



LES DROITS DE L'HOMME



Jacques Mourgeon

puf

QUE SAIS-JE ?

Les droits de l'Homme

JACQUES MOURGEON

Professeur émérite de l'université de Toulouse I

Huitième édition refondue

55^e mille



Introduction

L'homme est né libre, et partout il est dans les fers. » Cette proclamation célèbre sur laquelle s'ouvre le *Contrat social* de Rousseau doit figurer en entame de toute méditation sur l'aujourd'hui des droits de l'homme. Que l'homme naisse libre ou pour être libre, l'évidence s'impose : sur toutes faces de la terre, il s'enlise dans la plus entière servitude, douce ou cruelle, franche ou insidieuse, mutilant le corps ou le bridant de mille façons, infléchissant les consciences jusqu'à les briser, déterminant les existences jusque dans leurs moindres replis.

N'y a-t-il point vanité, dès lors, à vouloir épiloguer sur les droits de l'homme ? Ne suffirait-il pas de constater avec maints autres l'immensité de l'asservissement et de prendre prétexte de l'exiguïté de ce livre pour prétendre qu'aucune enquête n'y contiendra et que toute réflexion relative aux droits y est vouée à l'échec ? Elle est indispensable pourtant, d'une urgence à la mesure de l'ampleur de la servitude contemporaine, et doit être

entreprise pour ajouter à l'effort d'espérance et de lucidité que l'homme déploie depuis toujours dans le combat pour ses droits, l'un des plus âpres combats livrés à lui-même.

Vanité, encore, parce que les droits relèvent davantage de la spéculation ou de l'illusion que de la réalité ou de l'effectivité, et parce que l'enquête, quelle qu'en soit la voie (historique, juridique, philosophique, sociologique...), débouche sur des droits aisément conçus mais rarement trouvés, plus souhaités que certains, et qui ne stimulent une démarche permanente qu'à raison de ce qu'ils s'y dérobent sans cesse.

Même leur appellation, leur *sémantique*, comporte des incertitudes. Leur *problématique* n'en est que plus complexe, ce qui exige de la clarifier car elle place les droits de l'homme au cœur du politique, au centre du rapport dialectique et de force entre la personne et le Pouvoir pour déterminer la *politique* des droits, c'est-à-dire la conduite tant de l'une que de l'autre au regard des droits.

I. Sémantique des droits de l'homme

La notion de droits de l'homme est incertaine dans chacun de ses trois termes.

1. **L'homme** n'y signifie évidemment pas le masculin ou le mâle ainsi que l'a soutenu un féminisme outrancier, mais l'être humain au sens générique du terme. Des instruments juridiques le réduisent à l'un de ses aspects (enfant, femme, citoyen, étranger...) ou l'appréhendent à travers un groupe (peuple, minorité, association...). Cela ne modifie pas sensiblement et ne règle pas pour autant les problèmes soulevés par les droits de l'homme en général, ainsi que l'imprécision de ce dernier vocable, imprécision tantôt substantielle, tantôt temporelle.

En premier lieu, l'homme en tant qu'être humain ne se réduit pas à l'individu, ensemble physique et mental « indépendant dans sa substance » (Berdiaev), distinct de chacun de ses « semblables » dissemblables, dont les droits concernent certainement son corps et son esprit, mais pour le projeter dans une relation avec son alentour constitué par autrui, par la société, par le Pouvoir. Il est donc préférable de considérer l'homme en tant que personne, corps et conscience situés dans une relation sociétale. Ceci n'élude pas la difficulté de savoir si, substantiellement, la

personne dérive du social (et, par là, du politique) pour lui servir de fonction, voire d'objet ; ou si elle en est l'origine, donc le sujet ; ou encore et autrement dit si, dans le rapport Pouvoir-personne, cette dernière est subséquente ou antécédente au premier. Selon la réponse, l'expression « droits de l'homme » aura des significations et implications si opposées, si antagonistes même, que l'on en déduira son inconsistance pour la reléguer parmi les catégories du nominalisme, celles n'acquérant un sens que du fait d'être nommées. En second lieu, quand la personne et ses droits se situent-ils dans le temps ? Apparaissent-ils avant la naissance, se prolongent-ils après la mort ? Les réponses apportées par le Droit divergent radicalement, montrant ainsi que la détermination temporelle des titulaires des droits est fonction de la conception que l'on se fait de la personne.

2. Il convient de préciser les **droits** de l'homme positivement, en fonction de leur nature et de leur contenu, et non à partir d'une conception théorique ou idéologique.

Faute de démonstration contraire, on peut soutenir que la personne est par nature dotée de prérogatives, c'est-à-dire de facultés de consciemment agir ou s'abstenir, réclamer ou

refuser, s'exposer au monde ou s'en protéger. Par elles-mêmes, elles ne constituent pas des droits. Pour accéder à cette qualité, il faut qu'elles fassent l'objet d'un statut juridique, que la règle y touche par l'acceptation, la limitation, l'organisation, l'obligation ou l'interdiction : point de droit sans Droit, et point de droit qui ne soit une prérogative, mais pas nécessairement l'inverse.

Maintes prérogatives peuvent échapper au Droit auquel elles sont indifférentes. Certaines lui sont totalement étrangères, comme le suicide dont la tentative n'entraîne par elle-même aucune conséquence juridique pour le suicidaire (sauf dans certaines sociétés dites « archaïques »). D'autres lui échappent pour une grande part. Par exemple, le choix d'un conjoint est largement a-juridique, la règle n'intervenant qu'au minimum (obligations de majorité, de monogamie, de non-parenté) et rarement plus (obligation de même confession religieuse des époux dans la plupart des États arabes ainsi qu'en Israël).

3. Définir (provisoirement) les droits de l'homme comme étant les prérogatives propres à la personne régies par le Droit leur confère une apparente unicité aussitôt menacée par l'extrême diversité de leur contenu, diversité telle que

de celui-ci aucune détermination précise et unanimement acceptable n'est aujourd'hui possible. En effet, l'anodin mot de suscite maintes équivoques et controverses que son éviction par la formule « droits humains » ayant cours dans certaines langues (anglais, espagnol...), voire dans certains États francophones (Tunisie), n'éviterait point puisqu'elle porterait à s'interroger sans fin sur ce qu'il convient d'attribuer ou de rattacher à l'humain.

Il recouvre deux significations. Il désigne d'abord un possessif : les droits que l'homme possède du fait de sa seule existence, qui lui sont « inhérents », « naturels », et recouvrent les deux composantes de la personne, le corps et la pensée. Il désigne ensuite un relatif : les droits qui se rapportent à l'homme, extérieurs à la personne mais concernant les conditions estimées bienfaisantes à son existence même si pas impérativement vitales.

Dans cette double perspective, on pourra songer à exclure le droit de propriété des droits de l'homme puisqu'il n'est pas indéniablement établi que la propriété privée soit consubstantielle à la personne ou indispensable à son existence. À l'inverse et dans la même perspective, on déclarera les droits indéterminables dans l'abstrait et donc

d'une infinie extensibilité dans la réalité aboutissant à une extrême variabilité de leur contenu. De fait, leur « déferlement » (Madiot) contemporain en vagues successives dans lesquelles on a cru voir autant de « générations », ajoute aux droits *de* l'homme rattachables à la personne, divers droits *des* hommes, de l'humanité entière, conçus comme conditionnant les premiers, tels que le droit à la protection de l'espèce dans ses caractéristiques génétiques, le droit des peuples à la libre disposition, les droits au développement, à l'environnement ou (pourquoi pas ?) à la paix. À cette amplification substantielle s'ajoute une extension spatiale se manifestant par l'accentuation de la reconnaissance des droits et par l'accroissement des moyens de leur protection dans les systèmes juridiques internes et internationaux, sans pour autant, comme on le verra, que les droits en tirent une effectivité certaine. Si multipliables et variables soient-ils selon les sociétés politiques et dans la société internationale, les droits sont réductibles à des catégories apparemment simples mais qui, parce que conceptuelles et artificielles, soulèvent plus de difficultés qu'elles n'en aplanissent.

Une première distinction, fondée sur le rapport Pouvoir-personne, est effectuée entre les droits de l'action et les

droits à l'obtention, les droits-résistances et les droits-exigences, chacune des catégories se subdivisant en droits relatifs au corps (droits à la vie, à l'intégrité, à la circulation...), à la pensée (droits à la religion, à l'expression, à l'information...), au statut économique et social (droits à l'emploi, à l'instruction, au logement, à la grève...), le droit à la liberté (ou ce qu'il en reste), à la fois droit de l'action et droit à l'obtention, recouvrant toutes les branches de la distinction.

Relative non plus à la personne et à ses conditions d'existence mais à l'objet des droits, une seconde distinction est effectuée entre droits civils et politiques d'une part, et droits économiques, sociaux et culturels d'autre part. Cette ventilation peut coïncider avec la précédente, les droits civils et politiques étant pour la plupart des droits de l'action, les autres englobant surtout des droits à l'obtention. Elle est la plus souvent utilisée en Droit parce que les moyens juridiques d'exercice et de protection des droits diffèrent selon la catégorie dont il s'agit. Mais elle met moins l'accent que la première sur l'essentiel des droits de l'homme, à savoir la relation Pouvoir-personne.

C'est pourquoi la première a la faveur des libéraux qui voient dans les droits de... des moyens de résistance au Pouvoir, donc de protection, et dans les droits à... des droits de créance à l'encontre du Pouvoir. Mais pareil clivage feint d'ignorer que les droits dérivent tous du Pouvoir, et masque leur complémentarité souhaitable ainsi que leur difficile compatibilité, lesquelles constituent des aspects essentiels de l'ensemble des droits.

Aux doctrines socialistes revient le mérite, dans leur critique d'un libéralisme excessif parce que juvénile, de mettre l'accent sur la complémentarité des droits, sur leur interdépendance, simplement en demandant quel est pour l'analphabète l'avantage de la liberté de la presse. Entité composite aux besoins existentiels multiples, la personne est en vérité privée de droits lorsqu'elle ne dispose que de quelques-uns et non de ceux qui les conditionnent ou les favorisent, puisque chacun est pierre angulaire de l'ensemble ; ce qui autorise à faire état d'une « indivisibilité » des droits tenant non seulement à l'unicité de leur titulaire, la personne, mais à leur imbrication telle qu'aucun ne s'épanouisse sans le concours des autres.

Toutefois, si les droits déterminent mutuellement leur

réalité présente et leur devenir, leur coexistence s'avère difficile à raison d'incompatibilités qu'elle comporte. Il ne s'agit pas seulement de conflits occasionnels (par exemple, le droit de manifester entravant celui de circuler), mais d'oppositions profondes et durables : les droits d'un groupe restreignant ceux de ses membres ; les revendications des uns contestant les droits des autres ; davantage, le droit à la liberté butant sur le droit à l'égalité, ou cédant devant le droit à la sécurité, ou bien et plus encore se heurtant au droit à la dignité au point que la personne soit écartelée entre son attribut naturel qu'est la liberté et sa qualité autoproclamée qu'est la dignité.

En outre, l'interdépendance des droits soulève le problème de leur hiérarchisation, qui est aussi celui de la valeur de chacun. Y a-t-il des droits, et lesquels, absolus et d'autres relatifs, des droits intangibles et d'autres vulnérables, des droits fondamentaux et d'autres secondaires ? Et, si fondamentaux, le sont-ils à raison de leur nature intrinsèque, de besoins primordiaux de la personne, ou simplement par que le Droit les déclare tels ? Sauf à recourir à des postulats ou à des prémisses indémontrables, aucune démarche, théologique, rationaliste, matérialiste ou autre, ne peut établir une hiérarchie des

droits, qu'elle la fonde sur une essence présupposée, sur une utilité prédéterminée, sur un bienfait préqualifié. Dès lors qu'ils expriment une aspiration de l'homme, ses droits sont tous équivalents dans leur nécessité comme dans leur légitimité.

Enfin, par-delà les variations de leur nombre, les catégories selon lesquelles on les ordonne, le degré d'éminence qu'on leur accorde, les droits se confondent dans une même problématique, déterminante pour eux et pour l'homme, celle de leur relation avec le Pouvoir. Prérogatives gouvernées par des règles et détenues par la personne dans ses relations avec les autres personnes et avec le Pouvoir, les droits de l'homme sont le révélateur parce que la résultante du rapport entre Pouvoir et personne, c'est-à-dire du rapport politique premier. Par suite, leur problématique est celle du Pouvoir même, simultanément pourvoyeur et fossoyeur des droits de l'homme, et davantage ceci que cela.

II. Problématique des droits de l'homme

Dans son ensemble, la pensée politique a longtemps négligé la personne et ses prérogatives pour se concentrer sur le Pouvoir et ses manifestations. Encore aujourd'hui, elle privilégie souvent ce dernier dans sa phénoménologie ou dans son ontologie, pour s'attacher à son évolution (Jouvenel, Burdeau) ou en rechercher l'essence (Freund). Que serait-il, pourtant, sans la personne pour le produire, grandir et maudire ? Que seraient le Prince sans les sujets, Léviathan sans les multitudes, sinon les maîtres d'ombres ? C'est à raison de l'impossibilité du Pouvoir sans la personne et réciproquement que la problématique des droits se révèle aussi constante qu'insoluble, aussi permanente qu'intemporelle et que, si variable soit-elle selon les ères et les aires, elle se situe, au-delà son actualité, dans la pérennité.

1. Pérennité de la problématique

Celle-ci tient dans quelques propositions simples.

La première consiste à affirmer après Aristote la sociabilité naturelle de l'homme « animal politique », laquelle est double. D'abord, l'homme a besoin de la société, sorte de second épiderme : le Robinson de Tournier institue une

société sur son île avant même l'arrivée de Vendredi comme, sur sa planète vide, le petit prince de Saint-Exupéry en cherche une. Ensuite, l'homme ne va pas vers la société, dans laquelle il s'enracine dès son origine, donnée initiale que la théorie du contrat social se borne à interpréter sans la contredire ainsi qu'on le verra.

La seconde proposition affirme l'inhérence du Pouvoir à la société. Qu'importe son organisation ou son titulaire, qu'il soit acquis par la force et la ruse, par hérédité, par élection, par dévolution magique ou juridique. Qu'importe la justification dont il se pare du nom de légitimité, qu'il s'octroie quand les hommes tardent à la lui conférer. Qu'importe encore l'objectif qu'il poursuit, depuis le plus biblique jusqu'au plus démoniaque : il est là, inévitable, car il n'y a point de collectivité sans tension, point de tension sans Pouvoir pour la résorber. Jamais parfaitement homogène ni totalement unanime, la société veut le Pouvoir à l'instar des grenouilles de la fable se cherchant un roi. Nul n'a jamais su pourquoi, malgré les souvent illustres tentatives d'élucider le mystère qui laissent le Pouvoir aussi inexplicable qu'inévitable. Ne convient-il pas, simplement, d'admettre que le Pouvoir est inséparable de l'homme car pour lui nécessité vitale ? Non qu'il s'agisse,

contrairement à ce qui fut parfois soutenu, d'un « désir » de Pouvoir car ce n'est point par délectation que l'homme réclame ce qu'il abomine plus qu'il ne s'en enthousiasme, mais parce que le Pouvoir est d'abord, pour lui, besoin, besoin de protection, de subsistance, d'assistance, d'opulence. Hobbes l'a définitivement établi, faisant suite à La Boétie démontrant le caractère toujours « volontaire » de la servitude politique. Aller à l'encontre de cette constatation irréfutable conduirait à tomber dans la fantaisie ou à sombrer dans l'imaginaire. Tout, en définitive, se résume dans cette phrase de Bertrand de Jouvenel : « Il y a un Pouvoir... dès que le divorce des intérêts individuels est assez profond pour qu'il faille à la faiblesse du grand nombre un tuteur permanent d'une sollicitude toute-puissante, qui se comporte forcément en maître. » En ajoutant, s'il est permis et quoi qu'on ait prétendu, que le Pouvoir ne s'atténue pas en s'institutionnalisant ni ne s'estompe dans l'irradiation au point de n'être plus que « simulacre » (Baudrillard). Dès lors, de quels droits l'homme peut-il se prévaloir à l'encontre du Pouvoir accepté, au moins par résignation, comme condition première de l'existence de la société et en société ? Quelle espérance pour la liberté si le Pouvoir contraignant constitue le fait politique premier de toute

société où l'homme est né d'abord serf ?

Pourtant (et voici la troisième proposition simple), « l'homme est né libre » en ce sens qu'il ressent plus ou moins confusément un incoercible besoin de liberté, de prérogatives, de droits. C'est un fait, en dehors de tout présupposé philosophique. Même les sociétés dites « archaïques » ou « primitives » révèlent un besoin d'autonomie et d'initiative individuelles, ne serait-ce que par la création artistique. Et ce n'est point un hasard si les pensées politiques les plus anciennes, les théories et doctrines les plus élémentaires n'ont pu faire l'économie du problème de la liberté personnelle au moins de façon sommaire ou incidente.

Le besoin de liberté et celui de Pouvoir sont tous deux congénitaux à l'homme pour constituer les composantes principales du politique dans un antagonisme permanent. La tragédie du politique et, avec elle, celle des droits de l'homme, réside dans ce déchirement schizophrénique de la personne et, au-delà, de la société, entre l'obéissance et la délivrance, le balancement de l'une à l'autre résumant l'histoire politique, et la pensée politique se ramenant à de vaines tentatives de conciliation de l'une et de l'autre.

C'est dire qu'il n'y a et ne peut y avoir de doctrine ou de régime politique doté de la vertu miraculeuse d'abolir la tragédie du politique et des droits de l'homme. Le réel impose cette assertion. Toute autre ne serait que chimère.

Bien évidemment, l'antagonisme entre besoin de Pouvoir et besoin de liberté varie selon les sociétés, leurs déterminismes ou leurs mutations, la stabilité de leurs croyances ou de leurs mœurs, la vulnérabilité de leurs institutions ou de leurs autorités, ce qui rend le rapport Pouvoir-personne contingent, tributaire d'un ensemble de données formant une situation. Les droits de l'homme, parce qu'ils naissent de ce rapport et l'expriment, dépendent d'abord d'une situation donnée et non d'un modèle, d'un schéma, voire d'un idéal commun et applicable à l'ensemble des sociétés. On ne peut donc comprendre la réalité des droits et entreprendre de la changer que si on les considère dans une perspective réaliste embrassant leurs diverses données, c'est-à-dire en dehors de tout idéalisme. En procédant à l'inverse avec autant d'acharnement que de dogmatisme, les théories et les idéologies n'ont abouti qu'à intensifier la tragédie, laissant entière la problématique des droits, puisque demeure, immuable, le conflit entre la soumission

volontaire et la libération réclamée, entre l'homme résigné dans la servitude et l'homme révolté par lassitude. Or et pire, la diversité du monde contemporain, si elle ne modifie pas la problématique des droits, la complique en la multipliant et diffère ou estompe ses solutions possibles.

2. Actualité de la problématique

La stupeur, l'effroi ressentis face à la situation contemporaine des droits de l'homme ne tiennent que pour une part à la nouveauté. L'inégalité, l'iniquité, l'arbitraire, la misère, la violence, la souffrance ne furent sans doute pas proportionnellement moindres jadis qu'aujourd'hui. Mais on ne les connaissait guère, ce qui peut expliquer que Voltaire étonna par ses *Lettres sur la tolérance*, non pas tant à raison de leur propos que parce qu'elles divulguaient. À présent l'on sait, presque tout et presque trop. Si la plupart des grands massacres antiques resteront ignorés faute d'avoir eu l'honneur des chroniques d'un Thucydide ou d'un César, les modernes sont devenus familiers au point de ne surprendre que le temps d'une brève information, et de justifier le pessimisme désabusé d'un Camus écrivant que « cinquante mille morts ne sont

que fumée dans l'histoire » (*La Peste*) : Qui garde encore en mémoire les deux millions et demi de morts, dont près d'un million d'enfants, au Nigeria lors du conflit du Biafra (1967-1970) ? L'abondance de l'information relative aux droits ne leur bénéficie donc pas forcément, dans la mesure où elle accoutume à leur violation et accrédite la normalité du triomphe du Pouvoir sur la personne. Mais la dangerosité du monde actuel pour les droits se situe davantage ailleurs, du côté de la technique et de la sociologie.

La technique moderne se fait réductrice ou destructrice de la personne : réductrice quand elle permet de surveiller ou de freiner l'exercice des prérogatives par des procédés dépassant de loin en variété et en efficacité ce qu'Orwell imagina ; destructrice, au-delà de ce que Aldous Huxley avait cru seulement « possible » dans « le meilleur des mondes », par la détérioration de la conscience et de la volonté au moyen de substances chimiques, ainsi que par la modification du corps et de la personnalité grâce aux greffes d'organes, aux manipulations génétiques, au clonage ; destructrice aussi par la diversification raffinée des procédés de torture cumulant ceux conçus au fil du temps sous diverses latitudes pour aboutir à une

internationalisation des « traitements inhumains » frappant chaque année des dizaines de milliers de personnes, et cela (paradoxe de notre monde...) alors que s'amplifie un très ancien courant contraire.

En parallèle à ces aspects nouveaux et non exhaustifs de l'environnement des droits, apparaît une diversification des sociétés politiques faisant que la relation Pouvoir-personne s'inscrit dans des conditions et situations si différenciés que la problématique des droits, inchangée dans ses éléments fondamentaux, devient plus complexe et que ses solutions possibles paraissent soudainement et pour longtemps différées.

Pendant des siècles les sociétés d'obédience européenne, chrétiennes et blanches, ont prévalu, parfois détruisant les autres, souvent les escamotant ou les étouffant comme pour les exclure du champ de l'histoire. L'humanité semblait alors homogène, la société internationale uniforme, les croyances communes, les schémas universels, jusqu'à ce que, il n'y a guère, l'hégémonisme politique issu de l'Europe, couramment qualifié d' « occidental », éclatât en morceaux. Le résultat est clair : d'entre les presque deux cents États composant l'actuelle société internationale, les

deux tiers n'ont pas soixante ans d'âge. À lui seul, ce fait bouleverse les relations politiques entre sociétés et au sein de chacune. Facteur nouveau de tensions multiples entre Pouvoirs, il suffirait pour orienter ceux-ci vers davantage de contraintes au détriment de la personne, les impératifs de la « défense extérieure » et la préservation de la « souveraineté » étant à ce prix. Mais il y a plus.

En effet, on constate aisément l'hétérogénéité de ce fouillis de sociétés, composite au point qu'il eût vraisemblablement déconcerté un Montesquieu, mais réjouit un Prévert désireux d'inventorier un nouveau bric-à-brac : États jeunes ou anciens, immenses ou exigus, opulents ou misérables, en développement ou en paupérisation, industriels aux économies complexes ou rudimentaires, diversement socialistes ou diversement capitalistes, théocratiques parfois ou laïques, chrétiens ou islamiques, presque tous démocratiques à les en croire bien que pour les trois quarts autocratiques (despotiques, écrivait-on autrefois) en allant de l'égocratie la plus folle dont Ubu pourrait s'instruire, jusqu'au totalitarisme le plus savamment élaboré.

