

PUBLICATIONS DU CENTRE DE RECHERCHE SUR LES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT HUMAINAIRE

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS 2)

SOUS LA DIRECTION DE
EDOUARD DUBOUT
SÉBASTIEN TOUZÉ

COLLOQUE INTERNATIONAL

C.R.D.H.

REFONDER
LES DROITS DE L'HOMME

DES CRITIQUES
AUX PRATIQUES

Editions A. PEDONE

PLAIDOYER POUR LES DROITS DE L'HOMME
LA PENSÉE POLITIQUE À L'ÉPREUVE DES CRITIQUES
CONTEMPORAINES DES DROITS DE L'HOMME

JUSTINE LACROIX

Professeure de science politique, Université libre de Bruxelles

et

JEAN-YVES PRANCHÈRE

Professeur agrégé de philosophie, Université libre de Bruxelles

Causes de la dissolution des liens sociaux, nationaux et familiaux, de la montée des incivilités ou instruments utiles de l'ordre néo-libéral et de la domination impériale... Les droits de l'homme sont désormais régulièrement associés à une « bien-pensance » qui conduirait à la « crétinisation »¹. D'où ce paradoxe : alors même que des droits dits « fondamentaux » sont attaqués ouvertement par des régimes politiques établis au cœur même de l'Union européenne et que plusieurs organisations non-gouvernementales font état d'une inquiétante régression des droits dans nos démocraties, il ne se trouve plus guère de voix, que ce soit dans la sphère intellectuelle ou politique, pour défendre un vocable associé tantôt à une forme d'angélisme, tantôt à une tentative détournée pour nous faire « bénir le capitalisme ». Que ce soit du côté des conservateurs, qui dénoncent une « prolifération des droits » induisant à la fois une extension démesurée des attributions de l'Etat et une entrave à l'exercice de ses vraies missions (la protection de l'ordre), ou du côté des partisans d'une forme de retour à un socialisme prétendument « originel » qui aurait l'individualisme pour ennemi principal, se multiplient les prises de distance critiques, au point que certains s'interrogent désormais sur la « fin des droits de l'homme ».

Bien sûr, rares sont les penseurs du politique qui assument un rejet des droits de l'homme en tant que tels, c'est-à-dire du corpus normatif et législatif sur lequel reposent les Etats de droit démocratiques. En revanche, l'usage qui serait fait des droits de l'homme dans les démocraties contemporaines suscite de vives critiques. Des courants de pensée que tout distingue par ailleurs convergent ainsi pour estimer que la place conférée au langage des droits de

¹ M. GAUCHET, entretien, *Eléments*, n°164, 2018.

l'homme dans nos cultures politiques corroderait l'idée démocratique. Plus précisément, dans notre ouvrage publié en 2016², nous avons distingué entre trois mouvances.

D'abord, une critique qu'on pourrait dire « antimoderne ». Ce courant radical est très hétérogène, puisqu'il va d'un tenant d'une pensée chrétienne radicale comme celle de John Milbank à une pensée païenne comme celle d'Alain de Benoist. La critique antimoderne, héritière de la pensée contre-révolutionnaire (continué au XX^e siècle par le « chrétien » Carl Schmitt aussi bien que par le « païen » Heidegger), se signale par son refus de l'idée même d'un droit subjectif qui n'est, pour ces auteurs, qu'une perversion du concept même de droit. Le droit est ici conçu comme indissociable d'un ordre juste, il suppose un rapport – une bonne proportion – entre des membres d'un groupe politique et ne peut être déduit de la réclamation d'un seul.

Ensuite, une critique « communautaire ». Ce courant, très divers également, doit son influence considérable à ce qu'il s'appuie sur le sens commun de notre modernité libérale, non pour rejeter en bloc les droits de l'homme, mais pour pointer les effets délétères du primat qui leur serait conféré dans nos démocraties contemporaines. Loin de rejeter l'héritage des révolutions américaine et française, ces critiques, présentes aussi bien dans le monde anglophone que francophone, soulignent que nos droits humains ont perdu la dimension collective qui était la leur à l'origine. Le principal risque avancé ici est celui d'une déliaison sociale, associée à une culture des droits décrite comme excessivement légaliste et absolutiste. En somme, la politique des droits aurait été portée trop loin, au risque de miner le sens civique et de transformer les citoyens en détenteurs passifs et égoïstes de droits individuels.

Enfin, la dernière mouvance recouvre une critique « démocratique » venue plutôt de la gauche voire de l'extrême gauche, qui s'inquiète de la dimension idéologique et disciplinaire d'un discours des droits perçu comme un moyen de cantonner la démocratie dans les limites étroites de l'ordre libéral d'un capitalisme tenu pour indépassable. L'exaltation des droits et des libertés privés ne ferait que distraire les citoyens d'injustices socio-économiques autrement plus importantes. Les droits de l'homme seraient une sorte de « pansement » qui masquerait notre abandon de l'idéal d'autonomie, notre renonciation à tout espoir d'égalité et aux promesses de l'émancipation.

² J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Seuil, Paris, 2016.

I.

Dans ce patchwork dont les éléments sont hétéroclites et parfois contradictoires, mais qui créent des affects similaires et un climat intellectuel homogène, on peut distinguer au moins trois grands griefs que nous proposons de décliner ici avant de voir les ressources dont dispose la théorie politique pour tenter d'y répondre.

