'on craigne qu'elle ne diminue le respect qui leur est dû » (Genève, Droz, 1967, p. 8). Ou encore : « Nul homme n'est étranger à un autre homme ». « Chaque homme doit avoir soin des autres hommes ».

³ G. AGAMBEN *Ce qui reste d'Auschwitz*, trad. P. Alferi, Paris, Rivages, 1998, p. 106.

L'aristocratie ne peut être une isonomie, mais elle peut cependant mettre en place un système libéral : l'Angleterre en témoigne, qui procède par élargissement progressif des privilèges autrefois cantonnés aux barons (la *Magna Carta*, à laquelle sont censés remonter les droits des Anglais), puis généralisés à l'ensemble des Anglais (les droits du *Bill of Rights*). Dans la continuité de cette construction, l'auteur montre bien le paradoxe américain : les droits des Anglais devaient pouvoir valoir sans les Anglais, ce qui ne pouvait se faire que par un passage par l'universel. Avec beaucoup de finesse, l'auteur oppose la Déclaration américaine, conservatrice pour ce motif, à la française tournée vers l'avenir, d'où la fréquence des références à la loi comme chargée d'en accomplir les promesses.

Il y a donc eu abandon du vieux *paradigme des gradations*, finalement resté en vigueur jusqu'au XVIII^e siècle. Comment ? Par quel processus ? Cela reste mystérieux, à beaucoup d'égards, comme en témoigne l'œuvre de Louis Dumont et ce passage de l'*homo hierarchicus* à *homo æqualis* sur lequel il a travaillé toute sa vie. Occasion aussi de s'interroger sur la différence entre castes et ordres, qui pourrait résider dans la mobilité, interdite dans le premier cas, possible dans le second, qui connaît des aménagements, au moins marginaux (les *segmental equalities* de Douglas Rae, que l'on peut comparer, à certains égards, avec les statuts intermédiaires que connaît le système colonial et que décrit bien l'auteur).

Ce livre met bien en lumière les racines profondes de cette hiérarchie, la grande chaîne des êtres de la vieille ontologie, aujourd'hui à peine concevable (les cercles de l'enfer et les cieux au pluriel et cette controverse aiguë : quelques rares élus ou la plupart des hommes seront-ils sauvés ?). Elle a des racines ecclésiales aussi, pour fonder la primauté du Pape, avec cette particularité de la falsification – celle des dates pour le pseudo-Denys, celle de la donation de Constantin pour justifier le transfert de la souveraineté de l'Empereur au Pape. La sécularisation grandissante des enjeux doit aussi être relevée, le passage, dans les termes de Louis Dumont, de *l'individu-hors-du-monde* à *l'individu-dans-le-monde*⁴, ainsi que la controverse théologique sur la question de la tolérance, qui n'oppose pas seulement catholiques et protestants, mais existe aussi au sein de chaque religion – ainsi du débat entre Jurieu et Bayle autour de la signification de la phrase de Saint Augustin, *Forcez-les d'entrer*.

En 1776 encore, le Parlement de Paris affirme comme une évidence incontestable, comme un fondement de la société, qu'il n'est pas de société possible sans hiérarchie. Presque au même moment se déroule cette scène au théâtre de Grenoble : Barnave, le futur révolutionnaire, alors âgé de sept ans, assiste à l'expulsion de sa mère, coupable d'avoir pris place dans une loge, désertée de ses occupants, réservée à l'aristocratie, et à son humiliation publique, bientôt effacée par une manifestation de solidarité des dames de la bourgeoisie grenobloise⁵.

Au contraire, la société des égaux est une société dans laquelle peut prévaloir la sympathie envers les semblables humains, ceux, dit Fichte, qui portent figure humaine. Le Ministre le dit éloquemment dans le *Fidelio* de Beethoven (1814) : « *Nein, nicht länger knieet sklavisch nieder, Tyrannenstrenge sei mir fern. Es sucht der Bruder seine Brüder, Und kann er helfen, hilft er gern* » (« Non, ne vous prosterner plus

⁴ L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, p. 33 sqq.

⁵ Scène rapportée par Jean-Jacques Chevallier dans son *Barnave ou les deux faces de la Révolution* (Paris, Payot, 1936, p. 15).

comme des esclaves. Je bannis la rigueur des tyrans. Un frère va à la rencontre de ses frères et leur offre de bon cœur son aide ». C'est la *fraternité*, d'ailleurs limitée aux seuls concitoyens, à l'inverse de la solution adoptée par le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 6 juillet 2018, 717/8 QPC.