Qu'il en résulte dans la société internationale des «

contradictions majeures » ainsi que l'observaient les Chinois au temps du maoïsme, certes. Le fait est que, indépendamment de toute « contradiction » à leur origine, les tensions se multiplient et s'intensifient. En voici la preuve trop éloquente : entre 1945 et maintenant (été 2002), près de 140 conflits armés eurent lieu, causant directement la mort d'environ 2 200 humains par jour en moyenne. Voilà les conséquences désormais familières de la multiplication et de l'irradiation du Pouvoir.

Que l'on ne s'y trompe pas : c'est bien là ce que l'homme accepte après l'avoir voulu ou s'y être résolu. La prolifération des conflits signifie l'exacerbation du rapport Pouvoir-personne, révèle l'accentuation du tragique de sa problématique, car les sociétés actuelles, de par leur diversité, leurs tensions, leur propension à l'autocratie, ne peuvent que rendre plus périlleux le balancement entre les besoins antagonistes de Pouvoir et de liberté, plus dramatique la politique même des droits de l'homme.

III. Politique des droits de l'homme

La diversité croissante des situations des droits de l'homme ne masque pas la permanence d'une dualité de tendances majeures et simultanées : la tendance de la revendication des droits à l'encontre du Pouvoir, et la tendance à l'organisation des droits par le Pouvoir. Portées à leur extrême, la première est mère de révolution, la seconde engendre l'oppression. Lorsqu'elles parviennent à ce seuil de culminance, chacune relaie l'autre comme si chacune ne pouvait puiser un nouvel élan vital que dans le paroxysme de la précédente. Dans les intervalles de ce mouvement ondulatoire, cyclique peut-être, les deux rivalisent, s'affrontent en un incessant combat qui, malgré ses accalmies, n'en reste pas moins dramatique. Pire, chacune connaît en son sein des crispations et des ruptures. À mesure que les situations des droits se font plus diverses, les motifs de revendication deviennent plus équivoques, plus concurrents et opposés. La tendance à l'organisation des droits se complique en se diversifiant, utilisant des modalités et des systèmes infiniment gradués dans leur degré d'oppressivité et dont la variété n'est que le reflet des situations dans lesquelles baignent la problématique des droits et leur politique.

Celle-ci reste néanmoins fort claire et univoque dans son

principe : elle est une tentative permanente de combinaison des tendances antagonistes à la revendication des droits et à l'organisation des droits, des besoins simultanés et contraires de liberté et de Pouvoir, la pente naturelle du second l'amenant à prévaloir. La politique des droits de l'homme, cet effort constant de coexistence de la personne et du Pouvoir dans un inévitable rapport d'hostilité réciproque, est donc, fatalement, une politique du drame.

Première partie. La revendication des droits

Chapitre I

De la contestation à l'obtention

Si l'on ne peut dater la naissance de la revendication des droits, on peut en relever des manifestations fort anciennes, balbutiements plus que systématisation. La préoccupation de Hammourabi, fondateur de Babylone il y a trente-six siècles, de « faire éclater la justice pour empêcher le puissant de faire tort au faible », la belle affirmation du confucéen Meng-Tseu écrivant trois cents ans avant J.-C. que « l'individu est infiniment important, la personne du souverain est ce qu'il y a de moins important », le débat autour de la justice qui anime à la même époque *La République* de Platon, ou encore Moïse invoquant devant le pharaon le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Antigone devant Créon celui à la désobéissance, Spartacus devant les esclaves celui de résister à

l'oppression : autant de précédents illustres parce que rares. Il faut attendre l'ère chrétienne pour que la revendication prenne forme et ampleur en une suite d'émergences de plus en plus apparentes. Mais cette poussée du droit à la contestation du Pouvoir n'a pu s'amplifier à travers les pensées, les actions et les règles que par une démarche parallèle de conceptualisation du Pouvoir afin de mieux formuler à son encontre des exigences toujours plus nombreuses, quitte, ce faisant, à lui restituer une omnipotence dont on avait cru le dépouiller.

I. Émergences de la revendication

Elles sont deux, successives, s'étendant de la naissance du christianisme à la Réforme, puis de celle-ci à la Révolution française.

1. Les spéculations de l'Antiquité gréco-latine, depuis Platon et Aristote jusqu'à Cicéron, relatives à la place de l'individu dans la Cité, à la justice qu'il mérite, à (déjà) ses droits, au « souci » qu'il doit avoir de soi ont façonné un terrain propice à l'enracinement de l'individualisme sans

toutefois le mettre au jour, la personne, au demeurant réduite au « citoyen », n'étant pas conçue comme autonome par rapport au groupe, et moins encore comme originaire du politique et du Pouvoir. C'est par la pensée chrétienne, à laquelle la tradition hellénique ne se mêlera en profondeur qu'au xii^e siècle, que la conscience humaine s'éveille à la personne et à la nécessité d'une évolution politique en faveur de ses droits.

À son origine et intrinsèquement, le christianisme est personnaliste en privilégiant la créature humaine, sans exception ni distinction, au nom de son apanage, à savoir la conscience individuelle qui gouverne l'homme sur les voies tant de l'obscurantisme et du péché que de la révélation et du salut. Certes, ni les Évangiles ni les Épîtres ne proclament nettement la suprématie de la personne dans l'ordre terrestre et les prérogatives qui en découlent pour elle. L'épître aux Galates fait allusion à l'égalité de tous les hommes dans une même dignité de créatures de Dieu. Le célèbre chapitre XIII de l'épître aux Romains fait autant la part de Dieu que celle de César dans la vie des hommes en société ; mais en refusant une part à César n'est-il pas limitatif du Pouvoir au bénéfice de la personne ? Plus significative qu'un écrit elliptique est l'attitude du Christ

et des premiers chrétiens. L'insoumission jusqu'au martyre de la croix et des cirques au nom de la conscience, le refus d'ordres dogmatiques pharisiens ou romains, le rejet des faux dieux, bref, tous les comportements contestataires à l'aube de l'ère chrétienne montrent, davantage que les textes du Nouveau Testament, que le Pouvoir est désormais amené à se heurter à la grandeur de la personne, à l'invulnérabilité de la conscience, à l'obstacle de la vérité individuelle. Pour peu qu'il excède la résistance passive et dépasse l'acceptation, le christianisme est potentiellement révolutionnaire.

On doit à Augustin (v^e siècle) d'avoir systématisé le rapport entre l'ordre du Pouvoir et celui de la conscience, entre les deux « cités », la cité politique « des hommes qui vivent selon la chair », et la cité de Dieu, « celle des hommes qui veulent vivre selon l'esprit » constituée par la communauté des croyants, qui tend à la « justice » (qu'Augustin emprunte à Platon à travers Plotin), et vers laquelle doit tendre la cité des hommes. Le Pouvoir doit s'orienter vers cette mission, vers ce ministère, condition de sa respectabilité reconnue ou non en conscience grâce au « libre-arbitre » propre à chacun. En mettant l'accent sur la fonction ministérielle du Pouvoir et sur la légitimité de la

désobéissance au nom des impératifs de l'esprit, Augustin ouvre la voie à la contestation fondée sur la liberté de conscience, donc sur la prééminence de la volonté individuelle.

Il faudra dix siècles (tout le Moyen Âge dominé par la querelle des « deux glaives », du spirituel et du temporel, agitant théologiens et légistes mais non l'homme soumis à l'un et à l'autre) pour que les graines semées par Augustin éclosent dans la Réforme (1450-1550), même si certains penseurs de l'individualisme s'étaient auparavant manifestés, tel Occam au début du xiv^e siècle. Les abus et déviations de l'Église catholique stimulèrent les réformateurs, depuis les intransigeants Huss, Bèze et Zwingli jusqu'au fougueux Luther en passant par le prudent Erasme et l'austère Calvin, ces trois derniers étant (fait notable) d'éducation augustinienne. Par ailleurs, certaines contrées (l'Angleterre déjà depuis la Grande Charte de 1215 et les villes de la Hanse) organisèrent des libertés effectives. En outre, l'imprimerie alors inventée galvanisa une intense activité intellectuelle et la propagation d'idées plus ou moins subversives jusqu'alors restées confidentielles et auxquelles divers « princes » se rallient volontiers pour mieux combattre la suprématie de

l'église de Rome.

Voilà pourquoi cette époque décisive dans l'histoire oscillante des droits de l'homme fut aussi celle d'une Europe en grande effervescence, connaissant appels à la révolte massive, incitations (Buchanan, Münzer, Luther, La Boétie) à la « tyrannophobie » des princes ennemis du libre-arbitre, et même tentatives de démocratie directe avec les hussittes puis les anabaptistes en Europe centrale et les presbytériens en Écosse. Et partout le monde chrétien se morcela sous les coups portés aux pouvoirs spirituel et temporel au nom de la revendicative liberté de conviction, fruit alors très mûr du christianisme authentique.

Ce grand pas franchi, l'on n'alla guère au-delà. L'affirmation véhémement de la personne face à toute autorité sembla suffire pour, dès la fin du xvi^e siècle, épuiser les énergies combatives au point de permettre, même en Angleterre, un raffermissement du Pouvoir qui, bénéficiant de l'amoindrissement de l'autorité papale, pouvait s'installer durablement dans l'absolutisme, aidé en cela par ses théoriciens, les légistes. Seul Dieu sortit indemne de l'affrontement. Les monarques s'en firent un allié pour mieux légitimer leur autorité en s'affirmant « de

droit divin ». Par contrecoup, certains penseurs y virent l'obstacle ultime à la prééminence de la personne sur le Pouvoir. À partir du début du xvii^e siècle et jusqu'à la Révolution française, ceux depuis réunis sous l'appellation d'École du droit naturel ou de Philosophie des Lumières, allaient tenter et réussir la gageure d'extirper Dieu du politique, de laïciser le rapport Pouvoir-personne, en sorte de fonder les droits de l'homme non plus sur une qualité ou sur un ordre relevant du divin, mais sur la nature humaine même.

2. L'École du droit naturel est fille de la Réforme non seulement en ce que ses maîtres (Grotius, Hobbes, Locke, Kant, Spinoza, Rousseau) et d'autres (Barbeyrac, Bayle, Burlamaqui, Pufendorf) ne relevaient pas de la religion catholique, mais parce qu'elle a pour objectif la préservation de la personne contre le Pouvoir par l'entremise d'un nouveau type de rapport politique, le rapport volontaire. Au début du xvii^e siècle, Grotius substitue la « Raison » à Dieu, la volition à la providence, comme facteur explicatif du politique. Dès lors, au lieu de s'inscrire dans un « ordre divin » des choses auquel la pensée théologico-politique s'était attachée depuis Thomas d'Aquin jusqu'à Suarez, le Pouvoir résulte d'un

aménagement humain combinant deux opérations liées, le contrat social et le contrat politique.

La théorie du contrat social ne tend pas, contrairement à une opinion trop répandue, à expliquer le passage d'un hypothétique « état de nature » à la condition sociale (Hobbes s'expliqua clairement sur ce point), mais à révéler deux données fondamentales du politique, deux antécédents du Pouvoir. Elle affirme que la société politique repose sur la volonté d'être ensemble. Elle en infère que les finalités politiques sont nécessairement voulues dans l'intérêt de la personne et de ses prérogatives majeures, naturelles, innées. Par là, la théorie du contrat social s'oppose diamétralement à la théorie dite holiste des sociétés politiques voulant que la société précède l'individu et que celui-ci ne soit jamais qu'une partie d'un tout, théorie déjà avancée par Thomas d'Aquin et qui fera florès au ^{xx}^e siècle.

La conséquence, à savoir le contrat politique, suit évidemment : le Pouvoir est volontairement institué pour l'exécution d'un ministère, pour l'accomplissement de finalités dont la principale est la préservation de la personne. Démocratique par son origine, dérivé parce que

institué, subordonné de par sa mission, il se fait « le très humble et très dévoué serviteur » de ce nouveau souverain qu'est l'homme. Corrélativement, il est toujours contestable, voire révocable, tandis que la personne trouve dans le droit (qui est aussi un devoir) de résistance à l'oppression son arme contre un Pouvoir devenu « corrompu » pour l'avoir bafouée en se faisant égocentrique. Les variantes importent peu. Que l'on privilégie (Locke) la préservation de la propriété, que l'on plaide pour une forme monarchique (Hobbes) ou populaire (Spinoza, Rousseau) du Pouvoir, que l'on médite (Montesquieu) sur la façon de l'organiser pour le contrôler et limiter au mieux, il reste que l'École du droit naturel a définitivement posé la préservation de la personne comme principe directeur, et la revendication de ses droits à l'encontre du Pouvoir comme influx permanent du politique, le tout au nom du besoin congénital et de l'irrépressible volonté d'une liberté « naturelle » à l'homme.

Dans le même temps, la Pétition des droits (1628) et le *Bill of rights* (1689) anglais, puis la Déclaration d'indépendance (1776) des colons d'Amérique au nom des droits à « la vie, la liberté, la recherche du bonheur »

précédant la constitution (1787) des États-Unis élaborée « en vue... d'assurer les bienfaits de la liberté » stimulèrent la théorie tout en s'en inspirant, et l'ensemble influença la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée par l'Assemblée nationale française le 26 août 1789, texte tôt devenu le symbole de la revendication parvenue au faite de son émergence. Malgré (ou grâce à) sa brièveté, il est apparu d'emblée comme une figure de proue sur les mers sombres et agitées de la servitude. Parce qu'il visait l'homme en soi, parce qu'il proclamait que « les hommes naissent et demeurent libres », parce qu'il affirmait que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels » et que les actes du Pouvoir « peuvent être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique », il ramassait en quelques mots toute la théorie du contrat social et du contrat politique pour l'offrir à un monde qui sache, désormais, que « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics ».

Pourtant, les triomphantes et glorieuses idées nouvelles n'étaient pas aussi favorables à l'homme qu'il semblait. En effet, la théorie du contrat contient une ambiguïté redoutable permettant d'en tirer les conséquences les plus

opposées au point d'affirmer, en renversant la formule, que « la conservation des droits conduit au mépris de l'homme ». Elle repose sur la subordination du Pouvoir à l'accomplissement de finalités prétendues éminentes mais dont elle ne peut préciser un contenu évident ou logique. Plusieurs penseurs les ont réduites à la garantie de l'autonomie personnelle par la sûreté individuelle, la liberté de pensée, la propriété privée. Telle est la branche libérale, pendant longtemps la plus forte, de la théorie, caractérisée par le souci de minimiser le Pouvoir. Mais rien, ni en évidence ni en logique, n'empêche que la préservation de la personne s'effectue aussi par la satisfaction de ses multiples besoins pour faire alors du Pouvoir un garant toujours plus sollicité, plus appelé à s'amplifier pour satisfaire aux revendications. Telle est la branche autoritariste, virtuellement totalitariste, de la théorie du contrat. Avant tous, Hobbes (*Leviathan*, 1651) eut le génie et l'audace de porter la théorie jusqu'à cet extrême au point de la retourner contre elle-même en fondant sur l'individualisme et ses sollicitations pressantes un Pouvoir démocratique et néanmoins totalitaire. Rousseau vit le danger, qu'il crut esquiver grâce à une mythique « volonté générale » réputée incapable de pouvoir mal faire puisqu'elle aboutit à ce que « chacun contracte avec lui-

même », à moins de présumer le corps social atteint de masochisme, hypothèse dont les totalitarismes « démocratiques » modernes firent une sinistre réalité.

La théorie du contrat n'évite donc pas que, pour la préservation de chacun et en vertu du droit à la revendication, le Pouvoir connaisse une suprématie grandie, nourrie de légitimité démocratique, incontestable même au nom de Dieu au demeurant depuis longtemps exclu comme référence péremptoire. Elle contient son germe destructeur puisque, pour peu que la revendication étende ses exigences, elle aboutit à substituer dans le rapport politique la prééminence du Pouvoir à celle de la personne.

II. Exigences de la revendication

Parvenue à son terme en 1789 après des siècles de gestation souvent douloureuse, l'idée de la revendication des droits ne fut ensuite que décalquée, précisée, amplifiée, réitérée au point de susciter les haineuses réactions de rejet des fascismes modernes sans pourtant empêcher qu'elle se

retrouve aujourd'hui dans le droit constitutionnel de toutes les républiques (États dont toutes les instances dirigeantes émanent directement ou non du suffrage universel) même les moins démocratiques, et de la plupart des démocraties non républicaines. Mais son expression triomphante à travers le concret du politique, sans altérer son principe, a modifié son objet en étendant son domaine. De la revendication de prérogatives estimées primordiales pour la sauvegarde de l'autonomie personnelle, on est passé à la réclamation de satisfactions estimées indispensables à l'existence de l'homme socialisé, le besoin terre à terre de sécurité dissipant le rêve de liberté pour donner raison à Hobbes sur Locke.

1. On a tout dit des insuffisances de la formulation libérale de la revendication ayant dominé aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles et au-delà avec Constant et Tocqueville. On a surabondamment démontré son irréalisme, son caractère inhumain car partiel, conservateur, inégalitaire. On a eu beau jeu d'en dénoncer l'hypocrisie et l'inefficacité lorsque, avec les premières industrialisations, se sont répandues de l'Ukraine à la Pennsylvanie ces légions de nouveaux esclaves que l'on aura tôt fait d'appeler prolétaires en réminiscence des citoyens de Rome qui, bien

que « libres », se vendaient afin de ne pas périr de dénuement. Dickens et Zola en firent des romans, Proudhon des plaidoyers, Marx un système. De la mutation d'une Europe terrienne et commerçante dans laquelle la revendication libérale avait pris racine, en sociétés industrielles dévoreuses de main-d'œuvre allait naître la revendication socialiste pour, outre mettre en pièces ce qui l'avait permise en la précédant, réorienter toute la philosophie des droits.

De fait, la conséquence libérale de la revendication ne peut répondre à toutes les exigences humaines à raison de ses insuffisances. En premier lieu, elle est partielle. C'est en fille du christianisme qu'elle appréhende l'homme dans sa qualité abstraite de créature réduite à une entité, postulant ainsi l'égalité d'individus ontologiquement identiques. Ignorante de la diversité des situations concrètes démentant en permanence le postulat de l'inhérence des prérogatives, elle ne peut aller au-delà d'une revendication circonscrite au minimum indispensable à la personne : l'intégrité du corps et l'indépendance de l'esprit, les deux faces de la liberté naturelle. Mais cet acquis, si capital soit-il pour la progression des droits, laisse en suspens la destinée concrète de la personne, le sort de l'« homme

situé » (Burdeau). Par là et en second lieu, le libéralisme est conservateur dans l'inégalité. Il maintient le concret dans un statu quo ayant pour conséquence de laisser l'homme sous la domination des hommes et sous le poids des choses. La hantise obsessionnelle de la contestation du Pouvoir a certes permis de réduire celui-ci, mais pour mieux mettre au jour d'autres suprématies et contraintes que l'omnipotence du Pouvoir masquait. Or, enfermée dans une vision schématique de l'homme et s'épuisant dans la recherche de la limitation du Pouvoir, la tendance libérale s'est avérée en définitive non libératrice car incapable de délivrer, non pas l'Homme, mais les hommes de tous les « fers » ne devant rien ou presque au Pouvoir. Elle n'y avait pas songé. D'autres s'en chargèrent.

Depuis Jaurès, on sait tout ce qu'il y eut de socialisant dans la Révolution de 1789 après laquelle les soulèvements de 1848, la révolte des Communards en 1871, la révolution russe de 1917 furent les moments dominants d'une évolution fulgurante de la revendication de droits nouveaux conçus comme fonctions existentielles. Les textes l'ont reflété très tôt avec la déclaration française des droits de 1793 et la Constitution française de 1848. Aujourd'hui, toutes les déclarations de droits postérieures à 1945

mentionnent les exigences de l'homme situé en leur accordant souvent plus de place et de précision qu'aux prérogatives personnelles. Les textes internationaux reflètent la même préférence, soit dans un texte unique (Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'onu en 1948 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000) soit par deux textes se complétant (Pactes internationaux relatifs l'un aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels, adoptés par l'onu en 1966). Et n'est-il pas révélateur que la plus ancienne organisation interétatique ayant directement pour objet une action en faveur des droits soit l'Organisation internationale du Travail instituée en 1919 ?

Comment ne pas voir que, plus généralement, la démarche vers les exigences concrètes est actuellement commune à l'humanité, plus globale que ne le fut jamais la revendication des prérogatives personnelles qui ne bénéficia pas d'une faveur aussi étendue, d'une pression aussi harcelante ? Aucune société politique n'y échappe, quelles que soient ses mœurs, ses idéologies, ses préférences, son ancienneté. La misère des uns et l'opulence des autres se rejoignent dans la même quête,

celle du pain pour le plus grand nombre, celles des jeux pour quelques-uns, celle des conditions vitales d'existence et celle des délices primordiaux. Partout la revendication porte sur le droit d'obtenir, qui résume toutes les exigences formulées par l'humanité à l'adresse d'un Pouvoir désormais contestable au regard ni de la divinité, ni de la personnalité, mais de la serviabilité puisque, sommé de satisfaire aux besoins incontestables comme aux imaginaires, il est jugé sur ses capacités de dispensateur de bien-être. Pour tout dire, les exigences démultipliées de la revendication, les demandes renouvelées d'obtention se concentrent sur un objet : la sécurité pour tous en toute chose. Visionnaire, Hobbes avait déjà superbement analysé cette soif constante et croissante de jouissance dans la sécurité, décelé qu'elle est la cause déterminante de l'instauration et de la perpétuation du Pouvoir, et pressenti l'immensité de la soumission volontaire à raison de « l'incessant passage d'un désir à un autre » (*Leviathan*).

2. On doit y insister : la conséquence libérale de la revendication, telle qu'exprimée à son heure de gloire, ne peut qu'aboutir, comme la trajectoire du boomerang, à son point de départ, le Pouvoir. Inégalitaire, elle inspire un combat pour l'égalitarisation et la recherche d'un Pouvoir

assez fort pour inverser la situation. Individualiste et donc divisante, elle suscite une réaction pour la cohésion et provoque un Pouvoir dominant pour maintenir la société rassemblée. Tantôt le premier motif l'emporte, tantôt le second, tantôt ils s'entremêlent. Abstraction faite des particularismes ainsi que des accidents historiques, il apparaît que les sociétés d'inspiration marxiste ont fait prévaloir le premier, les fascismes européens le second. Quant aux États récents, pour la plupart prolétaires de la société internationale, ils s'appuient sur les deux sans même avoir besoin de rejeter un personnelisme auquel ils ne s'abreuvent jamais.

Faut-il s'en alarmer ? Ne convient-il pas plutôt d'interpréter sereinement cette précipitation générale vers le Pouvoir comme l'expression du déterminisme fondamental du Politique, déterminisme favorisé par une revendication des droits échappant à une volonté humaine l'ayant péniblement conçue ? On est tenté par une réponse affirmative, simplement parce qu'elle fut maintes fois donnée au fil du temps. La sécurité collective et celle de chacun dans le plus grand bien-être possible grâce à la judicieuse prévenance du Pouvoir, constituent ce « bien commun » dont Freund fait le but spécifique du Politique

ainsi que l'avaient déjà soutenu Platon, Thomas d'Aquin, Saint-Just, Lénine, Maritain, Mao Tsé-Toung, et que ne cessent de le proclamer sous diverses formules tous les gouvernants soucieux de justification et de dévotion.