A. Les droits de l'homme et la fin du politique

Selon un premier grief, nos droits de l'homme contemporains signeraient la fin du politique. Les droits proclamés en 1789 étaient liés à une vie collective et se concrétisaient dans la citoyenneté nationale et la participation à la vie commune. Nos droits humains ne seraient plus que les droits des individus privés, expressions de simples revendications à un confort personnel détaché de toute activité collective. L'individu titulaire de droits serait devenu la seule réalité digne de ce nom, et il serait vain de chercher quelque espoir du côté d'un foisonnement associatif incapable de relier la défense de ses aspirations particulières à la notion d'un intérêt général. Dans ses versions les plus radicales, cet argument conduit à opposer deux idées des droits de l'homme qui n'auraient pas de rapport, sinon sémantique, entre eux : « les droits de l'homme classiques — ceux de 1789 », qui « matérialisent une figure de limite » et « la nouvelle doctrine des droits de l'homme » qui relèverait du « registre de l'illimité »³ selon la formulation de Jean-Claude Milner.

Ce qui est en cause ici c'est la forme nouvelle qu'aurait prise notre discours des droits au cours des cinq et six dernières décennies, et qui conduirait désormais à une « colonisation » de notre culture politique par un langage tout entier tourné vers les prérogatives de l'individu. Le primat aujourd'hui conféré aux droits se solderait par une forme d'appauvrissement du politique qui se trouverait amputé de sa dimension éthique, créative et imaginative au profit d'un simple agencement technique de compétences juridiques. En outre, notre propension contemporaine à décrire toute controverse sous la forme d'un affrontement de droits empêcherait tout compromis et favoriserait des attentes irréalistes, ignorantes des coûts sociaux qui en résultent. La transformation de tout désir en droit se solderait par une société litigieuse marquée par un déséquilibre entre droits et responsabilités. Classiquement, le terme de « démocratie » renvoyait à la capacité des corps politiques à se gouverner eux-mêmes. Aujourd'hui, il se serait appauvri jusqu'à ne plus désigner que la protection des droits de l'individu et à couvrir le développement d'une pathologie inverse de l'emprise totalitaire, celle de la dés-appartenance.

³ J.-C. MILNER, *Les penchants criminels de l'Europe démocratique*, Verdier, Paris, 2003, pp. 41-46 et 92-94.

B. Un univers social d'individus

De là suit le deuxième grief : les droits de l'homme seraient indissociables de l'émergence d'une société d'individus. Société d'individus dont les symptômes les plus flagrants seraient : la disparition de la famille en tant qu'institution, et son remplacement par une simple association de personnes sans autre objet que la satisfaction des besoins affectifs de chacun ; l'anéantissement de tout projet éducatif fondé sur la transmission au nom du seul développement de la singularité individuelle ; la montée des incivilités au nom du « droit au respect » et le discrédit jeté sur toute forme de galanterie au nom de l'égalité des droits entre les hommes et les femmes.

Autrement dit, nous serions passés d'un univers social de familles à un univers social d'individus où, souligne Marcel Gauchet, l'enfant est considéré exclusivement comme un individu de droit dont il s'agit de favoriser la singularisation et non pas la socialisation⁴. La famille aurait cédé la place à la sphère de l'intime : libre association de personnes, informelle, extra-sociale avec pour seule limite la protection des droits de chacun. Le tableau que dresse pour sa part Axel Honneth de la famille contemporaine est autrement plus nuancé que celui de Gauchet. Mais son analyse des « pathologies de la liberté juridique » inclut ces situations qui verraient des individus se focaliser sur leur rôle de détenteurs de droits, en oubliant le potentiel d'arbitrage propre à l'agir communicationnel. Ce processus de « juridification », manifeste dans la famille, l'école, les loisirs, conduirait les uns et les autres à ne s'envisager qu'en tant que détenteurs de droits, comme l'illustre le film *Kramer vs Kramer* qui met en scène des sujets qui n'envisagent plus leur rapport à l'enfant que sous l'angle des conséquences juridiques de leurs actes⁵.

C. Droits de l'homme et néo-libéralisme

Cette critique aux accents conservateurs peut se prolonger dans une critique aux tonalités « socialistes » à partir du moment où la déliaison des individus est interprétée comme le propre d'une société réduite aux rapports marchands. Selon ce troisième grief, les droits de l'homme seraient indissociables du nouvel ordre néo-libéral. L'idéologie des droits de l'homme et le fondamentalisme du marché constitueraient les deux matrices d'un néo-libéralisme défini par l'impossibilité d'imposer quelque limite que ce soit aux initiatives économiques des acteurs et à l'expression de leurs droits. Pré-conditions, comme l'avait déjà noté Karl Marx, d'un marché libre, les droits de

⁴ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*, IV *Le nouveau monde*, Gallimard, Paris, 2017, pp. 555 sq.

⁵ A. HONNETH, *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique*, Gallimard, Paris, 2011, pp. 136 sq.

l'homme accompagneraient sans difficulté la férocité de la concurrence mondiale dont les États-nations, avec leurs appareils policiers et leurs ghettos de misère seraient les relais. C'est sans doute Gilles Deleuze et Félix Guattari qui ont donné la forme la plus virulente à cette accusation. « Les droits de l'homme », écrivaient-ils, « ne nous feront pas bénir le capitalisme ». Parce qu'ils sont indifférents aux « modes d'existence immanents de l'homme pourvu de droits », les droits de l'homme n'ont rien à opposer à « l'ignominie des possibilités de vie qui nous sont offertes »⁶. Cet argumentaire est désormais repris par nombre de courants de la gauche dite « radicale ». Parfaitement compatibles, selon Alain Badiou, avec « l'égoïsme content des nantis occidentaux », les droits de l'homme convergeraient avec les impératifs de l'impérialisme libéral et de l'échange global tout en les légitimant⁷. Les arguments de la critique conservatrice de l'individualisme se trouvent alors repris sous une thèse qui en inverse les signes, puisque les droits de l'homme sont dénoncés comme une variante du néo-conservatisme, ou comme sa façade, qui laisse libre cours à des formes insidieuses de domination.