Cet idéal de l'isonomie a ses textes fondateurs ou refondateurs. Des textes juridiques, bien sûr, comme le *Bill of Rights*, la Déclaration de Virginie, la Déclaration d'indépendance américaine, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – la formule même de l'isonomie : « Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » – la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui universalise, précisément, cette formule en son article 2. Mais aussi des essais politiques ou revendicatifs, les uns connus (Paine, *Common Sense*, 1776 ; Sieyès : *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*), les autres moins ou pas du tout et qui sont remis au jour par l'auteur : les Douze articles de la paysannerie de Haute-Souabe de 1525 et, plus radicaux, les articles de doléance du pays de Wurtemberg de la même année, ou encore Christian Dohm en 1781, *De la réforme politique des Juifs* pour les juifs, ou Pierre Guyomar en 1793 pour les femmes, etc.

Mais qu'en est-il des *tensions* entre les différentes dimensions de l'isonomie ? Gerald Stourzh reproche à juste titre à Habermas de les minimiser, de les édulcorer. Il n'en a pas toujours été ainsi. La contradiction entre le libéralisme et la démocratie a été l'un des thèmes majeurs de la pensée politique du XIX^e siècle, après la Terreur, autre moment de basculement des perceptions. Il a fallu résoudre la question suivante : comment des institutions et des principes qui devaient être libérateurs ont-ils tourné à une forme d'oppression sans précédent ? Ce problème est au cœur des réflexions de Benjamin Constant (*Des effets de la Terreur*, 1797⁶) et débouche sur son opposition entre la liberté des Anciens, qui réside dans la participation de chaque citoyen à l'assemblée du peuple, et la liberté des Modernes, soucieuse d'une protection des droits de l'individu contre les entreprises du pouvoir, en quelque main qu'il se trouve. C'est le procès que Constant fait à Rousseau, coupable à ses yeux d'avoir raisonné seulement dans le cadre obsolète de la cité antique – de son idéalisation rétroactive plutôt. L'insistance de Constant sur les exigences de la liberté politique débouche, dans ses *Principes de politique*, sur ces propositions nettes :

La souveraineté du peuple n'est pas illimitée ; elle est circonscrite dans les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus. La volonté de tout un peuple ne peut rendre juste ce qui est injuste. Les représentants d'une nation n'ont pas le droit de faire ce que la nation n'a pas le droit de faire elle-même.

À la tribune de la Chambre, il dénonce « l'horrible route de l'omnipotence parlementaire ».

Cette possibilité que la démocratie et l'idéal égalitaire qui la porte débouchent sur une forme d'oppression est également présente à l'esprit de Tocqueville, qui juge l'élément égalitaire et démocratique inéluctablement supérieur en force à l'élément libéral (il oppose « le goût pour la liberté » à la « passion pour l'égalité ») et voit se profiler l'ombre du conformisme bien-pensant derrière la démocratie. L'avènement de la III^e République a signifié en France une sorte de clôture de cette discussion-là, comme si l'on pouvait se contenter de dire : faites-moi de bonnes institutions et je vous ferai nécessairement une bonne politique (libérale) – peut-être

⁶ In B. CONSTANT, *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, Paris, Flammarion, 1988, p. 161.

est-ce à *La France nouvelle* de Prévost-Paradol que l'on peut faire remonter ce tournant de la pensée politique française, l'avènement d'une vulgate républicaine un peu simpliste dans son art d'esquiver les difficultés. L'effondrement démocratique de 1940 a évidemment ruiné cette vision idyllique.

Que l'on puisse parler de nos jours de démocratie illibérale montre bien l'étendue du problème, qui reparaît : la démocratie n'est pas toujours libérale, il faut penser la tension entre ces éléments – ce qui implique en définitive, Constant l'envisageait sans reculer, que l'on accepte parfois de faire plier la démocratie pour faire prévaloir les droits et libertés. Toutes les tentatives pour concilier la justice constitutionnelle, la censure des lois au nom de la constitution, et la démocratie témoignent d'une gêne face à cette question. Ou bien on tente d'injecter de la démocratie dans la justice constitutionnelle, la *dualistic democracy* de Bruce Ackermann (mais elle fait l'impasse sur le caractère créateur de l'interprétation judiciaire), ou bien on met en tension la démocratie, quitte à la redéfinir, ce qui revient à relativiser sa dimension électorale et donc sa dimension de participation, le pouvoir de décider remis à la majorité issue des élections, en faisant appel aux autres éléments de l'isonomie.