Voilà comment tout semble concourir à l'anéantissement de la somme d'efforts déployés afin d'installer la personne face au Pouvoir, sinon même au-dessus. Voilà comment le passage d'une volonté de contestation et de résistance à une volonté d'exigence et d'obtention magnifie le Pouvoir que l'on avait espéré amenuiser. Voilà comment la vénération pour le dompteur conduit l'animal politique à « l'amour du censeur » (Legendre). Voilà pourquoi, enfin, le personnalisme s'efface derrière le collectivisme.

Chapitre II

Du personnalisme au collectivisme

Mêlant l'héritage du christianisme et d'Augustin à celui du rationalisme des Lumières, le personnalisme, en énonçant « la liberté d'abord » (Mounier), exprime une foi en la primauté de la personne comme substrat du politique, sa préservation constituant l'objet et le sens du rapport politique qui ne saurait se réduire à l'un de ses termes, le Pouvoir.

On a pu percevoir précédemment comment des hommes, même d'obédience chrétienne, ont voulu l'ignorer ou le combattre, rejetant l'exigence de liberté dans un futur proche du songe, transformant ainsi un postulat initial en éventualité hasardeuse. Il n'a pourtant point disparu du champ du politique où il semble assez installé pour

prétendre à l'universalité. Toutefois, comme évanescences, la personne et sa liberté s'y estompent derrière ces autres données plus concrètes ou plus impérieuses que sont les ensembles, les multitudes réunies en collectivités et point seulement en communautés, peuples, nations, catégories, passages désormais obligés de l'évolution des droits autant que de leur dévolution même. Simultanément et corrélativement, tandis que le holisme absorbe le personnalisme, se réalisent dans l'immanence, comme indifférentes aux particularismes sociologiques et idéologiques, ces sociétés naguère ou jadis seulement imaginées, ces utopies ayant pour principe la négation de la personne et la mutation des droits en fonctions.

I. Évanescence de la personne

1. Dans les textes anciens relatifs aux droits, le titulaire de ces derniers n'est presque jamais l'individu, mais l'homme ou les hommes, l'être humain, chacun ou nul, le citoyen parfois. Après la seconde guerre mondiale, dans deux textes de portée générale émanant de l'onu (la Déclaration

universelle de 1948, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966) apparaissent les vocables « personne » et « individu », utilisés comme indifféremment et en synonymes, alors que des déclarations ultérieures adoptées dans le cadre des Nations Unies ne retiennent plus que la personne. L'Europe la privilégie jusqu'à ignorer l'individu, tant dans la Convention européenne des droits (1950) que dans l'Acte d'Helsinki (1975, fondateur de la csce, Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe, devenue osce, Organisation pour la...) et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000).

Ces textes ayant une portée tantôt déclaratoire (programmatoire, dit-on parfois), tantôt obligatoire, on est tenté d'en déduire une universalité de la personne et, par suite, de ses droits. Se nourrit de cet argument une doctrine de l'universalisme des droits principalement occidentale selon laquelle les droits sont, à l'instar de la Raison cartésienne, la chose la mieux partagée du monde, ou pour le moins tendent à le devenir ainsi qu'en témoigne, soutient-on, leur universalisation certaine et inexorable.

Certes, de par le monde tout être humain a conscience de

soi, de sa personne, donc des prérogatives s'y attachant, à commencer par la plus élémentaire de toutes après la vie : la liberté. Certes aussi, il peut vouloir qu'elles soient reconnues et garanties en Droit afin qu'elles deviennent droits opposables à autrui, notamment au Pouvoir. Il y a donc de par le monde une *virtualité* des droits naissant de leur idée universellement répartie, ce qui ne signifie pas une même répartition de leur *effectivité*. Certes encore, la plupart des États comportent des régimes juridiques des droits, tandis que se développe depuis près de soixante ans un abondant droit international des droits, universel ou partiel, général ou spécial. On dira plus loin que cet ensemble normatif peut sembler factice tant son application bute, outre et constamment sur le Pouvoir, sur des obstacles sociologiques toujours, idéologiques souvent, juridiques parfois, qui entretiennent un désaccord difficilement surmontable quant à l'interprétation de concepts et vocables dont on ne peut parvenir à unanimement préciser le sens et déterminer la substance.

Par exemple, les deux Pactes de 1966 disposent que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la

paix dans le monde ». (Préambule) : Au nord et au sud, à l'est et à l'ouest, donne-t-on la même traduction de la dignité, de la liberté, de la justice, et le même contenu aux droits inaliénables ? Le droit à la vie et la prohibition de l'euthanasie peuvent-ils avoir le même sens et comporter les mêmes conséquences juridiques dans la très catholique Irlande et dans un État où reste forte la croyance en la métempsychose ? A-t-on la même idée au Luxembourg et au Burundi du droit à « des conditions décentes d'existence » ? Ne rejette-t-on pas l'universalité en affirmant (Déclaration islamique universelle des droits, 1981) qu'il n'y a de droits que ceux « ordonnés par la Loi », c'est-à-dire par le Coran ? Et l'Acte d'Helsinki n'ouvre-t-il pas la porte au relativisme en portant que les droits sont fonction du « système social » dans lequel ils s'inscrivent ? Même la Déclaration universelle de 1948 ne doit pas faire illusion. Lors de son adoption, elle reflétait une société internationale dont la grande majorité des membres relevaient peu ou prou du personnalisme. La majorité actuelle s'inscrit dans l'islam, le bouddhisme, l'hindouisme ou l'animisme, courants de civilisation encore vivaces qui, sans nier l'individu et des prérogatives s'y attachant, les situent dans des conceptions du rapport politique plus holistes que personnalistes, et qui diffèrent profondément

de la conception d'origine chrétienne, ne serait-ce qu'en maintenant un substrat religieux que le rationalisme occidental a minimisé, voire évincé. Depuis, il est vrai, fut adoptée à Vienne en juin 1993 à l'issue d'une conférence diplomatique des Nations Unies sur les droits de l'homme, une déclaration (dite Déclaration de Vienne) selon laquelle : « Tous les droits sont universels » (art. 5). Mais elle précise aussitôt (même article) que : « S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme... » Le principe d'universalité des droits comme l'obligation universelle en découlant de leur promotion et de leur protection sont ainsi relativisés pour devenir, semble-t-il, des cadres vides au contenu indéterminé, donc variable, tant en ce qui concerne les droits à y inclure que leur régime juridique.

Aussi, l'apparente adhésion internationale à un vocabulaire et à une phraséologie communs ne doit-elle pas tromper. Même assez sincère pour dépasser la simple convenance, elle n'atténue pas, car ne le peut, d'irréductibles divergences de conception de la relation entre l'homme et

le Pouvoir, et par suite des droits de l'homme. Plus polycentrique et pluricivilisationnel, moins uniforme et « fini » que Valéry le pensait, davantage polyglotte que n'importe quelle Babel, notre univers parle divers langages relativement à l'homme pour ne plus le comprendre. C'est là le résultat le plus marquant, et le plus inquiétant pour le futur des droits, des deux diversifications retracées plus haut qui se commandent l'une l'autre, celle de la revendication des droits et celle de la situation de l'homme. C'est aussi pourquoi « l'esprit de 1789 » n'a et ne peut plus avoir la portée universelle qu'on lui a longtemps et trop prêtée, l'arrière-plan personnaliste, chrétien d'abord, rationaliste ensuite, qui le caractérise n'étant plus indéfiniment et partout exportable.

2. À la diversification spatiale de la personne et de ses droits s'ajoute la subordination de la destinée individuelle à un destin collectif.

Depuis la décolonisation amorcée après la seconde guerre mondiale (Conférence de Bandoeng, 1955) et amplifiée à partir de 1960, la revendication des peuples à disposer d'eux-mêmes restera sans doute la plus virulente, et la plus explicitée par des textes internationaux, de celles de notre

temps. Qu'importe, ici, la difficulté de cerner la notion de peuple, frôlant tantôt celle de population, tantôt celle de nation. Il ne faut retenir que la démarche. Principalement issue d'une volonté émancipatrice anticolonialiste, elle prône, outre la cessation de toute domination territoriale et politique d'origine extérieure, le droit pour les peuples à leur totale maîtrise afin que non seulement ils exercent leur « souveraineté permanente sur les richesses et ressources naturelles » (Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux peuples coloniaux, 1960), mais qu'« ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel » (préambule des deux Pactes). La revendication des peuples vise donc à abolir, outre les présences colonialistes, tous les néo-colonialismes taxés d'illégitimité absolue. Si elle a conduit à l'indépendance de la grande majorité des États récents, elle a aussi encouragé les séparatismes dans les États nés de son succès et contre lesquels elle se retourna, ainsi que dans des situations plus voisines de la seule conquête territoriale que d'une soumission coloniale. Elle tend alors au nationalisme, revendiquant l'indépendance d'une collectivité, la nation, prétendue davantage identifiable et certaine que le peuple grâce à la conjonction de divers facteurs d'unité : race, langue, histoire, religion,

culture..., comme ce fut le cas après 1989 des États issus de l'éclatement de l'Union soviétique puis de ceux nés de l'ex-Yougoslavie fédérale. Ces mêmes facteurs stimulent la même volonté émancipatrice des minorités, qualifiées parfois de « minorités nationales », afin que non seulement elles échappent à une discrimination privative de droits détenus par la majorité, mais qu'elles bénéficient d'une « discrimination positive », d'une reconnaissance de droits spécifiques préservant leur autonomie sans leur permettre pour autant l'indépendance. C'est en ce sens que disposent la Charte de Paris (osce, 1990) ainsi que des conventions internationales élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe, textes nés des bouleversements en Europe centrale et orientale depuis 1989.

Cette revendication du droit des collectivités à être elles-mêmes a provoqué des dizaines de conflits, des centaines d'attentats, des millions de morts. Les droits de l'homme y ont-ils gagné ? Que l'indépendance constitue la condition préalable à la liberté, certes. Mais une condition n'est pas une certitude. Peut-on, dès lors, poser comme principe que l'autonomie du groupe garantit celle de ses membres, que la liberté *du* corps social commande la liberté *dans* le corps social, au point de conférer jusque dans le droit

international préférence et primauté au collectif ? Dans sa cynique ironie, l'Histoire n'a que trop enseigné les terreurs imposées au groupe au nom du groupe, et combien les émancipations encore fraîches conduisent aux pires domestications au motif de « priorités » ou de « périls extérieurs » souvent plus supposés que réels, l'urgence de la sauvegarde commune rejetant dans un lointain futur le soin du sort de chacun tout en grandissant le Pouvoir ainsi que le besoin que les hommes en ressentent. Pourtant, la personne n'a de cesse que de s'identifier à partir de ce miroir déformant qu'est le collectif.

3. Contrariant l'analyse marxiste sans doute trop réductrice, la structure de la société politique moderne ne se ramène pas à des classes, ces catégories identifiables par une différence de situation économique les mettant en opposition dans un rapport de force. Elle en comporte maintes autres, déterminées par les caractéristiques de l'individu ou bien par sa fonction dans le corps social où l'être humain est moins considéré comme personne qu'en tant que femme, enfant, croyant (ou non), électeur, étranger, fonctionnaire, chômeur, consommateur, entrepreneur, contribuable, justiciable, retraité, transsexuel..., les catégories pouvant se subdiviser aussi

bien que se recouper. Si la diversification du tissu social tient pour une part à des raisons structurelles, elle est également corrélative des multiples exigences formulées à l'encontre du Pouvoir qui, relatives aux divers aspects et situations de l'existence, mettent l'accent non sur l'homme mais sur la catégorie dont elles se réclament. Car l'homme « situé » est aussi l'homme fragmenté.

Le véritable collectivisme est là, dans la dispersion de la personne en collectivités dont elle tire son identité autant que ses droits, non plus droits rassemblés de l'Homme, mais droits éparpillés des catégories humaines que le Droit appréhende comme telles. Ne connaissant plus que des ensembles variables en nombre, en utilité, en influence ou en turbulence, porteurs d'antagonismes et rongeurs de cohésion, le Pouvoir accentue leur particularisme par des statuts juridiques spécifiques et des droits parcellaires pour tirer force et avantage de cette manière de saupoudrage, puisque rien de tel que diviser pour régner. Cette expansion des collectivismes dans les sociétés contemporaines, jointe à la distension d'un Pouvoir toujours plus pressuré, ne rappelle-t-elle pas ces systèmes parfaitement réglés par des magiciens rares, que l'utopisme avait échafaudés en songe mais qui acquièrent une

redoutable immanence ?

II. Immanence de l'utopie

L'utopisme rêve d'abolir le rapport conflictuel personne-Pouvoir dans un système social aussi achevé que définitif, tirant sa force perpétuelle d'une régulation et d'une harmonie parfaites. Les collectivités composantes s'y complètent paisiblement, les fonctions s'y ordonnent utilement, les humains y vivent sereinement dans l'exercice très réglé de droits dévolus comme moyens de participation à l'ensemble. Inspirateur de leur agitation laborieuse, surveillant de leur fonctionnement silencieux, administrateur de leur prospérité équitablement répartie, protecteur de leur paix quotidienne, dispose pour chacun et pense pour tous un Pouvoir élitare et prodigieux devançant une revendication au demeurant impensable, la liberté personnelle de contestation s'étant diluée avec la personne elle-même dans la puissance du système gestionnaire de foules subjuguées par leurs magiciens aux facultés extraordinaires et mystérieuses.

Même si de façon asymptotique, les sociétés modernes

tendent vers le schéma utopiste. Les sociétés volontairement collectivistes ont ouvert la voie en se donnant pour finalité « les règles de la vie en société socialiste » (Constitution soviétique de 1936, art. 130), imitées ou suivies à quelques variantes près par les dirigismes plus ou moins totalitaires d'hier et d'aujourd'hui. Actuellement, même la démocratie dite « libérale », celle qui se flatte de reposer sur une diversité sociologique et idéologique vivifiante, participe de la même tendance. Sous la poussée des collectivismes incoercibles, elle n'est plus (mais le fut-elle jamais, sinon idéalement ?) une société polycentrique et oecuménique mais, comme les autres, un système organisationnel de groupes et de masses négateurs de la personne. Elle ne parvient donc plus à éviter un téléologisme social des droits qui les place aux antipodes de leur finalité originelle, la préservation de la personne, pour en faire moins des prérogatives personnelles que des fonctions sociales marquant la place de chacun dans l'ordre systématique et incontestable, celui des foules compartimentées en catégories connexes sous le règne des magiciens.

L'organisation des multitudes conduit à l'oligarchie. On sait depuis Rousseau que le grand nombre interdit la

démocratie directe et contraint au gouvernement de quelques élus qui, même si juridiquement « représentatifs », n'en constituent pas moins une « classe » politique, cet euphémisme soulignant l'oligarchisme même de la démocratie représentative et pluraliste. Tout collectif conduit à l'autorité d'une minorité dont la puissance et le prestige croissent en proportion de la complexité et de la sophistication du collectif.

S'étonnera-t-on, dès lors, de ce que les magiciens des utopistes accaparent notre monde ? Les « philosophes » de Platon, les dignitaires aux noms étranges de Campanella et de More, les « conducteurs » de Saint-Simon, les « guides » de Comte, les « organisateurs » de Burnham, les « administrateurs mondiaux » de Huxley, les voici parmi nous. « Cléricature » (Jouvenel) mégalomane gouvernant des partis politiques dominants ou uniques, détenteurs cachés de fortunes immenses, potentats discrets d'entreprises irradiantes, concepteurs habiles d'opinions imposées, analystes omniscients du présent, techniciens surdoués du futur, ensemble détenteurs des deniers, des secrets et des vérités, ils forment à quelques centaines un cénacle transnational où se rejoignent le politique, l'économique, le médiatique, l'avoir et le savoir, l'idée et

l'acte, pour constituer l'un de ces « empires de l'esprit » que Churchill annonçait comme ceux de demain. Ils sont déjà d'aujourd'hui, en structurant et vitalisant un système capitaliste oligarchique aussi occulte que tentaculaire que rien ni nul ne semble plus à même de contrecarrer, le Pouvoir moins que tout autre, magiciens et Pouvoir vivant en collusion. Selon, les premiers grandissent, infléchissent, asservissent le second. Selon, le second utilise, favorise, canalise les premiers. Sporadiquement, brandissant l'étendard d'une « antimondialisation », d'aucuns tentent de résister à l'envahissement du système dont ils appréhendent les conséquences inégalitaires et l'uniformité contraignante, sans peut-être percevoir que le système tire sa force d'eux-mêmes et de tous qui, dans leur boulimie d'individus d'abord consommateurs, dans leur frénésie de bien-être généralisé, ne cessent de nourrir son irrépressible ambition de tout leur fournir, du plus vital au plus vain.

Telle est la suprématie des magiciens sur l'homme, dans l'utopie plus vaste que l'utopie du songe et déjà plus utopie. Telle est la prédominance du collectif, conduisant à extirper la personne du social comme on expurge un livre saint d'une obscénité. Tel est le retournement de l'histoire dans laquelle on avait cru voir l'homme libéré par la

revendication de ses droits et qui nous le montre enserré dans leur filet tissé et tiré par le Pouvoir « immense et tutélaire..., absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux » (Tocqueville).

Chapitre III

De la culminance au crépuscule

L'évolution de la revendication des droits semble les placer pour l'heure sous la lumière déclinante d'un crépuscule au flamboiement annonciateur d'un terme. Certes, le crépuscule n'est point la nuit et parfois, dans certains lieux à certaines époques, il cède à l'aube. Mais, dans l'étirement de ses incertitudes, toujours il indique la fin d'une culminance. Quant aux droits, celles-là ne manquent pas, affectant autant les conditions de leur avenir que leurs justifications présentes, et assez inquiétantes pour faire craindre que le crépuscule se fonde dans une longue nuit polaire.

I. Conditions des droits

1. Pour qu'on les revendique et les préserve, il faut aux droits une idée sous-jacente qui conditionne leur conception, leur installation, leur évolution, une idée suffisamment explicitée, comprise, répandue et stable pour qu'elle devienne croyance s'inscrivant dans une idéologie. Contrairement à ce que l'on avance parfois, il n'y a pas une « idéologie des droits » leur étant spécifique, mais *des* idéologies du Pouvoir et de l'homme, donc du rapport politique premier Pouvoir-personne, ayant pour conséquences des conceptions diverses des droits. Or, dans leur identique prétention à l'excellence, elles entretiennent des oppositions exacerbées à raison de postulats différents et d'idéaux divergents, des rivalités dans des préférences inverses, pour se faire non pas salvatrices parce que salutaires ainsi qu'elle se proclament, mais destructrices car divisantes. Dans la confusion souvent mortifère de leurs imprécations, l'homme ne se repère plus et n'est plus repérable comme personne ou autrement, tandis que les droits qu'il escomptait pour devenir moins fragile dans sa solitude, moins vulnérable dans son désarroi, perdent leur certitude, leur sens, et jusqu'à leur possibilité même.

Que l'on en juge ! Voici l'Église catholique jetant l'anathème sur les « idéologies tronquées et erronées »

(Encyclique *Mater et magistra*, 224) qui séparent l'homme de Dieu. Voici le maoïsme condamnant le bouddhisme à mort en s'emparant du Tibet pour y commettre un génocide que l'histoire oublia d'enregistrer en 1959. Voici le moralisme nord-américain fulminant, par les voix du président Carter puis de la secrétaire d'État Albright, contre les régimes irrespectueux des droits pour faire de la défense de ceux-ci un objectif discriminatoire de la politique étrangère et, au besoin, un motif d'intervention militaire. Voici la vérité communiste qui n'eut de cesse, au nom d'un nouvel évangile de la libération de l'homme, de faucher les survivances ou les surgeons du personnalisme en s'appliquant à détruire des troupeaux d'hérétiques. Voici le Coran, livre de fraternité, devenu argumentaire de la propagation des fanatismes les plus sanguinaires et des obscurantismes les plus régressifs. Faut-il poursuivre ?

La véhémence confrontation des idéologies (pas aussi défuntes qu'on s'est plu à l'annoncer trop vite, ne serait-ce qu'à raison de la survivance des religions, elles-mêmes idéologies), soutenue par des armements apocalyptiques, se propage sur l'humanité tout entière, à l'apogée de sa virulence, à l'imminence de sa catastrophe, détruisant dans son sillage les droits de l'homme pour avoir placé ce

dernier au centre de ses présupposés antagonistes. Quels droits, en effet, par et pour un être aussi balloté, tiraillé, misérable ? Mais une autre misère le ploie pour compromettre ses droits, ni morale ni philosophique mais sordidement matérielle, car si l'avenir des droits est pour une part suspendu à la fin des idéologies destructrices de l'homme, il l'est autant à la fin de sa paralysante pauvreté.

2. Le préambule de la Déclaration universelle proclame « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront... libérés de la terreur et de la misère... comme la plus haute aspiration de l'homme ». En leur préambule, les Pactes de 1966, traités ayant force juridique obligatoire, énoncent que « l'idéal de l'être humain..., libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits... sont créées ». À quoi bon, en effet, les droits à l'éducation, à la santé, à un procès dans des États incapables de financer des infrastructures scolaire, hospitalière, judiciaire ? À quoi bon ces infrastructures pour celui privé des moyens financiers de s'en servir ? C'est pourquoi la Déclaration de Vienne dénonce « l'extrême pauvreté et l'exclusion sociale » et affirme clairement que « le droit au développement... est un droit universel et inaliénable qui fait partie

intégrante des droits fondamentaux de la personne humaine » . La misère de l'homme, mère de sa crainte, serait-elle donc au centre du problème de ses droits parce que également au centre du problème du Politique ?

L'École du droit naturel l'avait pressenti, au moins par métaphore, en faisant de la volonté de mettre fin à l'« état de nature » la source du politique, du Pouvoir, du rapport politique et des droits en dérivant. Le pauvre hère divagant parmi les pièges des éléments et ceux des hommes livrés à eux-mêmes, proie pour le plus fort et victime désignée de toutes les vicissitudes et injustices, c'est l'homme angoissé de l'état de nature dramatiquement décrit par Hobbes. C'est aussi notre contemporain. La volonté de fonder un ordre qui délivre de la peur et supprime l'inégalité des forces et des chances, c'est aussi la nôtre. Est encore nôtre la hantise du dénuement s'extériorisant dans l'inégalité entre les peuples et en leur sein, ressentie aujourd'hui plus que hier comme l'obstacle majeur à l'effectivité des droits.

Donnée souvent décisive des relations internationales, source de la plupart des conflits actuels, cette inégalité que les décolonisations ont amplifiée et mise à nu apparaît d'autant plus intolérable qu'elle semble inéluctable. On

observe que depuis 1945, en proportion de la population et malgré un considérable accroissement de la richesse mondiale pendant cette période, le nombre des pays « les plus défavorisés » (ceux du groupe dit des 77, devenus 133) et celui des personnes vivant sous le flou « seuil de pauvreté » a augmenté ; que la faim, la mortalité infantile, l'analphabétisme n'y ont pas reculé ; que l'écart entre produits intérieurs bruts comme entre revenus moyens par habitant s'est creusé pour varier de un à plus de cent ; que l'Afrique noire est proportionnellement touchée au moins quarante fois plus que l'Europe occidentale par le sida dont 8 000 individus meurent chaque jour à travers notre monde ; que l'inégalité entre société se retrouve au sein de chacune où elle ne va que s'accroissant tant aux États-Unis qu'en Centrafrique ou en Inde ; que l'accumulation mondiale des richesses conduit l'humanité vers une nouvelle féodalité.