Mais cette inversion des signes n'annule pas les harmoniques conservatrices, ce pourquoi la thèse selon laquelle les droits de l'homme seraient liés au nouvel ordre néo-libéral a pu essaimer bien au-delà des rangs anticapitalistes. Des conservateurs libéraux, qui pensent que l'ordre *objectif* du marché exige un *ethos* de l'excellence et la soumission aux règles de la concurrence, refusent pour cette raison même que l'État doive prendre en charge et protéger au titre du « droit » des revendications (telles que celles des « transgenres ») qui relèvent de la singularité subjective et de l'arbitraire des désirs individuels. Le néo-libéralisme est ainsi identifié à une exacerbation induite de la figure d'un marché où les individus n'auraient pas d'autre règle que la liberté de contracter selon leur bon vouloir. C'est sans doute le philosophe Marcel Gauchet, qu'on soupçonnera difficilement de frénésie révolutionnaire, qui donne la formule la plus claire de cette analyse, qui tient paradoxalement pour solidaires l'extension indéfinie de la loi du marché et l'élargissement permanent de la protection des individus par l'État. Le complexe néo-libéral, écrit-il dans son dernier livre, a une « double entrée », une entrée par le droit et une entrée par l'économie. « Il a, d'un côté, les traits de l'idéologie des droits de l'homme et, de l'autre, ceux du fondamentalisme du marché »⁸. L'opposition de surface entre une gauche qui pousse à l'extension des droits des individus et une droite qui vise à maximiser les intérêts des acteurs économiques dissimulerait le fait que libéralisme économique et libéralisme sociétal sont les deux branches d'un même dispositif.

⁶ G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Minuit, Paris, 1991, pp. 103.

⁷ A. BADIOU, *L'éthique. Essai sur la conscience du mal*, Nous, Caen, p. 17.

⁸ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*, IV *Le nouveau monde*, op.cit., p. 606.

Cette idée est également martelée, livre après livre, par ce partisan d'un socialisme « communautarien » qu'est Jean-Claude Michéa. Dès 2007, ce dernier avançait la même expression de « double entrée » pour décrire l'ensemble du « tableau libéral ». A l'expansion illimitée du marché promue par la droite correspondrait la prolifération des droits culturels et sociétaux réclamée par la gauche. Bref, entre les partisans de la dérégulation et les « libéraux-libertaires » de la gauche post-soixante-huitarde, il existerait une complicité objective. Mariage pour tous, droit de vote des étrangers, reconnaissance des familles homoparentales, d'un côté, démantèlement du Code du travail, réduction des impôts, privatisations, de l'autre, autant de propositions qui participeraient de la même mouvance idéologique et d'une même destruction des solidarités communautaires au profit de l'atomisation des individus.

Au-delà de la scène française, cette « liaison systématique » entre les droits de l'homme et le capitalisme mondialisé s'observe dans les critiques faites du droit international. Selon ces dernières, à suivre l'analyse (critique) qu'en fait Olivier de Frouville, « les dimensions cosmopolitiques du droit international auraient pour fonction essentielle de servir d'adjuvant au projet néo-libéral, que ce soit par l'exercice d'une action disciplinaire (notamment par le truchement du Conseil de sécurité) ou par la mise en œuvre de programmes et de normes conduisant à l'individualisation des sociétés, à la réduction de l'intervention des Etats et à la dissolution des identités nationales. Plus spécifiquement, les droits de l'homme, cœur juridique et idéologique du cosmopolitisme, travailleraient à l'expansion du capitalisme en généralisant la revendication de droits individuels »⁹.

II.

Ce panorama rapide des critiques adressées aux droits de l'homme étant posé, que peut la théorie politique ? Il nous semble que nous avons besoin de croiser aujourd'hui les apports de plusieurs disciplines – le droit, bien sûr, la philosophie, la sociologie, l'histoire, pour tenter d'apporter des réponses à ces critiques – tout en intégrant leur part de vérité. Il ne s'agit pas ici d'un exercice purement académique mais bel et bien d'une question politique, tant ces critiques ont désormais essaimé dans l'espace public et informent les politiques concrètes de plusieurs Etats de l'Union européenne. Dans ce qui suit, nous aimerions ouvrir, à titre de préliminaire, trois pistes de discussion sur les voies que pourrait prendre une défense renouvelée des droits de l'homme.

⁹ O. DE FROUVILLE, « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme » in *Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'homme. Mélanges en hommage à Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris, 2017, p. 1163.

A. Les droits de l'homme font-ils de nous des mauvais citoyens ?

On reproche aux droits de l'homme de servir d'idéologie pour museler la démocratie en remplaçant la loi comme « expression de la volonté générale » par un dispositif de droits sanctuarisés qui priveraient le peuple de sa souveraineté. Ici, on pourrait commencer par s'interroger sur la notion de « politique » qui est en jeu dans le lien opéré entre droits de l'homme et « fin de la politique ». Qu'est-ce que la démocratie ? Est-ce l'identité, l'homogénéité et la capacité à distinguer ses ennemis ? Dans ce cas, oui, les droits de l'homme « désarment » le politique. Mais une telle position n'est recevable que dans le cadre d'une pensée qui confond autonomie démocratique et théologie nationaliste. La « souveraineté populaire » n'est alors que le prêtonom de l'homogénéité nationale, et le « civisme » n'est que la disposition de l'individu à se sacrifier sans contrepartie à des intérêts supérieurs. Ou bien la démocratie est-elle, au contraire, l'autogestion complète de la société ? Mais alors, dire qu'il y a « perte » du politique là où s'imposent les droits de l'homme, n'est-ce pas rester prisonnier d'un fantasme révolutionnaire où, s'il n'y a pas de projet de transformation totale de la société, il n'y a pas de politique ? Au-delà de la mise en échec de ce fantasme par le pluralisme interne à toute démocratie, il conviendrait de rappeler que les luttes de droits ont toujours une dimension collective. Il faudrait également souligner que la pensée socialiste du XIX^e siècle, qui avait conscience des enjeux conceptuels de ses propositions, a généralement considéré que l'auto-organisation de la société excluait le modèle légicentriste de la souveraineté nationale (car le principe de souveraineté, en exigeant la soumission de tous à la *volonté* générale, ne permet pas de penser l'autonomie des différentes sphères sociales qui sont les « ateliers » de la *raison* collective) et exigeait la destruction de l'Etat souverain, l'autonomie communale et le fédéralisme cosmopolitique.