Quelques mots enfin sur les six *composantes* de l'isonomie que distingue et étudie Gerald Stourzh.

1. Reconnaissance de la capacité juridique, du droit d'avoir des droits, *Rechtsfähigkeit*. L'article 16 du code civil autrichien de 1811, que cite l'auteur, dit les choses avec netteté : « Tout homme a des droits innés que la seule raison rend évidents et il doit, par ce motif, être considéré comme une personne ». Il ne peut donc y avoir d'expulsion hors de l'ordre juridique, de la scène du droit (mort légale, etc.). Il faut remarquer que ce droit est énoncé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, repris dans le Pacte international sur les droits civils et politiques, parmi les droits auxquels même les circonstances exceptionnelles n'autorisent pas à porter atteinte, mais pas dans la Convention européenne des droits de l'homme – on a jugé, en Europe, qu'un tel droit allait de soi, position qui est sans doute imprudente.

2. L'égalité devant la loi, *Gleichheitssatz*, l'égalité en droit des personnes, passant, de ce point de vue aussi, de l'état de sujets à celui de citoyens. L'auteur montre bien le processus d'égalisation qui est à l'œuvre à l'égard de diverses catégories de personnes : paysans, croyants et incroyants (on peut rappeler que, en 1948, l'Arabie saoudite s'abstient lors de l'adoption du texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en raison de son refus de l'apostasie), juifs, femmes, etc.

La proclamation de l'égalité en droit est-elle suffisante ? Il est clair qu'il importe de ne pas décevoir les promesses de l'égalité (l'isonomie joue sa légitimité sur cette question) et d'agir par la loi pour que soit réalisée une moins grande inégalité de fait. Cela passe notamment par le refus de la reproduction mécanique de l'inégalité existant à l'origine. C'est la *Angleichungsförderung*, la promotion de l'égalisation, qui s'inscrit dans la droite ligne du mouvement que lance la proclamation de l'égalité formelle (*affirmative action*, lutte contre les discriminations dont les femmes continuent spécifiquement d'être victimes). Gerald Stourzh fait observer très justement que cette technique apparaît déjà avec la progressivité de l'impôt. Mais cela ne peut manquer de susciter une discussion sur les limites de la redistribution. L'État est-il légitime lorsqu'il retire à l'un pour donner à l'autre ? Hayek voyait dans cette prétention justicière de l'État le prodrome de la tyrannie... Il n'en reste

pas moins que la question des inégalités économiques et de leur caractère nuisible, soulevée à la fin de l'ouvrage, ne peut être éludée : il y va de l'acceptation du système, de sa légitimité, pour employer un mot risqué.

Faut-il ou non inclure totalement les étrangers dans le processus d'égalisation ? Ici encore, les débats sont vifs, qu'on leur concède certains droits seulement (lesquels ? Le droit d'entrer sur le territoire national ou encore celui de voter en fait-il partie ?) ou qu'on les accorde à certains étrangers seulement (ceux entrés régulièrement sur le territoire par exemple). Cette égalisation pose aussi le problème du rôle que tiendra alors la naturalisation : quelle sera la valeur ajoutée, en termes d'égalité de droits, du passage de la condition d'étranger à celle de national ?

Plus généralement, il reste à se demander quelles sont les différences dont il est légitime de tenir compte, dès lors que l'égalité n'est pas, ne doit pas être, l'uniformité. Les débats sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe ou sur l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée témoignent du caractère sensible de cette question et de l'impact des réponses qu'on lui donne sur ce que Pierre Legendre appelle les repères de la raison.