L'impossibilité d'exposer ici les causes complexes et entrecroisées de ce drame aussi explosif qu'un magma sous pression n'empêche pas de comprendre l'acharnement des prolétaires de la société internationale, qui en constituent les deux tiers, à vouloir instaurer un « nouvel ordre mondial » économique et davantage. Ce faisant, la revendication

planétaire de la réduction de l'inégalité planétaire devient une revendication en faveur de tous les droits de l'homme : leur avenir dépend de la réduction de la misère, la réduction de la misère de la fin de l'état de nature, la fin de l'état de nature de la cessation de l'anarchie inégalitaire, la cessation de l'anarchie de l'édification d'un nouvel ordre entre sociétés comme en elles. Qu'importe s'il faut pour y parvenir une révolution et le Pouvoir qu'elle secrète pour sa réussite, puisque la révolution se fait nécessaire et légitime quand elle tend à mettre un terme à l'inégalité, source de cette tyrannie sans despote qu'est la misère dont même l'Église catholique admet exceptionnellement qu'on la combatte par la violence lorsqu'elle est « évidente et prolongée », porte « gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne » et nuit « dangereusement au bien commun du pays » (Encyclique *Populorum progressio*, 31).

Déjà les émergences européennes de la revendication des droits l'avaient montré, qui coïncidèrent avec des périodes de croissance économique : la liberté passe par la lutte contre la misère et pour un « mieux-vivre » (Jouvenel) plus égalitairement réparti. Et ce n'est sans doute point par hasard si l'aire où les droits sont les mieux affirmés et les

moins malmenés se juxtapose presque avec celle des pays opulents. Si la grande Europe, celle du Conseil de l'Europe et celle de l'osce à peu près identiques aujourd'hui, qui s'étend de l'Islande à l'Azerbaïdjan et de Lisbonne à Vladivostok, cette Europe issue (sauf la Turquie) du christianisme, permet de constater plus que nulle part ailleurs un souci particulier des droits et leur indéniable progression, ne le doit-elle pas à ce qu'elle parvint à faire l'économie des déchirements idéologiques après la seconde guerre puis après la chute du communisme en Union soviétique, et à ce qu'elle sut aussi (et ceci pourrait bien dériver en partie de cela) permettre à ses peuplades un enrichissement les mettant au-dessus des autres (à l'exception des Nord-Américains) par la richesse moyenne par habitant ?

Cela suffit-il ? Le développement, l'enrichissement vaudrait-il mieux dire, n'est pas seulement affaire de gouvernement et d'organisations internationales d'assistance, mais de chacun. Il exige donc d'énormes moyens éducationnels, structurels, financiers, tant publics que privés, pour faire plus et pour ne point mal faire notamment en menaçant gravement l'environnement, l'approvisionnement en ressources naturelles, donc le sort

des prochaines générations. Quand les détiendra-t-on ? La paix, qui les conditionne ainsi que le rappelle la Déclaration de Vienne et dont la tumultueuse Colombie a fait non sans humour un droit constitutionnel, sera-t-elle suffisamment instaurée pour que cessent des conflits ravageurs et une militarisation ruineuse ? Dans la négative, il devient fallacieux de proclamer haut des droits dont on sait que la réalisation ne relève pas même de la gageure mais de la plus déraisonnable utopie.

S'il n'est donc pas évident que les droits de l'homme lui procurent paix et fortune, il est clair que la sérénité des esprits et la subsistance des corps les favorisent. En déduira-t-on qu'ils sont, à l'instar de sa richesse, le privilège de leur creuset historique, cet Occident chrétien nourri de personnalisme, et qu'en conséquence la revendication des pauvres ne peut qu'échouer comme leur pauvreté que perdurer, l'universalisation des droits étant aussi chimérique que la juste distribution planétaire des choses dont elle dépend ?

Ces questions soulèvent la plus grande des incertitudes quant au futur des droits de l'homme, en même temps qu'elles apportent une certitude non moins troublante, à

savoir que la revendication pour une moindre inégalité comme condition des droits conduit au renforcement du Pouvoir, aussi bien pour la faire valoir et agir que pour la contenir. Dès lors, le problème n'est plus de savoir si l'on trouve ici ou là des droits émergeant du néant comme l'on constate des États « émergents », mais si dans tous les cas le Pouvoir porté et grandi par leur revendication n'utilise pas leurs justifications pour les brider.

II. Justifications des droits

1. Ceux ayant passionnément cru pendant des lustres que l'homme est né libre et pour être libre, ont fondé ses droits sur la double exigence de préservation et de progression de sa liberté, que la Déclaration française de 1789 énonce en premier parmi les « droits naturels et imprescriptibles » tandis que la Déclaration universelle de 1948 proclame en son article 1^{er} : « Tous les êtres humains naissent libres... » En dépit des attaques, dont on doit les plus violentes aux fascismes du xx^e siècle, menées par des courants de pensées et des forces hostiles au personnalisme, au démocratisme qu'il génère, au libéralisme qu'il prône, cette croyance domina jusqu'à naguère, du moins en Occident,

puisque même le marxisme original ne la désavoua pas en bataillant pour « une association où le libre développement de chacun est la condition du libre développement de tous. » (Marx et Engels, *Manifeste du parti communiste*, 1848). Mais suffit-il au départ d'une même innéité et d'une même potentialité de la liberté pour que les humains puissent disposer d'une égalité de chances, prétendre à une égalité de situations, pour qu'ils puissent devenir effectivement égaux sans qu'il y en ait certains « plus égaux que d'autres » (Orwell, *La ferme des animaux*), pour que, à défaut et pour le moins, ils parviennent à rompre le carcan des hiérarchies sociales intrinsèquement inégalitaires et limitatives de liberté ?

2. Les socialismes dénoncèrent l'artifice, le leurre d'une égalité uniquement juridique chère à Kant et à Rousseau, résultant de ce que les hommes « naissent... égaux en droits » (Déclaration de 1789) ou détiennent des « droits égaux » (Déclaration universelle de 1948), l'égalité des droits étant censée offrir les mêmes armes à chacun dans un même combat pour une même égalité. Avec succès, ils firent valoir que les combattants diffèrent en force et en habileté et que l'égalité des armes ne suffit donc pas pour vaincre des inégalités tenant à la naissance, à la malchance, à

l'infortune, à la hiérarchie, à l'exploitation de l'un par l'autre. À l'exigence de liberté s'ajoute donc, non pour la contrarier mais pour la corriger et l'amener à ce « vif équilibre » dans lequel Novalis voyait son « authentique état », l'exigence d'une égalité pas seulement juridique et fictive, mais réelle et à laquelle le Droit peut contribuer pour partie en aménageant la liberté dans le sens de l'égalitarisation.

La reconnaissance de droits sociaux sans cesse plus nombreux et précisés s'inscrit dans cette perspective en témoignant d'un souci d'améliorer les conditions d'existence de tous. S'y inscrit aussi le principe juridique interdisant toute forme de discrimination négative ou privative pour quelque motif que ce soit (sauf celui de la nationalité dans le domaine des élections politiques), qui n'a pas encore universellement développé toutes ses conséquences, mais a déjà atteint son plein épanouissement dans certains cas, comme en France et dans le cadre du Conseil de l'Europe depuis l'adoption en 2000 du 12^e protocole additionnel à la Convention européenne des droits, prohibant toute forme de discrimination. Les « discriminations positives », nombreuses en matière fiscale, sociale ou sanitaire en

faveur des personnes défavorisées ou en difficulté, vont dans le même sens. Et si l'égalitarisation s'avère trop lente, on peut aller jusqu'à instaurer une « parité » obligatoire ainsi qu'on le fit récemment en France pour assurer une représentation égale des deux sexes dans certaines instances politiques élues, en considérant probablement que le goût pour la chose publique n'est pas plus l'apanage du masculin que celui pour les cosmétiques l'exclusivité du féminin.

Il s'ensuit que l'égalité ou sa rupture s'apprécie « à situation égale » ainsi que l'énoncent les juges, ce qui révèle et justifie la multiplication des particularismes et des catégories au risque, on le sait, d'un délitement du corps social, encore que le 12^e protocole additionnel à la Convention européenne puisse remettre en question l'égalité différenciée et la discrimination positive. Pour l'heure, il en découle que l'égalité même relative fonde des droits auxquels, à elle seule, la liberté ne permettrait pas d'accéder aussi certainement. Faut-il en déduire qu'elle tend à supplanter la liberté comme justification des droits ? Elles opèrent dans des domaines distincts, la liberté davantage dans celui des droits éminemment personnels attachés à la préservation du corps et de l'esprit, l'égalité

plutôt dans celui des droits relatifs aux conditions d'existence extérieures à la personne même, encore que les deux puissent toucher à un même droit, par exemple au droit à l'éducation. Par ailleurs, si la recherche de l'égalité peut entraîner des restrictions à la liberté (quand l'interdiction de discriminer empêche certains refus ou propos), il peut en aller inversement (quand la liberté de religion contraint à une égalité des cultes). Il n'y a donc pas, contrairement à ce que l'on a parfois trop hâtivement avancé, d'incompatibilité majeure entre égalité et liberté. Il n'en va pas de même entre liberté et sécurité.

3. On apprend de l'actuel (été 2002) ministre français de l'Intérieur que « le droit à la sécurité est le premier des droits » et l'on entendit dans le même temps et dans le même esprit que la sécurité crée « un espace de liberté ». Faut-il en déduire qu'après avoir phagocyté le droit à la liberté et celle-ci avec, le droit à la sécurité, absolue et permanente il va de soi, fonde tous les autres, réduits à ses corrélats ? Avant que d'adhérer à cette proposition alarmante, il convient de prendre la mesure des choses.

Sauf dans une vision anarchiste où le problème ne se pose pas faute de société, il y a truisme à énoncer que, pour être

et être viable, toute société comme chacune de ses composantes a besoin de sécurité, même la société utopiste où chacun demeure paisiblement à sa place mais que n'épargne point la menace extérieure. Bien qu'imprégnée du besoin de liberté, la Déclaration de 1789 n'en exige pas moins une « garantie des droits » (art. 12 et 16) qui « nécessite une force publique » (art. 12), et les libéraux les plus convaincus ont tous réclamé un « État gendarme ». Mais cette exigence de sécurité inhérente au social prend de nos jours une ampleur nouvelle et considérable qui affecte le Droit et les droits.

Depuis toujours l'homme a vécu dans les frayeurs, la moindre étant celle de l'homme, ennemi au-dehors de son groupe ou bandit au-dedans, « loup » dont il a dès son origine conçu comment s'en protéger. La recherche de la sécurité pouvait donc se limiter aux armes ou aux serrures, à l'art de la guerre ou de la traque, à la bataille ou au supplice. Sachant les autres périls imparables car imputables à l'inconnaissable volonté divine, aux irrépressibles colères de la nature, ou bien aux mystères de quelque fatale malédiction, l'homme se résignait aux pestes et disettes, séismes et incendies, morsures mortelles et accidents meurtriers. À présent, la mise à l'écart de Dieu

par beaucoup, la croyance en la maîtrise de la nature, les découvertes médicales et techniques depuis deux siècles, ont amené l'homme à vouloir abolir le danger jusque dans la menace et se délivrer de la peur jusque dans l'appréhension, exigeant une préservation de soi non seulement contre la nocivité de son semblable ou de ses activités, mais contre absolument tout ce qui lui nuit, catastrophes naturelles incluses. Simultanément et paradoxalement, dédaignant l'éventualité d'un aléa ou d'une force majeure imprévisible, inévitable et irrésistible, il tend à se culpabiliser en se posant en auteur direct ou indirect de tout dommage pouvant lui advenir, de toute atteinte à lui-même ou à ses conditions d'existence. L'échauffement de la planète et ses conséquences climatiques, les pollutions, les maladies et pandémies, les explosions d'usines, les accidents de toute sorte en tout lieu, c'est lui. Source de ses propres maux, il s'estime dès lors fondé dans son masochisme forcené à réclamer à l'homme qu'il l'en prémunisse ou, à défaut, les compense.

Pareille anxiété de soi causée par soi-même suscite inéluctablement un intense besoin de sécurité et provoque une hypertrophie corrélative du droit à celle-ci qui, sans être « le premier des droits », devient un droit premier, la

sécurité étant considérée dans son sens le plus large pour ne plus se limiter à celle de l'intégrité physique et psychique de la personne et de sa propriété, mais s'étendre à ses aises, à son confort, à son mieux-être et mieux-vivre, à sa félicité en somme. Ainsi compris, le besoin et le droit corrélatif de sécurité s'insinuent partout : lorsque le Conseil constitutionnel érige, comme il le fit en 1984, l'« indépendance » des professeurs d'université en principe constitutionnel, il élargit certes leur liberté d'expression, mais ne leur offre-t-il pas davantage un sentiment rassurant de tranquillité quotidienne sans laquelle ils n'atteindraient point à une fructueuse sérénité d'esprit ?

L'ordre public, traditionnellement défini comme la conjonction de « la sécurité, la tranquillité et la salubrité », s'en trouve grandi, plus envahissant et plus dominant car plus désiré, qu'il s'agisse de l'ordre public juridique constitué par les règles impératives nécessaires à une sécurité elle-même indispensable, ou de l'ordre public matériel consistant en leur application concrète. Par son biais, l'exigence de sécurité conditionne maints droits, impose maintes obligations, et rétrécit la liberté progressivement évincée comme fondement des droits de

l'homme.

En parallèle se développe, notamment en France, le souci de la compensation, souvent par l'octroi d'une réparation du seul fait d'un dommage causé par l'insécurité, plus souvent par une extension considérable de la responsabilité, soit en la fondant sur des causes de plus en plus imprécises comme le manquement au « principe de précaution », soit en multipliant les responsables potentiels même hors de toute culpabilité. Tant d'épées de Damoclès suspendues au-dessus de tant de têtes paralysent la volonté de liberté, sauf pour qui se veut héroïque. Mais les héros se font rares, contrairement aux dignes.

4. La « dignité de la personne humaine » ou, mieux, la dignité « *inhérente à* », « *intrinsèque à* » la personne fait aujourd'hui figure, en Droit, de qualité consubstantielle à l'être humain, d'attribut naturel car inné, fondateur et explicatif de ses droits, y compris du droit à une liberté qui, dès lors, n'apparaît plus comme attribut naturel initial, par suite justificatif de la dignité, ni même alternatif de celle-ci comme fondement des droits, mais constitue un dérivé juridique parmi d'autres de la naturelle dignité

humaine. Ce renversement radical de perspective quant à la justification des droits trouve sa formulation idéologique dans la Déclaration universelle de 1948, et entre pour la première fois sauf erreur dans le droit positif, et d'abord dans le droit positif à vocation mondiale, par l'entremise des deux Pactes de 1966 proclamant que : « ... la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine... constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde... ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine... » (Préambule), énoncé repris plus abruptement dans la Déclaration de Vienne de 1993, texte non juridique mais hautement significatif, dans lequel le mot liberté au singulier ne se trouve pas une seule fois, mais qui affirme que « ... tous les droits de l'homme découlent de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine, que la personne humaine est le sujet même des droits de l'homme et des libertés fondamentales... ». Ce dogme a gagné les droits internationaux régionaux (Charte africaine des droits, jurisprudence de la Cour européenne des droits, conventions du Conseil de l'Europe sur la biomédecine et sur l'interdiction du clonage, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Il a de même infiltré nombre d'ordres juridiques internes, tel celui de la

France où l'ont fait leur le législateur, le Conseil constitutionnel et les juridictions.

On ne se borne pas à l'utiliser comme palliatif, lorsque l'exigence de liberté s'avère un argument inopérant, par exemple lorsqu'il s'agit de préserver la personne ayant perdu toute faculté de discernement. On y a recours même quand on pourrait invoquer la liberté : quand il s'agit de prohiber les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne toujours limitatives de la liberté ; de justifier des conditions « décentes » d'existence dont l'absence obère la liberté ; de reconnaître des droits en faveur de handicapés ou d'enfermés pour lesquels une part de liberté subsiste ; d'interdire les manipulations génétiques sur des individus en gestation ou les modifications organiques de ceux déjà nés, pratiques condamnables en excipant de l'atteinte à liberté future d'être soi-même. On va plus loin et trop loin en refusant à l'être d'être soi-même, d'exercer ce choix intime aux implications personnelles qui est la marque insigne de la liberté humaine, cela en le châtiât pour s'être montré indigne de sa dignité par quelque action honteuse ou choquante même si libre, par exemple en participant à un bizutage (interdit en France depuis une loi de 1998 car portant atteinte à la dignité en étant «

humiliant »), ou en acceptant à des fins alimentaires que son corps de nain soit publiquement jeté de main en main tel un ballon de rugby (divertissement sanctionné en 1995 au nom de l'atteinte à la dignité par le Conseil d'État français escorté en cela par une kyrielle de laudateurs aussi peu avisés que réputés « avertis »). Dans la logique de cette conviction, on en vient à soutenir que la méconnaissance par un seul humain de sa dignité caractéristique de son humanité affecte celle de toute « la famille humaine » (Déclaration de 1948), ce qui revient à nier l'autonomie de chacun et simultanément la liberté individuelle dont elle se déduit, pour ne plus admettre comme raison des droits qu'une qualité collective puisque caractéristique de l'humanité entière, cette dignité qui, précisément parce que collective, devient autant la justification que la référence des droits. Ce faisant, en évinçant la liberté au profit de la dignité, ne substitue-t-on pas au personnalisme d'antan un holisme nouveau, périlleux non seulement pour la liberté déjà perdue, mais pour l'ensemble des droits auxquels il prétend aider ? Si tel est le cas, le péril ne tient-il pas à la notion de dignité, moins protectrice qu'on veut le croire de la personne humaine et de ses droits ?

Sans conteste, « l'homme est né libre », dans une liberté évidente, identifiable comme naturelle puisque se manifestant dès le premier geste, dès le premier son signifiant un oui ou un non. Il n'est pas né digne, porteur d'une dignité aussi « inhérente » à son organisme que sa circulation sanguine, surtout pas depuis qu'il ne se considère plus comme créature issue de ou tendant vers un Dieu qui se meurt et auquel il semble vouloir désormais se substituer. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'homme s'est arrogé cette qualité pour tenter de compenser ses ignominies récentes, et il s'en drape aujourd'hui en en faisant une catégorie juridique pour tenter d'occulter ses abjections présentes. De cette orgueilleuse démarche narcissique, de cette « autolâtrie » (Jouvenel), de son egolâtrie, il tire une notion artificielle et fuyante n'ayant pour justification qu'un postulat tautologique se ramenant à dire que l'animal humain, quoique le plus inutilement prédateur et le plus intentionnellement cruel de tous les animaux, est de tous le seul doté par essence de dignité parce que le seul qui soit humain. Contrairement à celle de liberté qui entraîne dans sa dynamique des conséquences l'amplifiant, une notion aussi arbitraire que celle de dignité ne peut que se révéler inconsistante, n'ayant pour substance que ce que l'on veut

y mettre et pas nécessairement des prolongements logiques à l'avantage de l'homme, qu'elle peut servir si l'on fait d'elle la source de revendications et de droits, comme l'asservir si l'on en fait le motif de limitations et de privations. Notamment, l'invocation de la dignité globale comme motif de préservation des dignités particulières peut amener à empêcher tout comportement estimé choquant, erratique, inconvenant, impertinent, incorrect en somme, taxé non seulement d'immoral mais d'illicite, le Droit ayant progressivement absorbé la Morale en érigeant l'insaisissable dignité en indiscutable critère des conduites. À la limite, on peut en son nom tout empêcher : il suffit d'appeler la sécurité de la personne au secours de sa dignité, sans omettre de préciser que protéger la dignité de chacun sauvegarde la dignité de tous, pour que l'homme ne soit que mieux soumis sans rien perdre d'une dignité présumée inhérente, par hypothèse préservée. Le temps est donc révolu où l'on pouvait dire à la manière d'Augustin : « Je suis libre de moi, donc digne », puisqu'il faut maintenant déclarer : « Je suis digne, donc prisonnier de moi. » Le Pouvoir le sait, pour trouver dans cette nouvelle justification des droits un paramètre supplémentaire de l'organisation restrictive des droits, et ainsi orienter en sa faveur la dialectique du rapport

Pouvoir-personne.

Deuxième partie.

L'organisation des droits

Chapitre IV

La reconnaissance des droits

La reconnaissance des droits est la condition initiale de leur efficacité et de leur opposabilité puisque, sans elle, les droits ne sont ni invocables ni utilisables. Condition initiale et pas davantage : l'affirmation des droits les laisse dans la virtualité car les prérogatives formulées ne sont que des possibles, si bien que la personne se trouve dès le commencement dans une situation incertaine, dans un aléatoire dont la réduction dépend des suites apportées par le Pouvoir à la reconnaissance.

I. L'affirmation des droits

1. L'affirmation interne des droits par déclaration ou au

sein d'une constitution est généralement concomitante à de profonds bouleversements dans une société politique : révolution, nouvelle donne après une guerre interétatique ou civile, indépendance récente. Dans un contexte de mutations brutales et de réorientations subites dont elle est le fruit et se veut le miroir, elle se pose à la fois en idéologie, sinon même en philosophie, d'un rapport Pouvoir-personne inédit, et en programme pour une éthique sociale souhaitée. Catéchisante parfois, éducative souvent, futuriste toujours, elle tend à formuler un ordre nouveau qu'un Droit ultérieur viendra consolider, son rôle consistant pour l'heure à être au politique ce que le *credo* est à la religion.

Les déclarations internes les plus célèbres, même les moins personalistes, sont significatives de cette volonté de transformation du rapport politique, d'innovation dans le contrat social et dans les prérogatives qui en résultent, que ce soit la Déclaration américaine de 1776, la française de 1789, la russe de 1918 relative aux « droits du peuple travailleur et exploité », la réactionnaire espagnole de 1934 contenant les « vingt-six points de la Phalange ». Leur notoriété tient d'ailleurs plus à leur symbolisme qu'à leur utilité réelle car elles n'ont de caractère juridique et de force

obligatoire que si incluses dans une constitution.