Contre l'idéal d'une absorption de l'individu dans l'unité d'une volonté homogène, il faut souligner que la démocratie n'est pas l'unité indistincte des citoyens, mais l'institution de l'égalité des droits qui assurent des rapports de non-domination au sein d'une pluralité sociale. Les droits de l'homme sont les droits de la liberté des *rappports* sociaux, et les revendications des associations sont bel et bien articulées à une certaine conception d'ensemble de la citoyenneté – même si leurs acteurs n'en ont pas toujours conscience. Comme l'a montré Claude Lefort, les droits de l'homme ne sont pas d'abord des droits de l'individu, mais des droits de la relation sociale, et il est impossible de réduire le social à « l'inter-individuel ». Ce sont là les thèmes centraux de la célèbre défense des droits de l'homme que Lefort oppose à leur critique par Marx — critique marxienne dont il souligne sans ambages qu'elle est *vraie*, dans la mesure où elle s'applique non au principe même des droits de

l'homme, mais à son rabattement libéral ou bourgeois sur les seuls droits apolitiques de l'individu propriétaire de lui-même.

Contre quoi Lefort fait valoir que « la liberté d'opinion ne fait pas de l'opinion une propriété privée »¹⁰ et que les droits de l'homme font « découvrir une dimension transversale des rapports sociaux, dont les individus sont des termes, mais qui confèrent à ceux-ci leur identité tout autant qu'ils sont produits par eux »¹¹. Les droits de l'homme sont « constitutifs de l'espace social démocratique », ce qui signifie qu'ils sont eux-mêmes la condition et l'expression d'une nouvelle forme de relation sociale, celle de la démocratie. Ils sont les droits d'un espace social qui, pour ainsi dire, se fait exister par eux et qu'ils font exister. Non seulement ils mettent en forme « le mouvement irréversible qui fait advenir, de la ruine des anciennes hiérarchies, une société unifiée ou, disons mieux, *la société comme telle* — mouvement qui lui-même va de pair avec l'émergence des individus, définis comme indépendants et semblables »¹², mais, par la mise en forme même de ce double mouvement de *l'émergence du social comme tel* et de la *libération de l'individu comme tel*, ils « rendent possible une véritable "socialisation de la société" »¹³.

Les critiques du primat des droits qui négligent l'essentiel des apports de la sociologie du droit, s'en tiennent à l'idée reçue selon laquelle le primat du discours des droits résulterait automatiquement dans une perte d'autonomie civique. Ces conséquences supposées devraient pourtant être nuancées au regard des recherches qui ont montré que les revendications de droits ont accompagné et encouragé le développement des solidarités sociales et des collectifs politiques. Nombre d'enquêtes empiriques ont établi que le biais individualiste présent dans les discours des droits y coexiste avec des perspectives porteuses d'une vision collective ou relationnelle¹⁴. Quant aux actions des « minorités » qui interviennent dans la sphère publique, elles sont certes plus nombreuses et plus diversifiées qu'elles ne l'étaient au XIX^e et au XX^e siècles. Leurs acteurs n'ont pas la permanence des partis et syndicats ouvriers, ni la capacité qu'avaient ceux-ci de fournir à leurs membres un cadre de vie et une grille d'interprétation du monde. Mais les luttes pour le respect et l'élargissement des droits acquis passent toujours par la formation

¹⁰ C. LEFORT, « Les droits de l'homme et l'Etat-Providence » in *Essais sur le politique (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, Seuil, 1986, p. 45.

¹¹ C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique » in *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1980, p. 66.

¹² C. LEFORT, « Les droits de l'homme et l'Etat-Providence », *op. cit.*, p. 35.

¹³ C. LEFORT, « Démocratie et représentation », (1989) in *Le Temps présent. Ecrits 1945-2005*, Belin, Paris, 2007.

¹⁴ M. MCCANN, *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, The University of Chicago Press, Chicago, 1994.

de collectifs qui se mobilisent ensemble et sont porteurs d'une vision générale de la société. Les critiques du caractère « sectoriel » des mouvements associatifs (lesquels seraient incapables de se situer du point de vue de l'intérêt général) ne sont d'ailleurs pas sans évoquer la façon dont Friedrich Hayek décrivait les syndicats, également accusés de promouvoir des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général.

Cette insistance sur le caractère collectif des luttes des droits peut se combiner au concept de « peuple introuvable » forgé par Pierre Rosanvallon. L'idée de peuple ne renvoie plus désormais à celle du « plus grand nombre », à l'existence d'une masse positive et déterminée : c'est la somme négative et perpétuellement mouvante des dénis de reconnaissance, des privations de droits, des situations de précarité détachées de la notion arithmétique et monolithique de la majorité. Mieux : c'est à partir de la notion de minorité que s'appréhende le peuple aujourd'hui, c'est l'addition sensible des minorités de toute nature¹⁵. Il est l'addition des protestations et des initiatives variées, « exposé des situations vécues comme une entorse à un ordre juste, manifestation sensible de ce qui fait ou défait la possibilité d'un monde commun »¹⁶. D'où précisément la valeur des luttes de droits car « le sujet de droit est pour cela la figure même de ce peuple [...] le sujet de droit est aujourd'hui l'homme le plus concret qui soit. Il est la figure directement sensible de tous ceux qui sont discriminés, exclus, oubliés »¹⁷. Cette figure d'un peuple compris comme addition des minorités s'inscrit dans la filiation des intuitions développées par Lefort dès 1979, quand ce dernier soulignait qu'il était « tenté » de penser que c'est dans « le progrès d'une conscience des minorités, [...] c'est dans la prise de conscience de ces droits que l'on peut découvrir [...] un foyer d'universalité, au sens où émerge, de plus en plus nettement, une exigence de faire reconnaître par tous ou d'inscrire dans l'espace public des revendications »¹⁸.