3. Évolution des droits fondamentaux et notamment consécration de leur intangibilité. Le fait qu'en Angleterre, cette intangibilité n'est pas assurée par la hiérarchisation formelle loi constitutionnelle-loi ordinaire, montre que la question n'est pas simple : théoriquement, une loi du Parlement de Westminster peut remettre en cause à chaque instant les droits inscrits dans le *Bill of Rights* du 13 février 1689 comme devant être « à perpétuité la loi de ce Royaume ». Le recours par les tribunaux au *common law* n'offre que des remèdes limités contre une telle situation. Ailleurs, c'est la formalisation des droits fondamentaux, c'est-à-dire leur supériorité sur la loi ordinaire par la constitutionnalisation qui a été choisie – dès 1676 pour la liberté religieuse dans le West New Jersey. Caractérisant le contrôle de constitutionnalité des lois tel qu'il se développe aux États-Unis, Bickel écrit de la Cour suprême qu'elle en vient à constituer « *a counter-majoritarian force in our system* », tandis que Larry Kramer souligne que ce contrôle procède d'un scepticisme marqué envers le peuple et la démocratie – comme le montre aussi le point suivant.

4. La protection des droits fondamentaux, composante de la justice constitutionnelle. Cette protection constitue, avec le fédéralisme dont le livre ne parle pas, la raison d'être de la justice constitutionnelle. Jadis, le souverain ne répondait de ses actes que devant Dieu, comme l'indiquait Bossuet dans sa *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte* : « Il n'y a que Dieu qui puisse juger de leurs [des rois] jugements, et de leurs personnes ». L'inafaillibilité est passée ensuite à l'assemblée élue, chargée d'exprimer la volonté générale. La reconnaissance d'une supériorité sanctionnée de la constitution intercale *des juges* entre le législateur et le peuple – serait-ce à eux que l'inafaillibilité est désormais conférée ? Cette crainte avait entraîné, en 1795, le rejet de la jurie constitutionnaire de Sieyès, qui était d'ailleurs plus proche d'une chambre haute que d'une juridiction – c'était une assemblée de sages. Il faut relever que le livre laisse entièrement de côté la question de l'interprétation de la constitution, c'est-à-dire celle de la véritable nature des pouvoirs exercés par le juge constitutionnel au nom de la Constitution. L'arrêt *Obergefell v. Hodges* 576 US de 2015, qui a ouvert l'institution du mariage aux couples formés de personnes de même sexe, procède d'un revirement de jurisprudence (la Cour avait auparavant refusé de se saisir de la question), justifié par l'idée qu'on ne peut

laisser le seul passé régir le présent. Insistant sur l'idée qu'est en cause le fondement constitutionnel du mariage, la majorité de la Cour, citant l'arrêt *West Virginia Board of Education v. Barnette* de 1943, indique les conséquences qui s'ensuivent de là :

An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the constitution « was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts » [...] This is why « fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections ».

Les droits fondamentaux, lire : la conception que s'en fait la juridiction qui dispose du dernier mot, ne sauraient ressortir à la démocratie-participation, sauf improbable (et d'ailleurs en principe non souhaitable) révision de la constitution.

En ce qui concerne la France, on sait que c'est finalement le Conseil constitutionnel qui sera la bien fade et laborieuse réalisation de l'idée de justice constitutionnelle appliquée aux droits fondamentaux – il y faudra la conjonction improbable de la méfiance des rédacteurs de la Constitution de 1958 envers le Parlement et de l'écho qu'a trouvé, le 16 juillet 1971, auprès du président et de la majorité du Conseil constitutionnel de l'époque⁷ la volonté du président du Sénat de s'opposer à l'autoritarisme de l'Exécutif et de la majorité parlementaire qui suivait ses *desiderata*. L'amplification de ce rôle par l'extension de la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs (1974), puis par l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (2008-2009) laissera toutefois intactes les faiblesses d'une institution inadaptée, du fait principalement de sa composition. Le recours individuel, accomplissement de la supériorité de la Constitution selon l'auteur, continue par ailleurs de faire défaut en France.

5. L'internationalisation de droits fondamentaux en tant que droits de l'homme. Cette dimension acquise en Europe par l'isonomie prend acte de l'essentielle faiblesse de la garantie des libertés à l'échelon national : le sommet de l'ordre juridique interne qu'est la constitution reste toujours manipulable par une majorité, sauf clause d'éternité. L'hostilité de l'auteur à cette dernière surprend – ne s'agit-il pas précisément de soustraire complètement au moins une portion, jugée essentielle, des droits fondamentaux au hasard des majorités politiques issues des élections ? Gerald Stourzh estime qu'en Allemagne, la clause d'éternité n'a pas eu de conséquences concrètes, qu'elle est restée purement symbolique – on aimerait être assuré qu'il en aille toujours ainsi. Elle connaîtrait ainsi, en l'état, le même sort que la résistance à l'oppression, inscrite à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il y a en droit constitutionnel des symboles qu'il est important d'inscrire dans le texte ! « Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures », proclamaient les constituants français de 1793 – pas précisément des libéraux... – d'où s'ensuit logiquement le refus de l'inscription dans la constitution d'éléments intangibles. Il nous semble que, en réalité, libéralisme et démocratie divergent ici encore et que le projet libéral suppose que l'on assure aux libertés un asile inviolable (ou plutôt aussi inviolable que cela est humainement