Il faut souligner que les déclarations des droits ont toujours émané des dirigeants en place ou sur le point de l'être (conseils révolutionnaires, gouvernements provisoires, partis vainqueurs) sans participation populaire même réduite à une approbation. Les constitutions et leur révision procèdent pareillement, élaborées par les détenteurs de fait ou de droit de l'autorité même quand réunis en assemblées élues. Quand sollicitée, la ratification populaire par référendum n'exprime le plus souvent qu'une adhésion à une noble cause, à une idéologie obligatoire, à un despote sublime, ou à la nécessité. C'est pourquoi presque aucun projet de constitution ou de sa révision soumis à référendum n'est repoussé. En France, le rejet en 1946 du premier projet de constitution de la IV^e République, comme celui en 1969 d'une révision constitutionnelle proposée par le président de la République (de Gaulle) font figure d'exceptions rares. C'est dire que l'affirmation des droits est plus affaire de gouvernants que de gouvernés, ce qui vicie *ab initio* le rapport Pouvoir-personne, le Pouvoir retenant plus qu'il ne donne : souvent les reconnaissances des droits en omettent plusieurs et non les moindres, mais ne manquent

jamais de poser des limites à ceux qu'elles énoncent. À raison de sa part inévitable de trompe-l'œil, pour ne pas dire de duperie, l'affirmation des droits doit donc être accueillie avec circonspection.

L'affirmation constitutionnelle des droits est la plus fréquente bien qu'elle connaisse ou ait connu des exceptions : le Royaume-Uni tire les droits en partie de lois, en partie de coutumes dérivant à la fois de textes anciens partiels (*Habeas corpus Act*, 1670 ; *Bill of rights*, 1689) et de la jurisprudence ; les lois constitutionnelles françaises de 1875 ne stipulaient rien quant aux droits qui, pendant toute la III^e République, n'ont reposé que sur des lois. Qu'elle soit brève ou détaillée, groupée ou éparpillée entre un préambule et divers articles de la constitution (Constitutions françaises de 1946 et de 1958), intégralement novatrice ou fidèle à une idéologie en incorporant une déclaration de droits très antérieure (mêmes constitutions françaises), l'affirmation constitutionnelle des droits les édifie sur une assise théoriquement ferme et cependant fragile.

Certes, les prérogatives ainsi formulées n'ont plus rien des attributs abstraits énoncés par une déclaration et

deviennent dans l'ordre politique des droits dotés de la valeur juridique suprême conférée par la règle constitutionnelle, elle-même norme supérieure, ce qui les rend « inviolables » en ce sens qu'ils s'imposent et s'opposent à tous, à autrui comme au Pouvoir. Ils y gagnent aussi d'être « intangibles » à raison de la stabilité présumée de la règle constitutionnelle conçue pour durer, ainsi que des obstacles politiques et juridiques à sa modification. Mais cet avantage de la prééminence et de la permanence de l'affirmation constitutionnelle des droits peut se retourner contre eux lorsqu'elle comporte d'importantes lacunes amenant à la compléter par des règles législatives ou jurisprudentielles palliatives, hiérarchiquement inférieures à la constitution, éventuellement moins durables, claires et certaines que celle-ci. Le cas français est à cet égard démonstratif.

La Constitution française de 1958 contient peu d'articles portant directement reconnaissance de droits. L'essentiel se trouve dans son bref préambule renvoyant à la Déclaration de 1789 ainsi qu'au préambule de la constitution de 1946, lequel, outre de renvoyer déjà au texte de 1789, fait référence à des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »

ainsi qu'à des « principes... particulièrement nécessaires à notre temps ». La règle constitutionnelle de l'affirmation des droits sous la V^e République se présentait donc, au départ, comme insuffisamment explicite et peu homogène ; insuffisamment explicite en ce qu'elle n'énonçait que les droits de 1789 et quelques autres mentionnés dans le préambule de 1946 ainsi dans certains articles de la constitution, pour en ignorer beaucoup des plus « modernes » figurant dans des constitutions étrangères contemporaines ou dans le droit international ; peu homogène car reposant sur des textes historiquement éloignés les uns des autres aux présupposés idéologiques différents, et superposant à des droits précis des « principes » tantôt « fondamentaux » tantôt « particulièrement nécessaires », tous d'une élucidation malaisée.

C'est pourquoi l'on tenta d'élaborer une nouvelle déclaration de droits destinée à prendre place dans la constitution. L'Assemblée nationale s'y appliqua de 1974 à 1977 par des travaux approfondis d'un grand intérêt intellectuel et théorique... qui restèrent lettre morte. L'échec tient pour une part à ce que, en général, un bouleversement de l'affirmation constitutionnelle des

droits ne s'accomplit et ne réussit qu'en situation de crise, voire de révolution, dont la France était à l'époque épargnée. Pour une autre part, il tient peut-être à ce que le Conseil constitutionnel avait déjà entamé à sa manière la même tâche. Depuis une décision rendue en 1971, il s'était attaché à patiemment construire une synthèse des droits constitutionnellement reconnus en puisant dans le texte de 1958 pour en tirer toutes les implications possibles. De la sorte, il a érigé en droits ayant valeur constitutionnelle ceux affirmés par des lois sous la III^e République, rajeuni pour les adapter au présent les droits de 1789 (égalité, sûreté, propriété, liberté d'expression, liberté religieuse...), interprété jusqu'à l'extrapolation les « principes... particulièrement nécessaires à notre temps ». Inévitablement, au fil de cette œuvre considérable, il a pris figure d'autorité quasi constituante pour en être souvent vilipendé, au point qu'il fut peut-être la cible inavouée de la réforme constitutionnelle de 1995 étendant le domaine de la loi référendaire au champ des droits, qui peut ainsi lui échapper puisqu'il n'est juge que de la loi parlementaire.

2. L'affirmation internationale des droits date pour l'essentiel de la seconde moitié du xx^e siècle. Semblant ignorer les propositions idéalistes de Las Casas au xvi^e

siècle, de Grotius au xvii^e, de Kant et de l'abbé de Saint-Pierre au xviii^e, la société internationale ne s'est éveillée aux droits de l'homme qu'à la fin du xix^e dans des cas limités à caractère humanitaire (conflits armés, esclavage) pour ne guère progresser ensuite sur cette voie, sauf par des conventions relatives aux minorités nées des partages territoriaux après la première guerre, et par des conventions dues à l'oït dans le domaine du travail. Le Pacte de la Société des Nations les ignora....

Comme souvent l'affirmation interne, l'affirmation internationale des droits naquit de profondes secousses sociales et politiques, des révolutions communistes soviétique et chinoise, de la revendication décolonisatrice, mais surtout des atrocités et démenes de la seconde guerre mondiale. Signé en juin 1945, le traité qu'est la Charte des Nations Unies porte que les « peuples des Nations Unies » sont « résolus à proclamer à nouveau (leur) foi dans les droits fondamentaux de l'homme » (préambule) et ont pour but, entre autres, celui de « réaliser la coopération internationale... en encourageant le respect des droits de l'homme... » (art. 1^{er}). Proclamation abstraite mais qui, à raison de sa généralité même et de sa formulation dans le

droit international à vocation universelle, pouvait stimuler un progrès décisif pour l'avenir des droits en amenant les États, en fait le Pouvoir qui les gouverne et représente, à une conduite qui leur soit bénéfique et, par là, favorable à la personne. À cette fin, l'affirmation internationale des droits a utilisé deux procédés : les déclarations et les conventions.

A) Les déclarations furent d'abord celles adoptées par l'Onu sous la forme de « résolutions » votées par son Assemblée générale. Parce que la plus ancienne (10 décembre 1948) et la plus globale, la Déclaration universelle des droits de l'homme devint une référence par sa notoriété à laquelle ne parvinrent pas celles qui suivirent (déclarations sur les droits de l'enfant, sur l'élimination de la discrimination à l'encontre de la femme, sur l'élimination de la discrimination raciale...). La Déclaration de Vienne de 1993, adoptée par une conférence diplomatique, l'a confirmée en l'amplifiant. Les assemblées d'autres organisations des Nations Unies ont emprunté la même voie (l'Unesco en 1997 pour la Déclaration universelle sur le génome humain), ainsi que les conférences diplomatiques (quant à l'imprécis droit à l'environnement, par exemple) ou régionales (celle de l'Osce aboutissant à la Charte de

Paris en 1990). Le Parlement européen, organe délibérant de l'Union européenne mais, à la différence des précédents, composé d'élus et non de représentants des gouvernements, a voté maints textes concernant les droits tant dans l'Union qu'ailleurs. La plus récente des déclarations est la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée par les États de l'Union en décembre 2000. Élaborée hors d'une situation de crise ou de mutation, elle exprime un minimum commun aux États de l'Union déjà très avancés dans l'affirmation des droits, tout en faisant connaître aux futurs membres de l'Union les exigences de celle-ci quant aux droits, avant que de peut-être s'intégrer un jour à une constitution de l'Union. Enfin, il y a lieu de mentionner, bien que et parce que n'émanant pas d'États, la « Charte européenne (en fait dans le cadre de l'Union européenne) des droits de l'homme dans la ville », adoptée en mai 2000 par plusieurs grandes cités de l'Union, et qui tend à parfaire, dans le cadre de l'autonomie locale et des compétences du Pouvoir local, les droits de la personne dans ses rapports avec ce dernier.

Quelles que soient leur origine et leur appellation, ces textes sont intrinsèquement dépourvus de caractère juridique, donc de force obligatoire sur les États même les

ayant « adoptés » ou « approuvés ». Pour les organisations dont ils sont issus comme pour chacun de leurs membres isolément, ils expriment une position de principe théorique ou idéologique, traduisent une éthique internationale de l'avenir plus qu'un constat. C'est pourquoi nul ne peut les invoquer à son profit, ainsi que l'ont nettement affirmé les juridictions françaises à propos de la Déclaration universelle. Toutefois, ils peuvent indirectement acquérir une portée juridique de deux manières : soit qu'une constitution les incorpore (cas de la Déclaration universelle dans certaines constitutions d'Afrique noire) ou qu'elle en fasse des textes de référence pour l'interprétation du droit interne (cas de la même Déclaration dans les constitutions algérienne et espagnole) ; soit que, de leur propre chef, les juridictions les utilisent pour fonder leurs décisions (ainsi aux États-Unis avec la Déclaration universelle, et déjà dans l'Union européenne avec la Charte de l'Union).

B) Par suite, les conventions internationales en vigueur présentent un intérêt tout autre pour l'affirmation des droits puisque, en tant qu'instrument juridiques obligatoires, elles contraignent en principe les États parties, même si en pratique de façon variable. Au 1^{er}

janvier 2001 (date de référence des données chiffrées qui suivent), on comptait environ 110 conventions en vigueur, nombre révélateur de l'effort entrepris pour patiemment faire mondialement progresser les droits de l'homme, encore qu'une observation attentive contraigne à modérer l'enthousiasme.

a) Ces conventions émanent en majorité des Nations Unies (onu, oit, Unesco) dont elles ne lient pas automatiquement les quelque 190 membres malgré leur vocation à l'universalité, encore qu'au moins la moitié soit ratifiée par plus de 100 États. Réunis, les deux Pactes constituent l'affirmation internationale impérative la plus globale. Entrés en vigueur en 1976, dix ans après leur adoption, ils concernent vingt-cinq ans plus tard respectivement 143 États (Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels) et 148 États (Pacte sur les droits civils et politiques), certaines importantes ratifications de celui-ci s'étant faites attendre (France, 1984 ; États-Unis, 1992 ; la Chine a signé mais pas encore ratifié). Des conventions plus spéciales ont recueilli plus rapidement davantage de ratifications, comme les quatre conventions de 1949 sur la situation des personnes et des biens en cas de conflit armé (189), complétées par deux protocoles additionnels (157 et

150), celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'encontre de la femme (166), la palme revenant à celle sur les droits de l'enfant (191).

b) Les 44 États du Conseil de l'Europe, organisation créée en 1949 pour œuvrer exclusivement dans le domaine des droits de l'homme, s'estiment automatiquement liés par la Convention européenne des droits de l'homme issue du Conseil en 1950, ainsi que par ses protocoles additionnels concernant l'organisation et le fonctionnement de son application, mais non par ceux de fond complétant les droits mentionnés dans la convention originale, qui lient donc les États de façon variable. Convention et protocoles forment un important édifice juridique bien que les droits affirmés soient plus relatifs à la personne même qu'à ses conditions d'existence, tandis que la Charte sociale européenne ne connaît qu'un succès relatif (24 ratifications). Du Conseil de l'Europe sont issues d'autres conventions : Charte européenne sur les langues régionales ou minoritaires, 1992 ; Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 1995 ; Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, 1997, et son protocole additionnel, 2001.

c) La situation est contrastée dans les autres régions du monde. De l'Organisation des États américains naquit en 1969 une Convention américaine des droits liant 24 États (pas les États-Unis) assez similaire à la Convention européenne. En 1981, l'Organisation de l'Unité africaine (aujourd'hui Union africaine) adopta une Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (53 ratifications), originale par son idéologie mêlant le personnalisme et le holisme. En 1994, les États de la Ligue arabe adoptèrent, sans qu'un seul la ratifie ensuite, une Charte arabe des droits de l'homme significative d'un certain état d'esprit en plaçant les droits sous l'égide de « la nation arabe » que Dieu a « privilégiée », tout en en taisant plusieurs allant de soi sous d'autres cieux. Malgré diverses tentatives, les États d'Asie et du Pacifique ne parvinrent à aucun texte international d'affirmation des droits. Cette lacune est partiellement comblée par la Convention de Cotonou (2000) succédant à celle de Lomé IV (1989), associant l'Union européenne et 71 États d'autres continents, qui contient de longues dispositions sur les droits dont l'insuffisant respect peut être sanctionné par des pressions économiques et financières exercées par l'Union sur ses associés, tous les moyens, même ceux s'apparentant au chantage, étant légitimes pour la promotion des droits, la

fin justifiant les moyens.

d) Cette description de l'essentiel serait trompeuse si l'on taisait les difficultés et les limites que connaissent les conventions sur les droits quant à leur applicabilité.

En premier lieu, elles peuvent faire l'objet de réserves ou de déclarations interprétatives qui affectent leur sens ou leurs mécanismes d'application quand elles en comportent. Également et si la convention le prévoit, l'État partie peut invoquer une crise pour faire jouer une « clause de sauvegarde » autorisant la suspension totale ou partielle de la convention. Toutefois, certaines conventions sur les droits (Pacte relatif aux droits civils et politiques, Convention européenne et ses protocoles additionnels) excluent ces possibilités quand sont en cause des droits primordiaux ; ou bien, dans le silence de la convention à cet égard, elles sont interprétées restrictivement, voire écartées, par les organes appliquant la convention.

En second lieu, la portée de la convention peut être amoindrie par des désaccords portant sur la signification de ses termes. Qu'est-ce qu'un « procès » et quand cesse-t-il d'être « équitable » ou enfermé dans un « délai raisonnable » ? Qu'est-ce qu'un « enfant » ? L'impossibilité de le

définir a considérablement retardé la convention de l'ONU le concernant, jusqu'à ce qu'on le fusionne avec l'adolescent pour les assimiler tous deux au mineur légal. Qu'est-ce que la « torture », surtout quand mise en balance avec le « traitement cruel, inhumain ou dégradant » ? Toute « croyance » est-elle « religion » ? Et l'on peut s'interroger sans fin, on le sait, sur la « dignité ».

En troisième lieu, les effets de la convention en droit interne sont très variables. Nombre d'États ne lui en reconnaissent aucun, la convention n'étant alors applicable que dans leurs relations avec leurs pairs et non en leur sein. À l'inverse, de rares autres les admettent pleinement parce que leurs règles constitutionnelles imposent l'application du droit international auquel ils adhèrent. Beaucoup ne les admettent qu'avec retenue, tantôt en faisant valoir que la convention n'est utilisable que par eux-mêmes et non par ses bénéficiaires (ainsi en ont jugé les juridictions françaises à propos de la convention sur les droits de l'enfant), tantôt en minimisant la portée des dispositions constitutionnelles imposant l'incorporation du droit international au droit interne. Ce fut longtemps le cas de la France dont la constitution stipule (art. 55) que « les traités ou accords... ont une autorité supérieure à celle de la

loi ». Si l'on admit aisément que cette disposition jouât pour les lois antérieures à l'acte international, il fallut de longues controverses pour que les juridictions en viennent à admettre vers les années 1970 la supériorité de ce dernier sur les lois lui étant postérieures, en d'autres termes l'obligation pour le législateur de se conformer aux conventions liant la France, obligation s'imposant *a fortiori* aux autorités exécutives et juridictionnelles. Malheureusement, cette soumission de principe aux conventions est très atténuée par le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conformité d'une loi à une convention, refus justifié au motif qu'il n'est autorisé par la constitution elle-même à contrôler les lois qu'au regard de celle-ci, et ne peut donc se livrer à un contrôle de « conventionnalité » que si la convention en cause est expressément mentionnée dans la constitution. Cette position aussi persistante que critiquée aboutit à ce que, en pratique, la supériorité de la convention sur la loi ne joue que lors d'un contentieux.

e) Il apparaît que l'affirmation internationale conventionnelle des droits, entamée il y a près de six décennies, forme à présent un ensemble à la fois incitatoire et obligatoire sans cependant constituer une législation

internationale des droits ni signifier une action directe de tous les États du globe en leur faveur. Mais, sachant la société internationale intrinsèquement peu contraignante et ne pouvant le devenir tant qu'elle englobera des situations très différenciées, c'est déjà beaucoup bien que certaines insuffisances soient criantes. Par exemple, si 123 États ont ratifié la convention de l'ONU contre la torture manifestant ainsi un souci largement partagé du droit à l'intégrité, on en compte environ 110 dans lesquels elle reste monnaie courante. De même, on constate que 43 États seulement ont ratifié le second protocole additionnel au Pacte sur les droits civils et politiques, relatif à l'abolition de la peine de mort, dont les deux tiers sont parties au 6^e protocole additionnel à la Convention européenne des droits également relatif à l'abolition de la peine de mort, ce qui revient à dire que le droit de n'être pas tué en application du Droit est fort loin d'atteindre à l'universalité... Mais la plus grande zone d'ombre se situe du côté des conflits armés et de leurs conséquences humanitaires. Les quatre conventions de 1949 et leurs deux protocoles additionnels ont toujours été d'une application malaisée dans les conflits interétatiques et pratiquement impossible dans les autres, lesquels deviennent pourtant les plus nombreux et les plus dommageables. On a tenté de faire face à ces

défaillances par un droit *ad hoc* (décisions du Conseil de Sécurité de l'ONU, notamment) ou en invoquant en dehors du Droit, voire contre lui un « droit » sinon même un « devoir d'ingérence », le tout avec un succès relatif et discuté dans les Balkans, en Afrique noire ou ailleurs. Enfin, il est douteux, ainsi qu'on le verra, qu'une juridiction pénale internationale chargée de sanctionner les violations du droit humanitaire (crimes de guerre et crimes contre l'humanité, génocide) parvienne à réduire une pareille impuissance de la société internationale, difficilement surmontable quand les explosions de violence font exploser les règles.

Ce bel ensemble demeure donc partiel et imparfait parce qu'il relève des choix arbitraires des États, c'est-à-dire du Pouvoir. C'est lui qui décide de tout, de l'opportunité et du contenu de l'affirmation des droits, de s'y rallier ou non, des restrictions à y apporter dans les textes ou par des réserves ultérieures, de sa portée en droit interne. Et c'est lui qui décidera des suites à lui donner pour franchir la distance entre la reconnaissance et l'exercice, aussi longue que celle de la coupe aux lèvres, étape sans laquelle les prérogatives juridiquement reconnues pour devenir droits resteraient à l'état de virtualité.

II. La virtualité des droits

La dévolution des droits fait de la personne leur bénéficiaire virtuel, qui ne peut parvenir à leur exercice effectif qu'une fois réunies diverses conditions complémentaires de la reconnaissance. Elles sont autant de conditions suspensives de la réalité des droits, autant d'aléas dont l'homme dépend, autant de preuves de la fragilité des droits en fait plus malléables qu'inaliénables, plus flexibles qu'intangibles. Elles relèvent de l'initiative, voire du caprice du Pouvoir faisant montre tantôt de carence, tantôt d'omnipotence.

1. La carence du Pouvoir se manifeste par une carence juridique lorsqu'il n'instaure pas les règles législatives et infra-législatives indispensables à la mise en œuvre d'un droit reconnu par son droit constitutionnel ou par le droit international qu'il a fait sien. Maintes constitutions disposent que tel ou tel droit est reconnu « dans le cadre des lois qui le réglementent » ou utilisent une formule similaire. Faute de loi subséquente, le droit est en quelque sorte mort-né. Ce fut le cas en France quant au droit de grève des agents publics, paralysé par un silence prolongé

du législateur que les juridictions pallièrent partiellement. Cette carence est plus nette encore lorsqu'il s'agit de donner effet à des conventions internationales. Par exemple, plus de la moitié des 191 États parties à la convention sur les droits de l'enfant s'avèrent défaillants quant à sa mise en œuvre juridique, notamment en ce qui concerne les restrictions qu'elle impose au travail de l'enfant pratiqué à grande échelle presque partout, même si quelques États ont récemment adopté des lois sévères allant dans le sens de la convention. L'absence de compléments juridiques aux conventions sur les non-discriminations dans maints États y étant parties offre un autre exemple.

Pareille inertie peut résulter de motifs politiques ou idéologiques inavoués, dissimulés sous le prétexte de difficultés, sinon même d'impossibilités matérielles de mise en œuvre de droits reconnus, la carence matérielle du Pouvoir servant alors d'alibi à sa carence juridique. Mais elle peut aussi jouer en l'absence de celle-ci pour mettre en échec les règles législatives et autres les plus complètes et les mieux établies auxquelles la pauvreté ou l'insuffisante richesse empêchent tout effet. Le droit à la justice (à un procès, à une procédure contradictoire, à un double degré

de juridiction, à des voies de recours...) le mieux reconnu et organisé en Droit reste virtuel dans un pays où les juridictions sont clairsemées et les magistrats rares, comme il en va du droit à l'instruction quand il y a pénurie d'enseignants et de lieux d'enseignement, à plus forte raison quand celui-ci est payant pour une population dans l'ensemble démunie. De même, les meilleures règles protectrices de l'intégrité de la personne ne l'épargnent pas d'une situation pouvant aller jusqu'à l'effroyable lorsqu'elle est emprisonnée, situation parfois connue et dénoncée par des organismes enquêteurs internes ou internationaux (cas en Europe) ou par une juridiction internationale (la Russie fut condamnée en juillet 2002 par la Cour européenne des droits à raison des « traitements inhumains » pratiqués dans ses sinistres établissements pénitentiaires), mais le plus souvent indétectable dans des États se disant de toute façon trop pauvres pour mieux faire.

2. Plutôt que de laisser la reconnaissance des droits sans suite, le Pouvoir peut parvenir au même résultat en la privant d'effet par des mesures juridiques renforçant son omnipotence au détriment des droits à raison de la survenance d'une situation dite de crise. Le réalisme

comme la théorie portent à admettre alors une mise entre parenthèses des droits. À circonstances exceptionnelles, régimes d'exception car il y a plus urgent à faire que de se soucier des besoins particuliers, et plus d'avenir dans la discipline de tous que dans les fantaisies de chacun devenues incompatibles avec l'angoisse générale née de périls proclamés imminents ou de menaces présumées graves.