Au-delà des luttes qui traversent les espaces démocratiques, l'idée que le primat des droits serait complice d'une logique individualisante menant à terme à la dissolution du politique gagnerait à être confrontée à une étude attentive de la jurisprudence internationale et européenne. Cette dernière pourrait nuancer fortement l'idée avancée par Gauchet selon laquelle « le problème judiciaire n'est pas de savoir ce qui est bon ou juste pour tous ; il est de savoir ce qui est bon ou juste pour un... » et que la « démocratie des droits de l'homme reviendrait à accorder un droit de veto aux individus à

¹⁵ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008, p. 117.

¹⁶ *Ibid.*, p. 207.

¹⁷ *Ibid.*, p. 208.

¹⁸ C. LEFORT, « La communication démocratique » (1979) in *Le Temps présent*, op. cit., p. 393.

l'encontre des choix collectifs »¹⁹. D'une part, nous n'apprendrons rien aux juristes en rappelant que la Cour européenne des droits de l'homme a développé au fil de sa jurisprudence des concepts modérateurs qui permettent de prendre en compte les intérêts de la collectivité au-delà des restrictions déjà prévues par le texte de la Convention. Elle a notamment estimé que, sur les questions délicates des rapports entre l'Etat et les religions, il y avait lieu d'accorder une « importance particulière au rôle du décideur national ». Le souci d'un Etat donné de préserver le caractère neutre ou laïque de son enseignement a ainsi été jugé un motif suffisant pour interdire le port de signes religieux par une étudiante de lycée, d'université, par une institutrice ou une professeure d'université. La volonté de perpétuer des traditions données a même, en certains cas d'ailleurs controversés tels que la présence de crucifix dans les écoles publiques italiennes, été interprétée comme relevant de la marge nationale des Etats. D'autre part, comme le souligne Olivier de Frouville, « la question de la mise en balance des droits avec l'intérêt général, et donc la dimension sociale des droits individuels, a été développée tout au long du XX^e siècle dans les jurisprudences des cours nationales et intégrée d'emblée dans le langage des textes internationaux fondateurs ». Autrement dit, la dynamique individualisante de la modernité, loin d'être accentuée par les droits de l'homme et le principe de non-discrimination, a plutôt été freinée sous l'influence du concept universaliste inhérent au concept même de droit de l'homme²⁰.

Bien sûr, ces jurisprudences sont loin d'être univoques, mais ces rappels ne visent ici qu'à souligner la nécessité pour la philosophie politique de confronter ses développements spéculatifs sur le pouvoir judiciaire à une lecture attentive des arrêts effectivement rendus. Ce travail permettrait sans doute d'aboutir à une interprétation plus complexe des évolutions en cours que celle d'un pouvoir judiciaire censé ne concevoir le collectif que sous l'angle des droits de l'individu.

B. Le sujet de droit est-il un mufle ?

La critique de « l'incivisme » des droits de l'homme se prolonge dans une dénonciation de « l'incivilité » dont ils seraient cause à travers la destruction des autorités parentales et éducatives. Un phénomène que saisit ce diagnostic sans nuances de Marcel Gauchet : « La famille était le dernier lieu où l'inégalité (des sexes et des générations) et la dépendance mutuelle restaient organisatrices en dépit des avancées du droit des personnes. Cette institution a été rattrapée et révolutionnée par l'individualisme juridique. C'est ce qui

¹⁹ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*, *op. cit.*, p. 572 et 576.

²⁰ O. DE FROUVILLE, « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme », *op. cit.*, p. 1170-1171.

donne son sens décisif au mouvement d'émancipation des femmes. Il introduit les droits fondamentaux des individus dans le dernier bastion qui leur résistait au nom des différences naturelles. Entre des individus de droit, il n'y a plus que des liens construits sur le consentement égalitaire. Ce qui ne va pas sans soulever d'intéressants problèmes quand il s'agit d'enfants reconnus sujets de droit à part entière. Comment éduque-t-on un sujet de droit ? ».

Passons ici sur la maladresse qui donne le sentiment d'assimiler l'émancipation des femmes en tant que sujets de droits à part entière et la reconnaissance de droits minorés à des enfants. L'essentiel est ailleurs et tient d'abord au caractère, peu étayé d'un point de vue historique et sociologique, de cette vision de la famille contemporaine qui aurait disparu en tant « qu'institution » depuis les années 1960/1970 sous l'emprise de l'avancée des droits individuels. L'individualisation de la famille n'est pourtant pas un phénomène nouveau – songeons simplement ici au cours de... 1892 sur « La famille conjugale » où Emile Durkheim soulignait que si, dans la famille patriarcale, la société domestique « forme un tout où les parties n'ont plus d'individualité distincte », il n'en va plus de même « dans la société conjugale. Chacun des membres qui la composent a son individualité et sa sphère d'action propre »²¹.