⁷ On renvoie au récit caustique qu'en fait Pierre Avril dans son livre, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 5 sqq.

possible), ce à quoi s'est d'ailleurs employée la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne dans son interprétation de l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale⁸.

C'est précisément à cela que vise la protection internationale des droits de l'homme. On projette à un niveau supranational, en surplomb des ordres juridiques nationaux, la proclamation de droits et on confie le contrôle de leur respect à une instance ou mieux à une cour internationale. Le procédé permet de rendre *non manipulable* la garantie des droits. L'État qui méconnaît les obligations souscrites (lire à nouveau : telles qu'interprétées par les juges, internationaux cette fois-ci) sera condamné par une cour internationale, aussi longtemps qu'il ne fait pas la démarche de dénoncer la convention, dans la mesure où celle-ci l'autorise (c'est le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'inverse du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) et aux conditions posées (pour la Convention européenne, la dénonciation ne prend effet qu'au terme d'un délai de six mois et seulement pour le futur, la Cour restant saisie des litiges qui lui auront été soumis). Il n'est évidemment pas fortuit que ce système ait été imaginé en Europe à l'issue du cauchemar de la Seconde Guerre mondiale, dans le prolongement du constitutionnalisme, c'est-à-dire d'une volonté de désintrication du droit et du pouvoir, pour reprendre des termes de Claude Lefort – on a envie d'ajouter, à la lumière du propos de Gerald Stourzh, qu'il y a aussi en l'espèce un clivage entre la protection et la participation.

6. La démocratie comme élément isonome postulant une participation authentique, le secret du vote, une périodicité raisonnable. Cet élément, structurel, de l'isonomie n'en est qu'un élément, précisément. La démocratie suppose évidemment l'existence d'une équivalence fondamentale entre les hommes (comme le montre d'une manière si émouvante le roman d'Italo Calvino, *La journée d'un scrutateur*) : titulaire d'un prix Nobel et épave de la drogue disposent tous deux d'une voix, quoi qu'ils aient fait de leur liberté et de leurs droits.

La démocratie peut parfois exiger une majorité qualifiée pour des décisions jugées fondamentales – par les auteurs de la constitution et, en pratique le plus souvent par le juge constitutionnel, chargé d'opérer la démarcation entre le niveau supérieur et le niveau de la législation ordinaire. Le premier niveau se propose notamment d'assurer la protection des minorités, ce qui repose encore la question de l'omnipotence générale de la majorité – rappelons la formule de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981 :

Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante.

Les arrangements constitutionnels à cette fin peuvent être habiles, telle la *concurrent majority* de Calhoun, qui exploite la logique majoritaire pour requérir une

⁸ Voir O. JOUANJAN, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle : rapport sur l'Allemagne », *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 1994, p. 229, et l'arrêt n° 1146/1988 de la Cour constitutionnelle italienne (29 décembre 1988), in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 76, affirmant que « La Constitution italienne contient certains principes suprêmes qui ne peuvent être violés ni modifiés dans leur contenu essentiel, pas même par des lois de révision constitutionnelle ni par d'autres lois constitutionnelles ».

double majorité, au niveau fédéral et à celui des États. Cependant, à partir d'un certain point (mais peut-être est-ce une obsession typiquement française...), la protection des minorités pose la question de l'homogénéité du corps politique, tant il est vrai que l'obligation de négocier oblige, elle aussi, à en rabattre sur les vertus de la décision majoritaire.

*

**

Gerald Stourzh parle de « démocraties libérales organisées en États de droit ». On peut percevoir dans cette formule un écho à celle qu'utilise la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans son avis 8/87, *Habeas corpus dans des circonstances exceptionnelles* :

Dans une société démocratique, les droits et libertés inhérents à la personne humaine, les garanties qui leur sont applicables et la prééminence du droit forment une triade. Chaque composante de celle-ci se définit elle-même, complète les autres et dépend des autres pour sa signification.