Maintes constitutions autorisent le Pouvoir (généralement l'autorité exécutive) à décider alors leur suspension y compris, sauf rares exceptions, celle des droits qu'elles énoncent. Ou bien, la constitution reste appliquée mais permet à l'autorité exécutive de prendre des mesures ne relevant normalement pas de sa compétence et qui sont toujours suspensives de droits (ainsi de l'art. 16 de l'actuelle constitution française), à moins que, en l'absence de constitution écrite (Royaume-Uni) ou à raison du silence de celle-ci sur ce point, la loi accorde la même possibilité. Par ailleurs, on sait que certaines conventions internationales relatives aux droits autorisent l'État partie s'estimant en danger à en suspendre temporairement et en tout ou partie l'application.

La pratique abuse aisément de la théorie. Quoi de plus facile au Prince habile en art dramatique que d'anticiper le péril, l'amplifier, le multiplier, le prolonger, le perpétuer même ? Et qui oserait limiter le Prince, et pire encore le contrôler dans l'exercice de ses pouvoirs dits exceptionnels et cependant durables auxquels le corps social doit de survivre ? On l'a vu, exemple parmi bien d'autres, en France en 1961 lors de l'unique utilisation jusqu'à présent de l'art. 16. Il fut appliqué par le président de la République beaucoup plus longtemps que ce qu'exigeaient les circonstances ayant motivé sa mise en vigueur, et certaines décisions présidentielles eurent effet très au-delà de la cessation de son application, tandis que les contrôles possibles de son utilisation, politiques ou juridictionnels, *a priori* ou *a posteriori*, se révélèrent impossibles ou inopérants, bien que presque toutes les décisions fussent suspensives de droits à l'encontre soit d'agents publics, soit de l'ensemble des ressortissants de la République. La logique de la situation réelle ou supposée de crise conduit donc à un Droit de crise nécessairement Droit anti-droits, allant jusqu'à stériliser l'affirmation de ces derniers.

De plus, les régimes d'exception, suspensifs ou restrictifs

de l'affirmation des droits ont la vie dure puisqu'ils la conservent longtemps après la conjoncture les ayant fait naître, ainsi qu'on le constate en France. Des décrets de 1939 sur les journaux, écrits, tracts et propagandes de provenance étrangère sont encore en vigueur et parfois utilisés, sanctions pénales à l'appui. La loi de 1955 sur l'état d'urgence, longuement appliquée, n'a pas été abrogée. Le « plan Vigipirate », plusieurs fois mis en œuvre par le Premier ministre depuis 1991, constitue un régime d'exception permanent au vaste champ d'application puisque utilisable quand est à « *présumer* la concrétisation d'une menace ou l'imminence d'une action terroriste », c'est-à-dire un péril aussi constant que l'implantation du terrorisme en Europe. Or, s'il trouve une lointaine base légale non dans une loi parlementaire, mais dans l'ordonnance ayant force de loi de 1959 portant organisation générale de la défense, son application relève des ministres de la Défense et de l'Intérieur pour imposer des vérifications d'identité et des fouilles de véhicules que la pratique développa au point qu'elles purent paraître fort éloignées d'un risque même présumé d'action terroriste.

Le Pouvoir en vient ainsi à pérenniser ce qu'il avait assuré n'être que temporaire, comme si le Droit connaissait une

formation géologique en couches successives dont on ne pourrait jamais retirer aucune, quitte à ne pas restituer aux droits proclamés ce qui leur appartient en substance. Ce faisant, il trahit en l'escamotant la promesse exprimée par l'affirmation des droits. Il y a donc en celle-ci une grande part d'illusion qui perdurera tant que l'homme n'en aura pas pris conscience puisque ce n'est qu'en sachant qu'il y a illusion et en sachant laquelle que l'on échappe à la puissance de subjuguer du prestidigitateur. Ce faisant, l'homme n'épuisera pas sa tâche puisque l'emprise du Pouvoir sur les droits s'étend aussi à leur surveillance par l'aménagement de leur exercice.

Chapitre V

La surveillance des droits

On sait l'homme partagé entre les besoins de liberté et de sécurité. Ce dernier tend à l'emporter toujours davantage parce qu'il détermine la volonté de vivre ensemble pour se mieux protéger, et celle d'un Pouvoir grâce auquel y parvenir. Celui-ci trouve dans cette mission l'argument le moins discutable pour placer les droits sous un régime de surveillance restrictif de leur usage, allant jusqu'à ériger la sécurité de l'homme en garantie de leur exercice. Par ce subtil amalgame, il présente les restrictions aux droits comme les conditions de leur effectivité, quitte à en faire des reliquats que le besoin de liberté a cessé de justifier et d'innover, tandis que la protection de tous est devenue le motif de leur surveillance mise en œuvre par la réglementation de chacun.

I. La protection de tous

Il n'est aucun « système social » (Holbach), aucun ordre politico-juridique autorisant qu'on puisse lui porter atteinte. Un « droit à la résistance à l'oppression » (et plus encore un « droit à la révolution ») ne peut relever que d'une morale, d'une philosophie ou d'une théologie mais non d'une permission accordée par une règle, au demeurant introuvable où et quand que ce soit. La Déclaration de 1789 et celle mise en préambule de la Constitution française de 1793 jamais entrée en vigueur ne font pas exception : n'y est permise que la résistance aux actions du Pouvoir attentatoires aux droits proclamés par ces textes ; la résistance à l'oppression y est donc une garantie du maintien de l'ordre établi et non une ouverture sur son éventuel renversement.

Par contre, l'on n'omet jamais de soumettre l'homme aux impératifs des sécurités individuelle et collective. À cet égard, la Déclaration de 1789 a ouvert la voie. En spécifiant que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (art. 4), elle fait de l'homme l'adversaire de l'homme pour mieux asseoir la surveillance des droits par

un Pouvoir sollicité comme arbitre. En énonçant que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (art. 5), elle fait de la sécurité collective le fondement de la limitation des droits. Par suite, que l' « action nuisible » atteigne un seul, plusieurs, la collectivité ou le Pouvoir lui-même, il reste que l'abdication de l'homme devant autrui et l'exigence de conformité de ses droits à la préservation d'autrui permettent une surveillance d'autant plus considérable que le caractère « nuisible » de l'action prohibée demeure indéterminé, et qu'il peut consister non seulement en une atteinte matérielle à autrui, mais aussi en un trouble apporté à sa conscience. La préservation des sécurités collective et individuelle repose donc autant sur celle de l'ordre social que sur celle de l'ordre moral, et ceci en permanence, normalement, en dehors de toute crise justifiant un régime d'exception.

1. Selon les régimes politiques, la préservation de l'ordre social comme motif d'un conformisme des droits et de leur surveillance s'exprime différemment.

Les sociétés d'inspiration révolutionnaire tendent à reprendre la proposition qui terrorisait la France de la

Convention selon laquelle est ennemi de la liberté celui qui non seulement s'élève contre mais ne fait rien pour. Est ennemi de la révolution, outre celui qui la combat, celui qui ne s'y donne pas. L'exigence de conformité des droits apparaît alors comme « positive », en ce sens qu'ils doivent s'orienter vers l'accomplissement de la révolution et traduire l'engagement personnel que celle-ci exige. La constitution soviétique de 1936 l'exprimait fort bien en énonçant que non seulement « les individus attendant à la propriété sociale, socialiste, sont les ennemis du peuple », mais que « tout citoyen de l'urss est tenu de sauvegarder et d'affermir » cette propriété (art. 131).

Beaucoup plus fréquente est l'affirmation négative de la préservation de l'ordre social sous forme d'interdictions expresses d'actions « nuisibles », rarement énoncées dans une règle constitutionnelle, mais innombrables dans leur formulation législative, tantôt et le plus souvent par la détermination d'infractions pénales amenant à une répression par un juge après accomplissement du nuisible, tantôt au moyen de prohibitions imposées par l'autorité exécutive avant la commission de l'acte. Le nouveau code pénal français, par exemple, y procède dans son long livre IV relatif aux « crimes et délits contre la nation, l'État et la

paix publique ». D'autres lois applicables à des cas spéciaux s'inspirent des mêmes raisons pour le même résultat : « délits contre la chose publique » commis par voie de presse, provocations à un attroupement, à la désobéissance, incitation à l'émeute... La dissolution administrative des groupements « qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du gouvernement » (loi de 1936) relève d'une même inspiration, comme la possibilité de prendre à l'encontre de l'étranger des mesures administratives d'interdiction d'entrée, de reconduite à la frontière ou d'expulsion quand sa présence sur le territoire constitue une « menace » pour l'ordre public.

L'essentiel tient moins aux modalités de l'empêchement qu'à leur signification, à la primauté qu'elles confèrent en les sanctionnant aux exigences d'un ordre social indéfinissable. Or, qui peut le préciser sinon le législateur, le gouvernement, le juge, c'est-à-dire le Pouvoir, pour en donner une définition inévitablement arbitraire ? Qu'il soit celui de la « révolution socialiste », des « valeurs démocratiques », des « principes républicains », ou de toute autre dogmatique, il n'est jamais que l'extrapolation

généralisée d'une interprétation particulière. Les nécessités réelles ou supposées de la préservation de la société, des fondements et finalités constituant son ordre, de la sécurité qu'elle attend pour elle-même et pour chacun des siens, soumettent donc les droits à une surveillance attentive en sorte qu'ils deviennent inoffensifs, exercée par le Pouvoir en tant que seul interprète qualifié des besoins de la société. Justifiée dans son principe mais dénaturée dans sa pratique, l'invocation de l'ordre social conduit, dans tous les régimes politiques, à l'évanescence des droits. Le souci de l'ordre moral ne peut qu'aggraver cette situation.

2. Une société ne se réduit pas à un ensemble matériel de biens, d'individus, d'institutions et de forces. Elle a sa conscience, ses habitudes, ses attirances et ses répugnances, ses mœurs, disait-on jadis, sa moralité qui, parce que collective, est qualifiée de « publique ». Nul ne saurait définir celle-ci, en tracer les contours. Fluctuant avec l'instabilité du corps social, variable selon les lieux malgré les contaminations réciproques facilitées par les possibilités de communication, elle n'est que relativisme et constitue de ce fait un danger pour les droits de l'homme d'autant plus redoutable que guère apparent.

Rarement invoque-t-on ouvertement la protection de la moralité publique comme motif de surveillance des droits ; non par oubli, mais par opportunité et par commodité, afin de se réserver la grande liberté de manœuvre à l'encontre de l'exercice des droits que cette notion permet par son indétermination. À cet égard, la Constitution portugaise de 1933 fit longtemps figure d'exception en spécifiant que les citoyens devaient faire usage de leurs droits « sans léser... les principes de la morale ».

En France, « la protection de la morale » comme motif juridique de limitation de l'exercice des droits est devenue une règle supra-législative depuis l'entrée en vigueur en 1974 de la Convention européenne des droits qui la mentionne expressément en ces termes. Déjà auparavant, et depuis, le législateur a multiplié les infractions pénales liées à l'immoralité, dans l'ancien et le nouveau code pénal, dans la loi de 1881 dite sur la liberté de la presse souvent modifiée dans le sens de la sévérité. Ou bien il a permis à l'autorité administrative de décider des interdictions préventives, notamment en matière d'expression cinématographique et en ce qui concerne les publications destinées à la jeunesse et celles dites étrangères. Si l'on peut à la rigueur identifier certaines de ses qualifications («

attentat à la pudeur »), il devient très malaisé d'y parvenir pour d'autres : l' « injure », la « licence », l' « outrage aux bonnes mœurs », le « message à caractère violent ou pornographique ». C'est pourtant sur la base de ces notions approximatives que sont imposées des limites pouvant devenir draconiennes à l'exercice des droits, particulièrement dans le domaine de l'expression.

Toutefois, pendant longtemps le droit français a posé un obstacle aux impératifs de la moralité publique, le législateur et les juges restreignant l'ordre public matériel au maintien de « la sécurité, la tranquillité et la salubrité », sans qu'il puisse s'étendre à la moralité sauf loi contraire, ce qui revenait à dire que les actes juridiques et matériels préventifs de police administrative étaient illégaux quand motivés par la protection de celle-là, une exception ayant été introduite en jurisprudence concernant l'interdiction municipale de certaines représentations cinématographiques. Mais il n'en va plus ainsi depuis que le Conseil d'État a jugé en 1995, dans l'affaire que l'on sait, que la protection de la dignité de la personne humaine fait partie intégrante de l'ordre public et justifie à ce titre des restrictions aux droits par l'autorité de police administrative. Or l'atteinte à la dignité peut résulter d'une

attitude, d'un comportement ou d'un discours constitutif d'immoralité même, sinon surtout, quand la victime de l'atteinte en est l'auteur comme dans l'affaire jugée en 1995. Ainsi, par le biais de la protection de la dignité devenue élément de l'ordre public, le Droit absorbe la Morale et le motif des limitations aux droits tiré de la moralité publique est assuré d'un bel avenir.

La protection de la moralité place donc les droits dans une situation précaire en les faisant osciller de la tolérance de fait à l'interdiction générale. Lorsque les régimes autocratiques poussent leur logique à son extrême et font du Pouvoir l'architecte du Beau, le décideur du Bon, le grammairien du Vrai, ils aboutissent à vider les droits reconnus de toute substance en empêchant tout de leur exercice au nom de la morale collective. En apparence moins catégoriques et moins excessifs, les régimes libéraux peuvent s'avérer aussi dangereux. Le relativisme de la moralité y contraint à une casuistique dans l'interprétation et l'application de la règle qui confère aux autorités en ayant la charge un pouvoir d'appréciation considérable faisant d'elles les maîtres de l'étendue réelle des droits. En effet, quand elles ne sonnent pas le glas des droits, l'incertitude de l'ordre moral et l'indétermination de la

permission accordée conduisent à délaisser sans les abroger, à n'appliquer qu'épisodiquement et prudemment, les règles prohibitives pour ainsi transformer les droits en tolérances variables et provisoires. Or, l'application bienveillante par opportunité d'un régime juridique en lui-même restrictif est pernicieuse car elle plonge l'homme dans l'incertitude quant aux dimensions de ses droits et le soumet à la menace constante de soudaines restrictions seulement dues à la fantaisie des gouvernants, de l'administration, de la justice, du Pouvoir en un mot, lequel trouve dans cette élasticité des droits corrélative de l'inconsistance (et de l'inconstance...) de la moralité la possibilité de mieux les adapter au cas de chacun.

II. La réglementation de chacun

« Des lois, encore des lois ! », entend-on réclamer pour une effectivité accrue des droits reconnus. Mais quelles lois ? En tant qu'instruments normatifs restrictifs, ainsi que pour des raisons politiques, les lois ne sont pas toutes bonnes pour les droits, et peut-être moins encore lorsqu'elles ne

règlementent pas pour l'homme mais pour des catégories de personnes.

1. Parce que « la loi est l'expression de la volonté générale » ainsi que l'énonce la Déclaration de 1789 en répétant Rousseau, on déduit de cet axiome tiré de la théorie du contrat social qu'elle ne saurait opprimer, les conditions qu'elle pose aux droits (particulièrement au droit à la liberté) étant minimales, et les « bornes » qu'elle fixe à leur exercice lointaines. Mais la pratique dément la logique de l'assertion, le mythe se faisant mystification, même dans les sociétés les plus démocratiques.

D'abord, la loi n'est pas toujours la loi, l'acte adopté par un organe élu au suffrage universel, mais un texte ayant force de loi bien qu'émanant de l'autorité exécutive. Il en va fréquemment ainsi dans les régimes autocratiques, et parfois dans les régimes démocratiques. En France, c'est le cas des décisions prises en application de l'article 16 de la constitution, des ordonnances prises en vertu de l'article 92 lors de l'installation de la V^e République dont certaines sont encore en vigueur, ainsi que des ordonnances en vertu de l'article 38. Ensuite, le pouvoir législatif émanant du suffrage peut être subordonné à un autre pouvoir, celui du

chef de l'État, celui d'un parti unique, pour se réduire à un organe de mise en forme légale d'une volonté s'imposant à lui constitutionnellement ou (et) en fait, ainsi qu'il en va dans nombre de régimes autocratiques. Une situation identique se retrouve, mais fortuitement, dans des régimes d'équilibre théorique des autorités législative et exécutive quand la conjoncture politique fait de la première le soutien durable de la seconde ainsi qu'il en fut sous la V^e République depuis son commencement jusqu'en 1978 et davantage après les élections législatives de juin 1981 et de juin 2002. En outre et de toute façon, même pluraliste et autonome, le législateur démocratique statue à la majorité pour sa majorité et sous l'influence contraignante qu'elle exerce. Selon sa conception de la sécurité, de la tranquillité, de la moralité ou de tout autre paramètre de sa décision, elle se fait prudente ou audacieuse pour minimiser ou amplifier le contenu des droits et l'aisance de leur exercice.

On peut tenter de limiter les errements du législateur par des procédés jouant avant ou après l'adoption de la loi, tels que ceux peu pratiqués de démocratie directe (initiative et veto populaires, référendum), ou bien par la qualité de la procédure législative particulièrement en cas de bicaméralisme. Le meilleur est le contrôle de

constitutionnalité de la loi. Soit on fait valoir devant un juge à l'occasion d'un procès (exception d'inconstitutionnalité) l'inapplicabilité d'une loi estimée contraire à la constitution, notamment en ce qu'elle nie ou restreint trop un droit reconnu dans celle-ci. Ce procédé a l'inconvénient de n'avoir d'effet que dans l'instance en cause, mais peut cependant aboutir en pratique à une règle généralement applicable lorsque l'appréciation émane d'une juridiction suprême (cas aux États-Unis). Soit on déclenche un contrôle direct (dit par voie d'action) par un organe seul compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois, après leur adoption et avant leur promulgation.

Ce dernier procédé est le plus répandu et dans son principe le plus efficace. Encore faut-il que l'organe l'utilisant bénéficie d'une suffisante autonomie par rapport aux autorités exécutive et législative, tant par son mode de désignation et ses conditions de fonctionnement que par les modalités de sa saisine. Lorsqu'il est entièrement nommé par le chef de l'État seul compétent pour le saisir, ainsi qu'il en va dans plusieurs États d'Afrique, il a tout de la façade décorative en trompe l'œil. Organe politique puisque composé de neuf membres nommés par tiers par

de hautes autorités émanant plus ou moins directement du suffrage (président de la République, présidents des deux assemblées législatives), le Conseil constitutionnel français jouit d'une certaine indépendance ; d'abord par le fait que ses membres n'encourent aucune responsabilité dans l'exercice de leurs fonctions d'une durée de neuf ans, ce qui, comme on l'a vu plus haut, tend à faire d'eux un « gouvernement des juges » avec les inconvénients qui s'y attachent ; ensuite parce que sa saisine n'est pas seulement aux mains des trois autorités le nommant, mais aussi, depuis 1974, d'au moins 60 députés ou 60 sénateurs.

S'il a remarquablement contribué à l'affirmation constitutionnelle des droits., on peut en revanche trouver à redire quant à sa permissivité ou sa sévérité au regard du législateur restrictif des droits. On sait déjà qu'il refuse de contrôler la conformité de la loi à une convention internationale en vigueur en France. Mais son affabilité à l'égard du législateur va plus loin. En effet, dès lors que les conditions ou limitations imposées par la loi à l'exercice d'un droit ne sont point telles qu'elles priveraient celui-ci de toute effectivité et aboutiraient en fait à anéantir sa reconnaissance et à le nier dans son principe même, elles sont admises sous réserve de ne pas revêtir un caractère

discriminatoire et de ne point excéder le nécessaire. Cette application par le Conseil du principe dit de proportionnalité comme correctif du principe de légalité favorise moins les droits qu'il y semble de prime abord, car si elle empêche des restrictions si générales et absolues qu'elles détruiraient le droit lui-même, elle permet des limitations multiples et strictes dès lors que le Conseil se fait une conception extensive du « nécessaire ». Pareille attitude fut la sienne, entre autres cas, au sujet des fouilles de véhicules, des contrôles d'identité, de la vidéosurveillance, de la compétence du ministre de l'Intérieur en matière de police des étrangers. Plus généralement, dans le domaine de l'exercice des droits, le Conseil ne peut pas fortement s'opposer à la sévérité du législateur sauf si celui-ci en venait à supprimer un droit constitutionnellement reconnu, d'abord parce qu'à son opposé il ne représente pas la souveraineté nationale et n'exprime pas une présumée volonté générale, ensuite et peut-être surtout parce que les impératifs de l'ordre public s'imposent à lui pour en faire un allié objectif même si sourcilieux du législateur.

Ainsi et de façon générale, la réglementation des droits par celui-ci au motif de leur surveillance conduit

progressivement à leur « mépris » dénoncé par les révolutionnaires de 1789, pour accroître sans cesse la distance entre leur reconnaissance et leur effectivité, et cela même dans les régimes politiques se prétendant les plus soucieux de la personne. On peut aller plus loin encore dans cette voie, en parcellisant la réglementation.

2. Affirmer les droits de l'homme devrait signifier leur conférer une même effectivité pour tous. Il en va autrement car la collectivisation des sociétés par leur division en catégories, dont on a déjà observé l'incidence sur la reconnaissance des droits, influence la réglementation de ces derniers qui se fait catégorielle pour les motifs les plus divers : la soumission de la personne au Pouvoir, son extranéité, sa marginalité, sa nocivité...

C'est ainsi que, même dans les États réputés libéraux, les agents du Pouvoir font l'objet de restrictions spécifiques quant à l'exercice de certains droits : droit de se syndiquer, droit de grève, et surtout droit à l'expression. En France, une loi de 1983 garantit aux fonctionnaires civils et militaires de l'État « la liberté d'opinion », mais sans autoriser expressément la liberté d'expression pourtant constitutionnellement établie. Au contraire, d'autres lois

l'interdisent aux agents les plus proches du Pouvoir (entre autres, magistrats, militaires, membres de l'administrations préfectorale). De plus, une jurisprudence aussi abondante que minutieuse et d'application fort casuistique fait de l'« obligation de réserve » de tout agent public une règle générale au motif de la soumission au Pouvoir ou, plus malicieusement, à raison des « exigences du service public ».

L'étranger connaît un régime plus restrictif encore, sous réserve d'assouplissement en vertu d'accords internationaux, et dans le cadre de l'Union européenne au profit des nationaux des États la composant. Dans les États appliquant largement le principe de non-discrimination comme la France, ils bénéficient presque des mêmes droits civils, économiques et sociaux que les nationaux encore qu'avec des exceptions, par exemple quant à l'accès aux emplois publics. Mais la privation des droits politiques est de règle dans la logique d'une très générale obligation de neutralité politique à l'égard de l'État hôte aboutissant en principe (bien qu'en pratique les violations de l'obligation ne manquent pas) à fortement réduire le contenu du droit à l'expression même quand l'accès aux moyens de celle-ci est possible. Plus largement,

l'étranger doit se plier à une obligation non écrite d'innocuité, d'être inoffensif, ce qui fait aisément de lui une « menace » contre l'ordre public avec les conséquences administratives que l'on sait (refus d'entrée, reconduite à la frontière, expulsion), seuls l'apatride et le bénéficiaire de l'asile politique courant à cet égard moins de risque. Donc, bien qu'à des degrés et nuances variables, l'étranger se trouve toujours, quant au contenu et à l'exercice des droits reconnus par l'État hôte, dans une situation aléatoire et d'infériorité, de précarité, de vulnérabilité. Elle ne pourra vraisemblablement que s'aggraver, du moins dans les États riches, tant s'y amplifie le souci de se prémunir contre une immigration massive, incontrôlable, économiquement plus coûteuse que profitable, et présumée corrosive car déstabilisatrice.