A maints égards, les familles contemporaines s'inscrivent dans le prolongement du processus d'individualisation entamé dès la fin du XVIII^e siècle²² – ce qui faisait déjà dire à Balzac, en 1842 : « en coupant la tête à Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille. Il n'y a plus de famille aujourd'hui, il n'y a plus que des individus »²³. Mais Balzac avait du moins la conséquence, en posant ce diagnostic, de se ranger du côté de Louis de Bonald. On peut, en effet, se plaindre des méfaits engendrés par l'égalité des droits dans la sphère familiale – mais en étant conscient que cela revient à refuser la révolution démocratique elle-même. Le contre-révolutionnaire Bonald était cohérent quand il s'élevait, au début du XIX^e siècle, contre la légalisation du divorce ou l'abolition du droit d'aînesse, deux mesures qui revenaient, selon lui, à détruire la cellule sociale la plus essentielle au profit de purs individus indifférents à leurs rôles sociaux.

Ceux qui reprennent aujourd'hui la critique des effets « antisociaux » des droits de l'homme ne sont pas prêts à assumer cette position traditionaliste : personne ne réclame l'interdiction du divorce ou le rétablissement du droit d'aînesse. D'où ce paradoxe qui voit se développer le thème d'une contradiction entre les droits de l'homme et l'unité sociale, mais de façon

²¹ E. DURKHEIM, « La famille conjugale » (1892) in *Fonctions sociales et institutions. Textes III*, Minuit, Paris, 1975, p. 37.

²² F. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, Paris, 2017, p. 11.

²³ H. DE BALZAC, *Mémoire de deux jeunes mariées*, cité par F. DE SINGLY, *op. cit.*, p. 11

« flottante », sans aller jusqu'au bout de la logique de l'argument. En lieu et place d'une position métaphysique ou sociologique forte, ne subsiste qu'une sorte de vision chagrine de l'air du temps et de la psychologie contemporaine. Vision qui s'appuie en outre sur une idéalisation étrange de la famille d'antan, où peu d'enfants étaient conçus en « êtres-pour-la société »²⁴. En dehors de l'aristocratie, l'enfant était d'abord une source de main d'œuvre, ou une simple charge qui imposait aux femmes des grossesses à répétition quand elles avaient la chance de ne pas mourir en couches.

D'autre part, il n'est rien moins évident que la famille ait sombré en tant « qu'institution sociale ». Là encore, il semble nécessaire de confronter ce point de vue de survol aux études menées en sociologie qui montrent comment la revendication d'une plus grande expression personnelle ne supprime pas la volonté d'un ancrage familial, ce dont témoigne par exemple la loi relative à la permanence du couple parental, qui maintient la dimension de parent même après dissolution du couple conjugal et fût-ce contre la volonté des adultes concernés. Autre exemple, comment expliquer que l'abolition de l'héritage – une revendication socialiste forte tout au long du XIX^e siècle et que Durkheim considérait comme la résultante obligée de l'individualisme – ait disparu de l'agenda politique, sinon par le maintien d'une tension entre des éléments individuels et d'autres qui témoignent d'une volonté d'ancrage social ou familial ?

On peut également se demander si la critique qui associe les droits de l'homme au déclin de la « transmission » et à l'effervescence des désirs ne reste pas « coincée » sur un moment précis : celui de la révolution sexuelle des années 1960/70, où un certain militantisme a pu conduire à des confusions, oubliées du fait que les enfants ne disposent pas de la capacité de consentement et de discernement. Ce temps est largement derrière nous à l'heure où le discours dominant est plutôt celui sur l'imposition des « limites ». Quant à la montée des incivilités et la supposée disparition de la galanterie qui accompagneraient l'exigence du « droit au respect », elles font l'ellipse de l'explosion des inégalités sociales et négligent le fait que l'égalité des droits entre hommes et femmes reste le meilleur instrument contre les formes les plus violentes de muflerie.

C. Les droits de l'homme nous obligent-ils à « bénir le capitalisme » ?

Que les droits de l'homme soient solidaires du néolibéralisme est une affirmation brandie, nous l'avons dit, aussi bien du côté des auteurs conservateurs que de la gauche radicale. Ici, un travail d'élucidation semble s'imposer pour montrer que l'identification du néo-libéralisme à une

²⁴ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie, op. cit.*, p. 556.

expression de la politique des droits de l'homme est un contresens. Du point de vue de l'histoire intellectuelle, d'abord, le néo-libéralisme, tel qu'il se présente chez Friedrich Hayek, est hostile à toute expression des droits individuels qui aille au-delà de simples « règles de conduite » qui permettent d'assurer l'efficacité du marché. C'est pourquoi Hayek saluait la pensée d'Edmund Burke, qui combinait libéralisme économique et dénonciation des droits de l'homme au nom de la propriété, de l'héritage et du marché. Burke vantait l'importance des « préjugés » qui rendent les actions plus prévisibles et permettent aux gens de mieux coordonner leurs activités. Dans le même esprit, les « règles de juste conduite » chez Hayek – règles produites par la coutume et par quelques améliorations de « détail » – ne confèrent pas de « droits » à des personnes déterminées. Elles visent simplement à faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations des uns et des autres en prévenant les conflits et en éliminant au maximum les sources d'incertitude. Instruments élaborés comme autant d'adaptations à certains environnements donnés, elles se manifestent notamment « dans ce que nous appelons tradition ou caractère national d'un peuple ». Pour Hayek, ces règles se sont épanouies simplement parce que les groupes sociaux qui les pratiquaient prospéraient davantage. Ce qui justifie la liberté de marché, ce n'est donc pas un quelconque droit de l'homme à la liberté mais le fait que cette liberté a fait ses preuves au cours du procès de civilisation²⁵.