La Cour européenne des droits de l'homme consacre des solutions identiques, en se référant, par exemple, à « la prééminence du droit dans une société démocratique respectant les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention » (arrêts du 28 mars 2000, *Kiliç c. Turquie* et *Kaya c. Turquie*).

Il faut placer l'individu au centre du système politique. Certes, mais, encore une fois, cet idéal ne peut prospérer si la majorité l'emporte toujours. L'auteur emploie l'image d'une ellipse à deux foyers, mais entre ces deux foyers, les tensions et torsions peuvent être importantes. Gerald Stourzh évoque le risque d'une *juristocracy*. Il touche là à un point qui menace la cohérence de l'isonomie, comme certains des exemples précédemment utilisés l'ont déjà montré. On peut ici évoquer des systèmes de justice constitutionnelle s'efforçant de sauvegarder les droits des assemblées parlementaires, ce que Stephen Gardbaum a appelé *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*⁹. Ces expériences anglo-saxonnes ont fait l'objet d'un excellent article de Manon Altwegg-Boussac¹⁰. Dans cette « forme faible » de contrôle de constitutionnalité des lois prévaut un « modèle dialogique », dans lequel le juge qui constate l'inconstitutionnalité d'une loi n'a plus systématiquement le dernier mot, sans qu'il soit besoin pour cela de mobiliser, comme l'avait fait en France Georges Vedel, le « lit de justice » que constituait selon lui la procédure de révision de la Constitution. Le « *nonwithstanding mechanism* » institué au Canada permet ainsi au Parlement de décider que la loi déclarée inconstitutionnelle demeurera néanmoins en vigueur pour une période de cinq ans, tandis qu'en Australie, l'État de Victoria prévoit la possibilité d'une « *override declaration* ». Il s'agit certes de formes de contrôle de constitutionnalité que l'on peut qualifier de faibles, mais l'organisation d'un dialogue entre le juge et le Parlement offre ici des perspectives originales par rapport au *Human Rights Act* qui perpétue purement et simplement

⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, New York, Columbia University Press, 2013.

¹⁰ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politiques et juridictionnels à la garantie des droits. Regards sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, vol. VII, *Charte de 1814 & Justice constitutionnelle contemporaine*, Paris, Dalloz, 2015, p. 185-216.

la suprématie absolue du Parlement de Westminster, en ne laissant au juge que la faculté de signaler une incompatibilité entre la loi et un droit fondamental.

La discrépance entre la démocratie et le pouvoir reconnu aux juges, au nom des droits de l'homme, constitutionnels ou conventionnels, peut-elle être abolie par l'élection des juges au suffrage universel ? Outre les réserves qu'appelle la désignation par le corps électoral de personnes qui doivent être intègres et compétentes, plutôt qu'aptés à convaincre un électorat qui n'est pas toujours rationnel dans ses choix, le problème ne serait pas résolu pour autant, des conflits de légitimités démocratiques étant toujours à craindre. Gerald Stourzh évoque le problème de la légitimité des tribunaux internationaux (mais fait l'impasse, en quelque sorte, sur celle des juges nationaux). Observons que les juges à la Cour européenne des droits de l'homme sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, composée de représentants élus par les parlements nationaux des 47 États membres de l'Organisation, sur une liste de trois candidats présentée par le gouvernement de ces États. Malgré cela, on ne cesse de mettre en cause la légitimité de cette Cour, pourtant bien plus assurée, en termes de démocratie-participation, que celle des juridictions nationales, dont les membres procèdent souvent d'une nomination par le seul pouvoir exécutif... La question, également soulevée, des opinions individuelles, dont l'auteur est partisan, voit s'affronter deux conceptions du juge, l'une, discursive et délibérative, qui est logiquement préférée par lui, l'autre, plus autoritaire, qui a cours en France, voit dans le juge celui qui énonce la vérité ou ce qui est réputé l'être, de sorte que toute dissidence exprimée dans la décision elle-même est considéré comme en affaiblissant l'autorité.

La période 1975-2001 est présentée par Gerald Stourzh comme marquant l'apogée de l'isonomie. Celle-ci, assurément, n'a pas dit son dernier mot, mais il faut, pour cette cause, mener un combat aussi incessant que celui que requiert le maintien d'un équilibre entre les éléments constitutifs qui en dessinent l'idéal-type.

Patrick Wachsmann

| Professeur émérite de l'Université de Strasbourg.