Le fractionnement de la réglementation des droits pour leur meilleure surveillance s'étend bien au-delà des deux catégories précédentes et les plus connues. Il touche toutes celles que le Pouvoir veut par sa règle recenser, contrôler, brider, voire exclure, et au premier chef celles se situant à la frange du corps social, leur admission dans le Droit même restrictif constituant le plus sûr moyen d'éviter une clandestinité ou une marginalité (voire les deux)

intolérables parce que funestes à la société par nature éprise de conformisme. En s'appuyant sur le droit à la personnalité et sur celui de l'intimité de la vie privée, la jurisprudence française admit il y a quelques années la transsexualité sous des conditions strictes et en limitant ses conséquences. Peu après, à partir des mêmes droits ainsi que du droit à la vie familiale, le législateur officialisa par le « pacs » les couples, principalement mais pas exclusivement homosexuels, ne pouvant relever ni du mariage légal ni du concubinage, à nouveau sous des conditions restrictives et avec des conséquences limitées, en particulier par la non-autorisation, confirmée en jurisprudence, de l'adoption. Actuellement (été 2002), le Parlement français, saisi d'une forte fièvre sécuritaire transmise par les ministres de l'Intérieur et de la Justice la tenant d'un gouvernement inoculé par le président de la République, entreprend de légiférer contre la « mendicité », le « nomadisme », la « prostitution », en fait contre des catégories de personnes, en même temps qu'il particularise davantage pour la renforcer la répression de la délinquance des mineurs de 13 ans, le tout en s'appuyant sur les exigences confondues des droits à la tranquillité, à la salubrité, à la dignité. Dans tous ces cas l'on retrouve la même préoccupation, celle de mieux cerner pour mieux

surveiller, de mieux surveiller pour mieux punir.

En définitive, l'ordre social et l'ordre du Pouvoir s'entraident, le premier réclamant le second pour sa stabilité, le second invoquant pour en tirer avantage les desiderata supposés du premier, tous deux partageant le même souci de surveillance des hommes par le truchement de leurs droits, pour ainsi enclore l'homme dans une invisible mais infranchissable citadelle dont il ressent la présence sans en percevoir les contours, et dans laquelle il pressent la dépendance de ses droits.

Chapitre VI

La dépendance des droits

La dévolution et la délimitation juridiques des droits sont vaines lorsque la personne ne peut protéger ce qui lui reste de ces derniers à l'encontre d'autrui, et d'abord du Pouvoir, entreprise apparemment impossible car théoriquement irréalisable. En effet, à l'instar de leur affirmation, les moyens de la satisfaction des droits et de leur protection résultent du Pouvoir qui, sauf par tactique, jamais n'envisage d'agir contre lui-même. La possibilité pour la personne d'imposer au Pouvoir ou de lui riposter dépend donc d'un concours de circonstances rarement réunies amenant à le persuader, à le ployer, à le contraindre à son tour. De longue date on soutient que pareille conjonction favorable au paradoxe inouï de la soumission du Pouvoir aux droits dont il détient la maîtrise résulte à la fois du caractère démocratique de la société, et de l'enfermement du Pouvoir dans une nasse juridique faisant de cette société

un État de Droit, la démocratie comme garantie politique et l'État de Droit comme garantie juridique constituant les garanties des garanties, ainsi que l'énonce pour valoir universellement la Déclaration de Vienne de 1993, garanties dont les chantres de la religion des droits font les clefs de voûte du temple.

Mais de quelle démocratie s'agit-il quand on sait que ce « moins mauvais des gouvernements » (Churchill) présente les aspects les plus divers ? Depuis qu'on la définit comme le gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple, maints régimes autoritaires issus du suffrage s'en réclament et affublent pour la dénaturer en une « démocratie despotique » (Montesquieu) incompatible avec les droits même les mieux affirmés, car, ainsi qu'il fut observé plus haut, si un régime intégralement dérivé du suffrage peut se dire républicain, il ne devient pas démocratique pour autant, tout comme un régime monarchique peut s'avérer fort démocratique. Une définition moins institutionnelle, plus substantielle et plus vraie de la démocratie y voit non d'abord un régime politique, mais une société vivant dans le plus grand pluralisme possible, politique (celui des partis), racial, religieux, idéologique, moral par suite, la coexistence des différences portant inévitablement à la

tolérance entre personnes et à la bienveillance corrélative du Pouvoir dans son rôle d'amiable et libéral compositeur. Hélas, les démocraties anciennes se réclamant du pluralisme montrent (comme la France) que la diversité constitue précisément l'une des causes majeures de la crispation du Pouvoir dans son souci de catégoriser les droits et d'affermir la cohésion sociale pour la prémunir d'un particularisme corrosif car diviseur.

Quant à l'État de Droit, il n'est jamais qu'une technique juridique conduisant, comme toute technique, au meilleur ou au pire selon l'usage que l'on en fait. Il fut d'abord et reste l'État où le Pouvoir ne repose pas sur « la force et la ruse » du Prince machiavélien, mais s'installe et s'exerce en vertu de règles. En ce sens étroit, les États actuels, même les plus autocratiques, sont presque tous des États de Droit. Il est ensuite devenu, héritier en cela de l'aphorisme de Montesquieu selon lequel « le pouvoir arrête le pouvoir », un ensemble de procédés juridiques de limitation et de contrôle du Pouvoir suffisamment imbriqués entre eux pour qu'il ne puisse s'en libérer ni ne parvienne, en conséquence et en particulier, à écarter l'obstacle à l'arbitraire de sa volonté que constitue le Droit des droits. La séparation des pouvoirs, la soumission au principe de

légalité, la responsabilité de la puissance publique, la supériorité du droit international au moins sur le droit interne législatif, le contrôle de constitutionnalité des lois vivifié par l'extension de l'affirmation constitutionnelle des droits, telle est l'armature de l'État de Droit que l'on constate aujourd'hui dans une majorité d'États républicains ou à monarchie constitutionnelle, ce qui autorise à affirmer sa mondialisation en tant que technique juridique de garantie, directement par la constitutionnalisation des droits ou indirectement par le ligotage du Pouvoir. Mais cet apparent succès porte à la réticence parce que, non seulement l'État de Droit montre en fait maintes imperfections, mais aucune construction juridique ne peut, à elle seule, servir de panacée aux insuffisances de l'effectivité réelle de la garantie des droits. Il y faut en outre et au moins une longue habitude de résistance au Pouvoir, une conscience collective de la prédominance du Droit, les capacités intellectuelles et financières de recourir à ses mécanismes, l'indépendance et l'intégrité de ses mécaniciens. Sinon, l'État de Droit devient un faux-semblant pour un Pouvoir manipulant les institutions et triturant les règles, détournant à son avantage ce qui devait servir à la personne. Voilà pourquoi maints potentats, surtout quand issus du suffrage, s'en

accommodent si bien ! Même ailleurs, où l'accoutumance au Droit est plus enracinée et la vigilance à l'encontre du Pouvoir plus soutenue, on observe des défaillances de l'État de Droit : en 1999, le Conseil constitutionnel français, suivi en cela par la Cour de cassation en 2001, n'a-t-il pas de son propre chef étendu à son maximum l'immunité pénale du président de la République ?

Swift en avait prévenu : si multiples et serrés que soient les fils enveloppant le géant Gulliver endormi, ils se rompent dès son ébrouement matinal au vif désappointement des Lilliputiens ayant cru l'entraver à jamais. Non seulement, en effet, le Pouvoir place sous sa dépendance les garanties des droits par la détermination de leur régime juridique et par la maîtrise de leurs moyens, mais il ne résiste pas à la tentation de s'y dérober. C'est pourquoi les garanties internes des droits connaissent la faiblesse de la précarité, sans que celles organisées par la société internationale, conglomerat de Pouvoirs, puissent mieux faire à raison de leur difficulté.

I. La précarité des garanties internes

1. « L'individu se tourne vers son juge » : image pour beaucoup rassurante et cependant inquiétante. Depuis l'interdiction de se faire justice à soi-même, la fonction de juger constitue une prérogative exclusive, donc un élément du Pouvoir, quelle que soit en Droit son indépendance par rapport aux autorités législative et exécutive. De surcroît, la Justice se fait elle-même Pouvoir, non seulement à raison des forces obligatoire et exécutoire de ses décisions, mais par son infinie possibilité d'interpréter et d'apprécier, outre les données de fait, les notions en cause qu'à dessein jamais les textes qui les énoncent n'explicitent, ce qui permet de les élucider et orienter à loisir. Cette redoutable puissance des autorités juridictionnelles, masquée par le vocable de jurisprudence, peut conduire à un gouvernement des juges ainsi qu'à une jurisprudence « abusive » (O. Dupeyroux) en tant que source du Droit, parce que non démocratique (dans la quasi-totalité des États les juges ne sont pas élus mais nommés par le pouvoir exécutif dont ils dépendent plus ou moins étroitement selon leur statut) et parce que intrinsèquement incontrôlable, souveraine. Déjà peu favorable par sa lenteur, par son coût, par sa complexité proche de l'ésotérisme à la personne tentant de faire valoir ses droits à l'encontre du Pouvoir les ayant négligés ou bafoués, cette Justice à géométrie variable peut

l'être moins encore à raison d'une procédure trop sommaire, d'une trop hâtive ou trop timide appréciation du comportement du Pouvoir, ou des obstacles mis par ce dernier à l'intrusion du juge.

En France, de louables progrès ont été accomplis dans ces domaines en une trentaine d'années par le législateur, par le juge administratif (juge habituel de l'autorité exécutive sauf en matière pénale), parfois par le juge judiciaire, l'influence de la Convention européenne des droits étant ici sensible depuis quelque temps. L'amélioration des procédures par le référé, l'extension du contrôle approfondi des actes administratifs et en particulier de leur proportionnalité ou de leur erreur manifeste d'appréciation, l'accentuation de la responsabilité de la puissance publique en sont les principales manifestations. Mais il importe de souligner en contrepoint de cette évolution que, par eux-mêmes, ni l'affinement de la procédure, ni l'élargissement de la compétence du juge ne modifient son pouvoir d'apprécier librement, à partir de ses propres critères, la proportionnalité, l'erreur manifeste, les motifs et les buts d'un acte, de même que l'imputabilité et les causes limitatives de la responsabilité. On peut juger minutieusement au bénéfice de la personne tout en jugeant

sévèrement à son détriment. Un exemple déjà rencontré et non le moindre : le Conseil d'État n'a-t-il pas décidé en 1995 que l'ordre public englobe la protection de la dignité, offrant ainsi au Pouvoir un nouvel et vaste champ de restriction des droits relatifs à l'exercice de la liberté ?

La même observation vaut à propos de « l'autorité judiciaire... gardienne de la liberté individuelle » (constitution, art. 66). Ces dernières années, des modifications de la procédure pénale ont amélioré les garanties de la personne pour sa défense et en cas de sa détention. Mais, parallèlement, le législateur a multiplié les infractions, dans le nouveau code pénal de 1994 et dans d'autres textes, sans crainte de surcharger les lieux de détention toujours pires en inhumanité pourtant connue et dénoncée. Le Pouvoir, lui, reste épargné. Le président de la République n'est justiciable que de la Haute Cour en cas d'improbable « haute trahison », les parlementaires bénéficient d'une immunité étendue, les membres du gouvernement sont punissables par une Cour de justice de la République qui ne les a guère inquiétés jusqu'à présent même dans l'affaire dite du sang contaminé. Et quand un agent public chargé de prévenir ou de sévir a provoqué un homicide ou des blessures ou bien porté un coup, il fait

valoir pour se disculper qu'ils étaient « ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime... (ou)... par la nécessité actuelle de la légitime défense » (nouveau code pénal, art. 122-4 et 122-5), appuyé par le témoignage d'autres agents de préférence assermentés, au point qu'un procès pénal en pareil cas fait presque figure de spectacle de curiosité pour aboutir à une condamnation légère que des sanctions disciplinaires, au demeurant secrètes dans leur procédure et leur prononcé, ne viendront vraisemblablement pas alourdir. Ainsi le veut la « raison d'État ».

Elle justifie aussi le « secret » derrière lequel le Pouvoir se réfugie en toute légalité au désavantage de la personne et même à l'encontre du juge : secret d'État, secret de la défense et de la surveillance du territoire, de l'instruction judiciaire, des délibérations des corps politiques et administratifs, des archives inaccessibles, des dossiers confidentiels. Les lois sur l'informatique et les fichiers (1978), sur la communication des documents administratifs (1978), sur les écoutes téléphoniques administratives (1991) témoignent en l'officialisant de ce souci de dissimulation tout en lui imposant en piètres contreparties certaines conditions et limites au respect desquelles

veillent des organes collégiaux dits « autorités administratives indépendantes », d'une indépendance seulement statutaire, mais dont les fonctions ne permettent pas de freiner la croissance de *Big Brother*. Leurs pouvoirs restent limités à des recommandations et rapports ainsi qu'à l'examen de réclamations par les particuliers qui, en pratique, n'aboutissent que difficilement et lentement à un résultat relevant plus de la satisfaction morale que de la condamnation du Pouvoir. Aussi « indépendant » mais doté de pouvoirs plus étendus, le Médiateur de la République institué en 1973 connaît surtout de questions patrimoniales et fort peu de la protection de la personne physique même lorsqu'il ne se heurte pas (ce que la loi lui interdit) à une instance en cours devant une juridiction.

Ainsi, même dans un pays se targuant volontiers d'être « la patrie des droits de l'homme » et d'offrir au regard un parangon d'État de Droit, la protection des droits par leurs garanties juridiques montre sa fragilité. En apparence généreusement proposée pour une utilisation aisée, elle se révèle à l'usage semée d'embûches, aléatoire, parcimonieuse, précaire, contradictoire aussi puisque l'excellence des procédures et la munificence des juges n'empêchent point, quand elles n'y contribuent pas, de

faire pencher le rapport entre la personne et le Pouvoir en faveur de ce dernier.

2. Davantage que sur celui des droits de contestation, c'est sur le terrain des droits à l'obtention que le Pouvoir dispose de la plus grande latitude pour les placer sous dépendance, sa libre prodigalité supplantant alors la gêne des règles et des juges. Ces droits ne peuvent concrètement se manifester sans leurs supports matériels, directement ou indirectement financiers, constituant à la fois leurs conditions d'exercice et leurs garanties. Qui d'autre que le Pouvoir peut, en tout ou partie, les apporter... ou les refuser ?

Dans les régimes autocratiques même peu tournés vers le socialisme, ils émanent de l'État ou de groupes organisés à cette fin, du monopole de l'activité publique, le caractère de fonctions sociales des droits excluant que leurs moyens soient tributaires d'une initiative ou d'une organisation privée, ce qui va sans dire bien qu'on l'affirme parfois jusque dans la constitution, comme en Union soviétique jadis. Moins catégoriques, les démocraties libérales tendent vers une situation similaire. En apparence, on y laisse les particuliers créer ou réunir les ressources nécessaires, au

risque de faire tomber les droits sous la férule de puissances financières dont l'oligarchisme menace autant la personne dans la possibilité même de ses droits que le Pouvoir dans la suprématie de ses prérogatives. Toutefois, fort de ses légitimité, légalité, représentativité, lucidité, impartialité et autres qualités, le Pouvoir s'affirme seul apte à fournir, répartir, autoriser, contrôler les ressources nécessaires à la satisfaction des besoins érigés en droits, même aux États-Unis où un libéralisme extrême confère au soutien privé une importance inégalee.

En « aidant » les partis politiques, les campagnes électorales, les cultes, l'enseignement, la presse écrite, la communication audio-visuelle, les activité culturelles, le Pouvoir menace, quand il ne s'en rend pas maître de fait, quantité de droits relatifs aux conditions intellectuelles d'existence, même lorsque des règles tendent à éviter une assistance discriminatoire ou placent son mécanisme sous contrôle. Les droits relatifs aux conditions matérielles d'existence, entre autres ceux à la santé, au travail, au logement, à la vie familiale, ne sont pas moins exposés quand leur garantie dépend pour une grande part d'activités publiques et de prestations sociales. Ce qui vaut pour le Pouvoir d'État vaut pour le Pouvoir

décentralisé dont le volume des ressources disponibles et les choix dans leur utilisation influent sur la vie quotidienne des administrés, les caciques locaux pouvant alors se révéler tout-puissants pour confirmer que la dépendance des droits se fait plus étroite à mesure que le Pouvoir se fait plus proche.

La menace pour les droits à l'obtention subordonnés à la générosité du Pouvoir ne tient pas principalement à ce que ce dernier s'arrogerait le monopole de leur satisfaction, pratique pour lui difficile dans les démocraties encore libérales car contraire à leur pluralisme et par suite condamnable ainsi que le fit valoir en 1990 la Cour européenne des droits à propos de la communication audio-visuelle. Elle réside d'abord dans l'insuffisance des moyens qui, outre de presque anéantir les droits, permet au Pouvoir de mieux justifier ses choix et orientations et d'ainsi mieux asseoir son autorité. Notoirement, la tendance à l'autoritarisme se développe en situation de pénurie, ce que n'ignorent d'ailleurs pas les despotes des pays pauvres. Ailleurs, l'insatisfaction des droits à l'obtention peut aussi conduire au raidissement du Pouvoir : quand on sait la rareté des ressources, la fragilité des économies, la brutalité des récessions, on comprend mieux

la précarité des garanties des droits. La menace réside aussi dans l'impossibilité pour le Pouvoir d'apporter une garantie totale quand, de par son objet, le droit en cause n'est pas constamment opposable pour être constamment satisfait, ainsi qu'il en va des droits relatifs à la qualité de vie : « Le droit de chacun à un environnement sain » (loi française de 1995) comme « le droit reconnu à chacun de respirer un air qui ne nuise pas à sa santé » (loi française de 1996) et d'autres du même ordre ne trouvent satisfaction que si chacun les réclame et impose à tous et réciproquement. Comment ?...

II. La difficulté des garanties internationales

Encore de nos jours telle que la voyait Hobbes (*Leviathan*, chap. XIII), « état de nature sans Pouvoir commun » pour la réguler et l'apaiser malgré l'onu s'y évertuant, la société des États forme un assemblage disparate de Pouvoirs s'affirmant égaux dans un même exclusivisme de leurs prérogatives, dans une même « égale souveraineté » dont ils tirent leur arbitraire liberté. À ce titre les droits de

l'homme, plus exactement les droits de *leurs* hommes, sont « affaire intérieure », et les dérogations même les plus poussées à ce principe ne peuvent résulter que de son consentement, qu'il s'agisse pour lui de céder à une pression ou de faire face à une accusation.

1. Certes les droits de l'homme sont-ils devenus un objet des relations internationales, déjà par leur affirmation internationale même quand irréaliste, ou par la collaboration des États à des organismes internationaux tentant d'amoindrir de grandes détresses (Haut-Commissariat pour les réfugiés, Fonds pour l'enfance, pour la lutte contre le sida, Programme alimentaire mondial...). Certes aussi deviennent-ils un facteur de ces relations quand l'onu décide en application des chapitres VI et VII de la Charte qu'une atteinte massive aux droits justifie une intervention internationale au besoin par la force (ainsi autour de 1993 à l'occasion de la guerre civile en Bosnie) ; ou quand les États subordonnent leur aide à une vigilance accrue pour les droits par les éventuels bénéficiaires, que cette exigence soit constante (système de Cotonou entre l'Union européenne et ses 71 associés) ou ponctuelle (pression financière des États-Unis sur la Yougoslavie en 2001 pour l'arrestation de l'ancien

président Milosevic et une bonne collaboration avec le Tribunal pénal international de La Haye). Certes encore et par suite, en vient-on à distinguer entre les États comme entre le bon grain et l'ivraie selon leur considération ou leur « mépris » pour les droits, le partage entremêlant des arguments moraux, juridiques, idéologiques et diplomatiques. Mais, malgré les accrocs et assouplissements, le principe de l' « affaire intérieure » domine, ainsi que le montre la difficulté de faire pression sur l'État.

Parallèlement à une action humanitaire qui ne se confond pas avec la défense directe des droits, des dizaines de groupements privés, dits organisations non gouvernementales, s'efforcent de susciter une opinion publique à même d'infléchir le Pouvoir en le harcelant, en dénonçant ses carences, ses méfaits, ses turpitudes. Tantôt elles s'en prennent nommément à son titulaire, tantôt leur réprobation est plus abstraite, ainsi qu'il en va de celle formulée par les églises, en particulier par le Saint-Siège. Mais le Pouvoir, surtout quand autocratique, fait le sourd, trouve des excuses à son inertie, ou contre-attaque en accusant l'accusateur d'inexactitude, de partialité, de politisation. Malgré leur opiniâtreté, leur courage, la

véracité de leurs critiques, leurs succès à l'occasion, malgré aussi la collaboration de quelques-uns à l'élaboration de conventions ou à des actions interétatiques en faveur des droits, ces groupements restent ainsi en marge de la défense internationale des droits. Le Pouvoir ne cède pas davantage à la pression de ses pairs, lesquels au demeurant se gardent de l'importuner outre mesure.

Ils peuvent décider d'enquêter auprès de et jusque dans un État pour constater et dénoncer une atteinte précise aux droits en violation d'une règle internationale. La Commission des droits de l'homme de l'onu, organe interétatique, a compétence à cette fin. Sauf lorsque l'État visé était temporairement incapable de lui faire obstacle (Bosnie en 1991-1995, Ruanda en 1994), elle a buté le plus souvent sur les refus catégoriques, attermoiements et dérobades sans que l'onu puisse surmonter l'obstacle, la situation n'affectant pas suffisamment la paix pour justifier l'utilisation délicate des chapitres VI et VII de la Charte. Bien d'autres tentatives d'enquête par des instances interétatiques (osce, Conseil de l'Europe) ont buté sur la ferme opposition de l'État en cause (celle de la Russie à propos de la Tchétchénie, par exemple). On peut cependant signaler une relative réussite, celle du Comité

pour l'application de la convention du Conseil de l'Europe contre la torture. Il a compétence pour inspecter à sa guise les lieux de détention, ses constatations et recommandations aboutissant à un rapport public. Sa relative efficacité a poussé l'ONU à décider en 2002 un système analogue pour l'application de sa propre convention contre la torture, avec l'espoir qu'il ne s'agisse pas d'une goutte d'eau dans l'océan glauque des quelque 110 États encore tortionnaires.

La pression peut aussi s'exercer par des investigations moins intruses que les enquêtes sur place quand elles consistent en des demandes d'informations suivies de rapports assortis de « recommandations ». Ce procédé est prévu pour l'application de certaines conventions adoptées dans le cadre de l'ONU ou des institutions spécialisées des Nations Unies, notamment le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels. Il est utilisé par le Conseil de l'Europe et par l'Union européenne pour lui permettre de mieux statuer sur une demande d'adhésion. Son efficacité dépend évidemment de la franchise et de la précision des renseignements fournis, et reste limitée parce que l'investigation concerne plus le régime juridique des droits que leur réalité au quotidien. Mais, à la longue, ce

système peut amener les États à s'accoutumer à une surveillance réaliste les encourageant à préciser et améliorer le statut des droits.