En réalité, Hayek n'a que réticences pour les Déclarations des droits de l'homme – et pour celle de 1948 en particulier – auxquelles il reproche d'énumérer des droits qui ne peuvent être définis *a priori*. Il n'est, pour lui, nul besoin d'une liste de droits protégés. Un tel « catalogue », en effet, confond allègrement une simple « aspiration » avec ce qui relève du droit. Hayek n'a pas de mots assez durs pour ces « jeunes générations » qui réclament sans cesse des droits en croyant détenir une « créance de justice sur la société »²⁶. L'opposition de principe d'Hayek aux droits économiques et sociaux est connue. Mais même les droits civils et politiques sont définis de façon très minimale, non pas comme l'expression d'un droit à l'autonomie individuelle et collective, mais comme la simple expression d'une aspiration à ce que le pouvoir politique soit exercé de manière impersonnelle. De même que son progressisme du marché ne se confond pas avec l'émancipation, son libéralisme de la Constitution n'équivaut pas à un libéralisme des droits. Le seul enjeu qui vaille pour préserver les libertés individuelles, ce n'est pas une Déclaration des droits mais l'instauration d'un gouvernement limité qui suppose, comme chez Burke, la mise en œuvre d'un régime mixte. Cette

²⁵ F. HAYEK, *Droit, législation et liberté* (1973-1979), PUF, Paris, 2013, pp. 88 et 244 (Première partie : Règles et ordre).

²⁶ *Ibid.*, p. 519.

réticence néo-libérale vis-à-vis des droits de l'homme est d'ailleurs cohérente, car Hayek avait très bien compris qu'on ne peut dissocier les droits de l'homme et les droits du citoyen, que l'égalité des droits induit le pouvoir du peuple, et que liberté et égalité s'appellent réciproquement.

D'un point de vue historique, ensuite, l'offensive ultra-libérale a trouvé ses premiers terrains d'application dans le Chili des années 1970, lorsque les « Chicago Boys » qui avaient en charge la politique économique sous Pinochet produisirent ce que Milton Friedman appela admirativement le « miracle chilien ». C'est dans ce contexte d'une alliance entre économie néolibérale et terreur politique que Friedrich Hayek se rendit à plusieurs reprises au Chili (où la Société du Mont-Pèlerin tint une réunion en 1981) et adouba quasiment le régime tortionnaire de Pinochet en expliquant, dans un entretien au journal *El Mercurio* du 12 avril 1981, que la dictature pouvait être nécessaire pour assurer la transition vers une économie de marché authentiquement libre, et que les dictatures libérales valaient mieux que les démocraties insuffisamment libérales (par quoi était visée l'idée d'une démocratie socialiste incarnée par Allende). Hayek ne faisait ainsi que confirmer un propos qu'il avait déjà tenu dans *La Constitution de la liberté* : la démocratie « a pour opposé le gouvernement autoritaire » tandis que le libéralisme s'oppose au « totalitarisme », car « une démocratie peut détenir des pouvoirs totalitaires et il est concevable qu'un gouvernement autoritaire agisse selon des principes libéraux »²⁷.

La révolution néo-libérale va ensuite se déployer dans le gouvernement de Margaret Thatcher (1979-1990) et sous la présidence Reagan (1981-1989), dont on se souviendra qu'ils ont tous deux soutenu l'Afrique du sud de l'apartheid. Marcel Gauchet a très bien analysé la dimension « proprement conservatrice » du néo-libéralisme tel qu'il se réalise lors des moments thatchériens et reaganiens. Dans les deux cas, l'ambition de lutter contre le déclin économique par la libéralisation des marchés va de pair avec la volonté d'enrayer un « déclin spirituel » marqué par la permissivité en matière de mœurs. Au Royaume-Uni, Margaret Thatcher incarne l'Angleterre d'avant, celle des « valeurs victoriennes » fondées sur le travail, l'effort, les valeurs familiales et l'exaltation de la fierté nationale. Aux États-Unis, à la faveur de la conjonction entre néo-libéralisme et néo-conservatisme (et de l'appui de la droite religieuse), la dénonciation de l'État social se combine à celle de la contre-culture des années 1960 et du laxisme moral, dont un des symptômes est la légalisation du droit à l'avortement par l'arrêt *Roe vs. Wade* de 1973.

²⁷ F. HAYEK, *The Constitution of Liberty* (1960), Definitive Edition, University of Chicago Press, 2011, p. 166.

Là aussi, la loi du marché – dont Gauchet note à juste titre qu'elle est un « puissant facteur de discipline sociale » par les sanctions qu'elle impose à ceux supposés vivre aux dépens de la collectivité – s'articule à une valorisation de la famille traditionnelle et à un renouveau de la ferveur patriotique. Du coup, il est d'autant plus incompréhensible que le même Marcel Gauchet caractérise la « dominance néo-libérale » qui s'installe dans les années 1970 comme un « monothéisme des droits de l'individu », qui ne lirait la vie collective qu'à partir des droits inconditionnels de l'individu abstrait. Où sont les droits inconditionnels de l'individu dans l'opposition de Reagan au droit à l'avortement ? Où est la vie collective réduite aux droits abstraits des individus dans l'exaltation identitaire opérée lors de la guerre des Malouines ?

De même, dans le monde contemporain, les Etats qui promeuvent la dérégulation et la destruction du droit social sont généralement aussi ceux qui promeuvent des formes de nationalisme et un refus des droits humains. Vaclav Klaus hier en Tchéquie, Victor Orban en Hongrie, Donald Trump aux Etats-Unis autorisent à se demander si la vérité du néolibéralisme n'est pas dans une « malsaine alliance entre Schmitt et Hayek » où l'on serait tenté de voir la possibilité la plus menaçante de notre futur²⁸. Et de fait on voit parvenir au pouvoir, des Etats-Unis de Trump aux pays du « groupe de Visegrad », des idéologies qui combinent leur adhésion au capitalisme néolibéral avec l'autoritarisme, une vision patriarcale de la famille et un chauvinisme culturel. Tous s'attaquent aux minorités et dissidents en foulant aux pieds les droits de l'homme.