Il semble donc, bien que l'appréciation de leur influence exacte soit malaisée, que les moyens internationaux de pression sur les États quant aux garanties juridiques et matérielles des droits, laissent la part belle au Pouvoir. Sa mise en accusation ne l'atteint guère plus, peu de flèches parvenant à percer la peau du pachyderme.

2. De rares conventions, dont le Pacte sur des droits civils et politiques et la Convention européenne des droits, prévoient qu'un État partie puisse attaquer un autre, devant une instance de conciliation ou de jugement, au motif de leur violation, même lorsque non commise au détriment du demandeur ou de son ressortissant, l'État accusateur faisant alors figure de ministère public défenseur du Droit des droits au nom de la société internationale. En pratique, cette procédure n'a que très peu joué et jamais en défaveur de l'accusé. Le Pouvoir protège le Pouvoir...

En revanche, une accusation par une personne (physique ou morale) contre un État au motif de la violation, au

préjudice de cette personne, d'une convention le liant peut aboutir par deux voies différentes, mais toujours après épuisement des possibilités internes de recours, et aux conditions impératives que l'État mis en cause y ait préalablement consenti et que le litige entre, par son moment et par son argumentation, dans le cadre de ce consentement. Le Pouvoir se protège...

La première est celle de la tentative de conciliation par un organe dont les membres sont choisis par les États parties à cette convention mais dont ils ne sont pas les représentants. Si elle aboutit, la personne en tire une satisfaction morale et peut espérer que l'État prenne les mesures demandées par le conciliateur, mesures non juridiquement obligatoires puisque formulées par un organe non juridictionnel. Sinon, l'affaire en reste là sauf possibilité d'intenter un recours devant une juridiction internationale. Ce procédé existe pour l'application de quelques conventions et il connaît un certain succès pour celle de la Convention américaine des droits, de la Convention de l'OIT sur la liberté syndicale, et du Pacte sur les droits civils et politiques. Quant à ce dernier, il est organisé par un protocole additionnel au Pacte ratifié par une centaine d'États, et mis en œuvre par un Comité dont

l'activité soutenue et les « constatations » fournies ont contribué au droit international de la protection de la personne, notamment lorsque celle-ci ne peut utiliser les mécanismes de conciliation ou juridictionnels organisés par d'autres conventions parce que l'État attaqué n'y est pas partie.

La seconde voie est celle de la juridiction. Parmi les quelques juridictions internationales pouvant être amenées à se pencher sur les droits de l'homme, seulement deux ont actuellement compétence directe et exclusive en cas de litige relatif aux droits entre une personne et un État : les Cours européenne et américaine des droits. La première statue en premier et dernier ressort depuis 1999. Bien que ne se prononçant qu'après échec d'une tentative de conciliation par la Commission américaine des droits, la deuxième fait montre d'une activité soutenue et de qualité. Une Cour africaine des droits fut créée par l'oua en 1998 et fonctionnera peut-être après la ratification de son statut par au moins douze membres de cette organisation, probablement pas avant 2010.

3. En activité depuis 1960, la Cour européenne, qui siège à Strasbourg, a vu ces dernières années son activité croître

avec le nombre des membres du Conseil de l'Europe, et parce que celui-ci décida que le droit de recours individuel devant la Cour est concomitant à la ratification, elle-même obligatoire, de la Convention européenne des droits, contrairement à jadis où un État pouvait devenir partie à la Convention tout en refusant à la personne d'utiliser cette possibilité (par exemple, la France, après avoir tardivement ratifié la Convention en 1974, n'autorisa le recours individuel qu'en 1981, pour se voir ensuite être l'un des États les plus souvent attaqués et condamnés...). En outre, pendant une trentaine d'années elle ne statua qu'après l'échec d'une tentative préalable de conciliation par une Commission européenne des droits servant de filtre. Croyant bien faire, le Conseil de l'Europe modifia ce système en supprimant la Commission, la Cour se retrouvant seule depuis janvier 1999 pour être saisie de milliers de requêtes quand elle ne parvient à rendre qu'environ 400 arrêts par an.

Quantitativement, son contentieux a moins concerné les droits directement rattachés à la personne (droits substantiels) que ceux relatifs à leur défense (droits processuels). En particulier, elle a renforcé les exigences du « délai raisonnable » et du « procès équitable », qu'elle a

étendues à toutes les autorités juridictionnelles et administratives pour toute instance, disciplinaire, fiscale et autre, présentant un caractère punitif ou privatif de droits. Mais, de même qu'en droit interne, juger minutieusement n'empêche pas de juger sévèrement... À cet égard, c'est-à-dire quant au fond, l'attitude de la Cour paraît plus mitigée car elle tend le plus souvent à ne pas aller au-delà du dénominateur commun aux régimes juridiques des États afin de plus sûrement asseoir des principes généraux. De la sorte, elle a amplifié les droits à la sûreté individuelle, aux libertés d'association, d'information, de circulation, d'enseignement et d'expression, mais moins celui à la liberté religieuse. Elle a pu admettre un droit à la transsexualité ainsi qu'une non-discrimination pour homosexualité, aux conséquences d'ailleurs limitées quant au mariage et à l'adoption, mais pas un droit à l'euthanasie. Et si elle a pu quelque peu, à partir du droit à la vie familiale, rompre le mutisme de la Convention sur les droits sociaux, elle n'a guère restreint la possibilité accordée à l'État par la Convention de limiter l'exercice des droits quand c'est « dans une société démocratique, nécessaire à... la sûreté publique..., à la défense de l'ordre..., à la protection de la santé ou de la morale... ».

Dotés de l'autorité de chose jugée pour seulement l'affaire en cause, ses arrêts ont force exécutoire. Bien que parfois lentement, ils sont en général exécutés jusque dans la réparation pécuniaire qu'ils ordonnent. De plus, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, en fait composé de représentants des ministres de la Justice, a charge de veiller au suivi des arrêts, ce qui n'empêche pas quelques États de s'obstiner dans la résistance (Russie, Turquie) ou à ne pas modifier leur comportement ultérieur (la France et l'Italie furent maintes fois condamnées pour manquement à l'obligation de délai raisonnable). Toutefois, à partir de ses arrêts des États modifièrent leur législation (la France en matière d'écoutes téléphoniques, de détention préventive, et en organisant par une loi de 2000 le réexamen d'une décision pénale sanctionnée par la Cour). Quand amenées à appliquer la Convention européenne, les juridictions judiciaires et administratives s'inspirèrent plus ou moins ouvertement de sa jurisprudence. Par contre, sauf lorsque la Convention est expressément incluse, ne serait-ce que par renvoi, dans la constitution, le juge constitutionnel peut ignorer ou feindre d'ignorer la Cour comme il le fait de la Convention elle-même, ainsi qu'il en va malencontreusement en France, on le sait.

Cependant, quitte à irriter la cohorte de ses thuriféraires, on peut penser qu'il y a quelque excès par anticipation abusive à ce qu'elle se pose, comme elle le fit en 1995, en gardienne et garante de « la Convention en tant qu'instrument constitutionnel d'un ordre public européen ». Il y faudrait pour cela : l'autorité absolue de chose par elle jugée sur toutes les institutions internes même constitutionnelles, qui ferait d'elle la juridiction suprême des juridictions suprêmes ; une cohérence et une fermeté aujourd'hui compromises par le nombre de ses juges (autant que de membres du Conseil) ; un fonctionnement satisfaisant actuellement menacé par sa surcharge ; une soumission plus entière au Conseil en général et à elle en particulier de membres assez récents ; son non-amointrissement par la possible accession à la force obligatoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne amenant un abondant contentieux des droits devant la Cour de justice de l'Union (Cour de Luxembourg). Il reste que, pour le moment et compte tenu de la Cour américaine, la Cour européenne constitue le seul cas international de protection juridictionnelle des droits dont on puisse saluer les mérites et l'ampleur, sans oublier toutefois qu'il doit pour une grande part son existence et son succès à ce que les États font et acceptent de lui, et

que, petite « mer de tranquillité » au milieu de terres éruptives, il ne concerne qu'à peine plus du quart des États de la planète et seulement le sixième de sa population.

4. Les conventions de 1949 sur les conflits armés et la convention de l'ONU contre la torture prévoient que les crimes qu'elles interdisent peuvent être poursuivis et jugés dans tout État partie à ces conventions, quels que soient les lieux de leur accomplissement et de résidence de leur auteur, mais à condition que le droit interne de cet État prévoie et organise la punition de ces mêmes crimes, ce qui est loin d'être toujours le cas. C'est pourquoi ce principe dit de « la compétence universelle » de l'État ne suffit pas pour créer une internationalisation de la répression des atteintes les plus graves à l'intégrité de la personne, à laquelle seul peut parvenir un juge international. Mis à part les tentatives concernant le Cambodge et la Sierra Leone, tentatives limitées et pas entièrement internationales, trois cas de juridiction pénale internationale existent.

En accompagnement de son action dans les guerres civiles nées à partir de 1991 de l'éclatement de la fédération de Yougoslavie, le Conseil de Sécurité de l'ONU institua en février 1994 un « Tribunal pénal international » (dit de La

Haye où il siège). La très meurtrière guerre civile au Ruanda peu après l'amena en novembre 1994 à créer un second Tribunal international (dit d'Arusha, en Tanzanie, où il siège). Ces juridictions, très similaires, assistées par le même procureur doté d'importants moyens d'investigation afin de poursuivre puis inculper, ont pour fonction de juger, tant en première instance qu'en appel, tous les individus, même chefs ou anciens chefs d'État, ayant décidé ou participé à des actions portant massivement atteinte aux personnes et à ce titre constitutives, en violation du droit international humanitaire, de crimes de guerre ou contre l'humanité, ou bien de génocide, commis dans l'ex-Yougoslavie ou au Ruanda. Leur compétence est rétroactive puisqu'ils connaissent des faits antérieurs à leur création, et d'une durée indéfinie à raison de l'imprescriptibilité des crimes à juger, passibles d'emprisonnement, à vie s'il y a lieu, la peine de mort ayant été écartée.

Le Tribunal de La Haye a jugé ou devra juger 73 inculpés dont une bonne vingtaine n'ont pu encore être arrêtés. Le Tribunal d'Arusha a prononcé les premières condamnations de l'histoire pour génocide, et une quarantaine de détenus attendent son verdict, le Ruanda

ayant conservé sa compétence pour juger ses milliers de criminels « subalternes », d'autres coupables assez imprudents pour se réfugier dans des États pratiquant la « compétence universelle » y ayant été condamnés, cette concurrence de compétences et de procédures n'allant d'ailleurs pas sans nuire à la qualité de la Justice.

La principale difficulté rencontrée par la juridiction pénale internationale ne tient pas à son coût élevé, à la complexité de la recherche de preuves certaines, à sa lenteur (le Tribunal de La Haye n'achèvera pas sa tâche avant 2012, estime-t-on), mais à ce que l'arrestation et la mise à sa disposition des individus poursuivis relèvent des États, directement ou par l'intermédiaire d'armées internationales opérant sur des territoires les abritant. Cet obstacle est moindre pour le Tribunal de La Haye maintenant que la Yougoslavie collabore avec lui, encore que, depuis sept ans, les deux principaux responsables de la guerre de Bosnie restent insaisissables... La récente Cour pénale internationale n'échappera pas à cet aléa.

L'idée d'une juridiction pénale internationale permanente pour connaître des atteintes massives à l'intégrité physique et psychique de la personne remonte à loin et a

suscité des travaux approfondis inspirant, à la lumière de l'expérience des deux Tribunaux spéciaux, un accord international portant statut d'une « Cour pénale internationale », adopté à Rome par une conférence diplomatique des Nations Unies en juillet 1998. Cet acte ayant depuis, et plus rapidement que prévu, obtenu les 60 ratifications nécessaires à son entrée en vigueur, la cpi est officiellement née le 1^{er} juillet 2002 pour devenir opérationnelle dans le courant de 2003, des plaintes pouvant lui être déjà soumises à titre conservatoire..

Contrairement à celle des deux Tribunaux spéciaux, sa compétence n'est pas rétroactive, mais son domaine est plus vaste car il englobe le crime d'agression et l'extension du crime contre l'humanité au viol. Sur saisine par son procureur agissant d'office ou sur la base de plaintes, elle peut juger toute personne sans exception aucune ayant commis un crime dans un État partie, ou se trouvant dans un État partie alors que le forfait a été accompli dans un autre État partie, étant précisé que la compétence de la Cour est alors exclusive de celle de cet État. Si la Cour est incompétente, le Conseil de Sécurité peut la saisir.. à condition qu'un de ses cinq membres permanents n'y mette pas son veto. Actuellement, des États importants ou

propices aux situations conflictuelles ne sont pas parties au statut ni en voie de l'être, et peuvent constituer autant d'États refuges pour les criminels (la presque totalité des États d'Asie et du Moyen-Orient dont Israël, la Russie, les États-Unis réticents à financer la Cour et très hostiles à ce qu'elle puisse éventuellement juger leurs soldats). D'autres ont ratifié le statut avec réserves (la France a exempté de poursuites ses militaires pendant cinq ans). C'est dire à quel point la Cour est tributaire de la volonté des États, selon qu'ils sont parties à son statut, qu'ils le sont restrictivement ou non, qu'ils collaborent avec elle à l'arrestation des criminels.

Au demeurant le Pouvoir lui échappe car elle ne châtie que son fantôme. Nul ne peut se soustraire à elle en excipant d'une immunité liée à ses fonctions, pas même un chef d'État, ce que l'on a justement salué comme une révolution dans le droit international. Mais, si elle peut assez aisément s'attirer puis condamner une soldatesque dévoyée et des civils désaxés, elle se heurte à une quasi-impossibilité de s'emparer du Pouvoir dont ils relèvent, à moins que ses loyaux sujets le capturent par courtoisie pour elle, ou qu'il se montre assez étourdi pour entrer dans un État partie au statut. La Cour devra donc attendre que

le Pouvoir ne soit plus le Pouvoir, qu'il soit défait par sa destitution ou par l'issue d'une guerre internationale ou civile, qu'il soit vaincu. Depuis le procès de Nuremberg contre les acolytes les plus proches et zélés de Hitler, la justice pénale internationale a toujours été, par la force des choses et des États, une justice pour vaincus, ce qui suffit à la fausser. Elle ne juge que le souvenir du Pouvoir, non point sans doute par souci de vengeance posthume que par croyance en un effet dissuasif de son verdict, espoir toujours démenti et qui pourrait l'être actuellement dans les Balkans si, en Bosnie et au Kosovo, une force armée internationale ne surveillait pas les foyers d'incendies encore couvant, comme il pourrait l'être au Ruanda si un général n'y faisait pas régner la terreur. Ce faisant, lorsque le Pouvoir disparu, néanmoins justiciable, s'est appuyé, pour fonder sa politique désormais abominable, sur une légitimité tirée d'une adhésion spectaculaire, du suffrage universel ou des deux, la justice internationale statue, même si à son insu, sur la politique d'une société, sur cette société globalement coupable d'errements collectifs et de ce fait punissable au regard de l'Histoire. Le juge, même international, même répressif, même confronté à des humains capables d'inhumanité absolue, a-t-il vocation à cela ?

5. Force est de constater que, exception à peine faite du Conseil de l'Europe, la complexe, onéreuse et bureaucratique machinerie peu à peu édifiée en plus d'un demi-siècle par les États pour apporter à l'homme un supplément de garanties de ses droits, n'est guère productive, du fait de ces mêmes États toujours récalcitrants à son fonctionnement et à son efficacité. Cette incohérence n'étonne pas quand on sait que le Pouvoir ne peut s'autolimiter ni se départir de sa tactique consistant à plus retenir que donner. Et bien qu'il n'ait en outre cessé d'afficher ses velléités de protection internationale des droits lors d'innombrables conférences et « sommets » prometteurs de lendemains qui chantent grâce à la réalité de droits toujours mieux satisfaits pour un nombre toujours plus grand, il n'a pas libéré l'homme « de la terreur et de la misère » ainsi qu'il l'avait donné à l'espérer en adoptant la Déclaration universelle des droits, puisque, au lieu de l'extraire de sa condition d'homme asservi, il l'y a plongé davantage en accentuant sa dépendance par une plus grande dépendance de ses droits. Cette situation pathétique n'incombe-t-elle point, par-delà le Pouvoir, à l'homme ?

Conclusion

Ce que l'homme avait conçu comme revendication pour une libération rayonnante et radieuse est devenu restriction pour une domestication insidieuse et douceuse, telle celle des bambins voletants de *L'Arrache-cœur* (Vian), encagés derrière des barreaux dorés de crainte que leur naturelle fantaisie leur soit péril. En similaire, des droits dont la personne avait cru faire un moyen de délivrance à l'encontre du Pouvoir, le Pouvoir en a fait un moyen de dépendance à l'encontre de la personne. C'est pourquoi les droits de l'homme ne traversent pas, ici ou là de par le monde, une crise passagère, mais connaissent partout et constamment une grande difficulté d'être.

Par vocation le Pouvoir soumet, faisant obstacle à la personne. Par précaution il limite, conditionnant les droits. Par fonction il décide, modulant les aspirations. Par prédilection il astreint, prétextant des sollicitations. Toute la problématique des droits réside dans cette contradiction entre demande de Pouvoir et refus de Pouvoir ; toute leur

politique aussi, savante organisation aboutissant à l'étiollement des droits plus qu'à leur épanouissement, ce qui porte à voir dans leur affirmation un leurre à déjouer, et dans leur aménagement une mystification à dénoncer.

Qui le fera ? Quel Thoreau écrira *La désobéissance civile* de demain ? Quel Gandhi convertira les nouvelles multitudes miséreuses à la résistance ? Quel Fanon réveillera les damnés de la terre plus damnés que les damnés du colonialisme ? Quelle théologie de la libération inspirera quelles églises pour délivrer un autre *Message de Puebla* (1979) ? Quel Occident, maintenant rongé par ses vices consommatoires, convaincra, comme jadis pour sa gloire, que la liberté est fondement, ferment et aboutissement des droits de l'homme ? Quelle humanité, pour seulement alors justifier sa prétention à la dignité, entreprendra de se révolter contre elle-même, contre ses apathies et aveuglements l'incrutant dans une servitude par assentiment ?

Si nul n'y parvient, Unamuno aura eu raison d'écrire que les forces qui font l'histoire sont celles qui la défont. Car c'est le même homme ayant aspiré hier par conviction à la liberté contre la contrainte, aux droits contre le Pouvoir

dans l'espoir d'un salut terrestre, qui aspire aujourd'hui par abdication à magnifier le Pouvoir, à conforter la contrainte dans le même espoir d'un même salut, condamnant ainsi ses droits à n'être plus que rhétorique stérile.

Bibliographie

1 / Textes

- Ardant Ph., *Les textes sur les droits de l'homme*, puf, « Que sais-je ? ».
- Bettati M. et autres *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Gallimard, 1998.
- Cohen-Jonathan G., *La protection internationale des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999.
- Delmas-Marty M. et Lucas de Layssac C., *Libertés et droits fondamentaux*, Le Seuil, 2002.
- Laurent A., *L'individu et ses ennemis*, Hachette, 1987.
- Robert J. et Oberdorff H., *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Montchrestien, 1999.
- Rolland P. et Tavernier P., *Textes sur la protection internationale des droits de l'homme*, puf, « Que sais-je ? ».

- Schutter (de) O. et autres *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2001.
- Sudre F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, puf, « Que sais-je ? ».
- Unesco, *Le droit d'être un homme*, 1984.

2 / Aspects généraux

- Barret-Kriegel B., *Les droits de l'homme et le droit naturel*, puf, 1989.
- Binoche B., *Critiques des droits de l'homme*, puf, 1989.
- Bourgeois B., *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Marx*, puf, 1990, *La raison moderne et le droit politique*, Vrin, 2000.
- Burdeau G., *Le libéralisme*, Le Seuil, 1979.
- Chevallier J.-J., *Histoire de la pensée politique* 3 vol., Payot, 1979, et 1984.
- Conac G. et autres *Islam et droit de l'homme*, Economica, 1994.
- Divers, *Les droits fondamentaux*, L'Actualité juridique, n° numéro spécial juillet-août 1998.
- *Droits* (1985, n° 21988 n° 5)

- Dumont L., *Essais sur l'individualisme*, Le Seuil, 1983.
- Ellul J., *L'illusion politique*, Librairie générale française, 1977.
- Guttierrez G., *Théologie de la libération*, Lumen Vitae, 1974.
- Jouvenel (de) B., *Du Pouvoir* Bourquin, 1947, puis Hachette.
- Laurent A., *Histoire de l'individualisme*, puf, « Que sais-je ? ».
- *Les droits de l'homme dans les « Mélanges »*, Bruylant, 2001.
- Lochak D., *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2002.
- Madiot Y., *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998.
- Manent P., *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Hachette, 1987.
- Morange J., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, puf, « Que sais-je ? ».
- Planty-Bonjour B. et autres *Droit et liberté selon Marx*, puf, 1988.
- Polin C., *Le totalitarisme*, puf, « Que sais-je ? ».
- Rawls J., *Théorie de la justice*, Le Seuil, 1987, *Le*

droit des gens, Esprit, 1996.

- Rivero J., *Les libertés publiques*, t. I, *Les droits de l'homme*, puf, 1997.
- Strauss L., *Droit naturel et histoire*, Plon, 1954.

3 / Aspects internationaux

- *Annuaire français de droit international*, cnrs.
- Bedjaoui M. et autres *Droit international*, t. II, Pedone, 1991.
- Berger V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 2000.
- Benoit-Rohmer F. (dir.), La Charte des droits fondamentaux de l'ue, *Rev. univ. des droits de l'homme*, vol. 12, (2000). n° 1-2
- Carlier J.-Y. (dir.) *La Charte des droits fondamentaux de l'ue*, Bruylant, 2002.
- Chemillier-Gendreau M., *Droit international et démocratie mondiale*, Textuel, 2002.
- Cohen-Jonathan G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, 2002.
- Decaux E., *Droit international public*, (p. 165 et s.), Dalloz, 2000, *L'osce*, puf, « Que sais-je ? ».
- Divers (colloque), *Universalité des droits de*

l'homme dans un monde pluraliste, Engel, 1990.

- Divers (colloque), *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998.
- Divers (colloque), *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1998*, La Documentation française, 1999.
- Dupuy R.-J., *La clôture du système international*, puf, 1989.
- Goy R., *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruylant, 2002.
- *Juris-classeurs* (Droit international ; Europe)
- Legros P. et Libert M., *L'exigence humanitaire*, Bruylant, 2002.
- Pettiti L.-E. et autres *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1999.
- *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruylant.
- *Revue universelle des droits de l'homme*, Engel.
- Sudre F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, puf, 2001, *La Convention européenne des droits de l'homme*, puf, « Que sais-je ? ».
- Teitgen-Colly C. (dir.) *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de*

l'homme, Bruylant, 2002.

- Wachsmann P., *Les droits de l'homme*, Dalloz, 1999.