C'est pourquoi il faut rester prudent face à l'idée largement reçue selon laquelle le néo-libéralisme se fonderait sur la déconnexion avec les collectifs d'un individu soucieux de ses seuls droits. Certes, la rationalité « marchande » du néo-libéralisme ne se confond pas avec la rationalité « morale » du néo-conservatisme fondée sur l'idéal du dévouement à la collectivité. Mais il existe, comme l'a montré Wendy Brown, une convergence politique entre ces deux courants qui visent à limiter, voire à destituer les principes civiques d'autonomie, de liberté politique et d'état de droit, et donc à dé-démocratiser le monde²⁹. Le néo-libéralisme n'est pas une politique des droits de l'homme mais une politique de l'efficacité des marchés.

²⁸ Selon l'expression de W. E. SCHEUREMAN, « The unholy alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek », *Constellations*, 4/2, 1997, pp. 172-188.

²⁹ W. BROWN, « Le cauchemar américain. Néolibéralisme, néo-conservatisme et dé-démocratisation » in *Les habits neufs de la politique mondiale*, Les Prairies ordinaires, Paris, 2007, pp. 91-137.

CONCLUSION :
CONTRE LES LEURRES DE L'ANTI-INDIVIDUALISME

Tout travail de renouvellement du concept des droits de l'homme suppose sans doute de récuser la façon dont la notion d'individualisme est aujourd'hui discréditée à coups d'amalgames qui favorisent de dangereuses confusions politiques. Dans son usage stigmatisant, la notion d'individualisme assimile en un tout indistinct les expressions du narcissisme et de l'égoïsme consumériste et des revendications qui relèvent du refus de la destruction totalitaire de l'individu, de la défense du principe de l'égalité des droits, du souci des conditions sociales de l'autonomie individuelle (sans laquelle il n'est pas de responsabilité) et de la volonté d'assurer à chacun ce que Rawls appelait « les bases sociales de l'estime de soi ».

Face à ce discours hâtif, porteur d'un projet de normalisation, il s'agirait de distinguer trois modèles historiques de l'individualisme libéral :

1. L'individu propriétaire de soi, garanti dans son indépendance par les droits inaliénables qui lui permettent de jouir des fruits de sa propriété : c'est la figure du libéralisme « classique » élaborée dans toutes ses surdéterminations par Benjamin Constant, et qui se partage en une version élitaire ou censitaire (Guizot) et une version démocratique, quasi républicaine ou jeffersonienne (Tocqueville).

2. L'individu « souverain » sur soi, qui anime l'ambition d'un libéralisme social qui va de John Stuart Mill à John Rawls, et qui converge avec le socialisme démocratique d'un Jaurès ou d'un Bernstein.

3. L'individu « entrepreneur » de soi, qui s'est imposé dans le modèle néo-libéral où le sujet n'est plus le titulaire de droits inaliénables, mais le détenteur d'un capital de droits qui peuvent, par une forme d'auto-exploitation, être « librement » résiliés dans des échanges marchands. Le néo-libéralisme rompt ici avec le libéralisme classique en substituant, à l'idéal d'un individu assuré de son indépendance par son droit de propriété, la figure d'un individu propriétaire de ses droits comme d'un capital négociable, d'un individu entrepreneur de lui-même qui doit obéir aux ordres du marché dont il dépend³⁰.

Bien sûr, on peut juger que l'individualisme libéral n'est pas suffisant, en ce qu'il ne permet de penser pleinement ni la formation sociale des individus, ni l'autonomie proprement collective qui est une des conditions de l'autonomie individuelle. Mais cette insuffisance ne sera certainement pas dépassée par une régression populiste qui renonce aux idéaux d'autonomie et

³⁰ Voir A. GARAPON, « Michel Foucault visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, 2013/4, n°52, pp. 39-49.

d'émancipation en écartant l'analyse du social et de ses contradictions au profit de la fiction d'une « communauté » ou d'un « nous » fusionnel, défini par l'hostilité à un « eux » qui risque de réactiver la figure du bouc émissaire. Il convient bien plutôt de réarticuler les idéaux de l'autonomie individuelle à l'analyse de leurs conditions sociales ainsi qu'aux pratiques collectives et aux savoirs partagés qui les soutiennent.

TABLE DES MATIÈRES

PROPOS INTRODUCTIFS

<i>Les critiques des droits de l'homme et le droit</i> Edouard DUBOUT et Sébastien TOUZÉ	7
<i>Plaidoyer pour les droits de l'homme. La pensée politique à l'épreuve des critiques contemporaines des droits de l'homme</i> Justine LACROIX et Jean-Yves PRANCHÈRE	25

RADIOSCOPIE DES CRITIQUES

<i>Criticism of the European Convention on Human Rights system : Tracing its origins, contents and degrees</i> Sarah LAMBRECHT	45
<i>L'état des critiques dans le champ juridique : un déni ?</i> Olivier DE FROUVILLE	77
<i>L'approche positiviste : une critique contemporaine du droit international des droits de l'homme ?</i> NIKI ALOUPI	99
<i>Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales : l'efficacité des techniques du droit international des droits de l'homme en question</i> Hélène RASPAIL	117

LES CRITIQUES FACE À LA RÉALITÉ JURIDIQUE

<i>L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme</i> Xavier BIOY	153
<i>Le communautarisme dans le contentieux des droits de l'homme</i> <i>De la pertinence des critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme</i> Claire LANGLAIS	181
<i>Populisme et droits de l'homme. Du désenchantement à la riposte démocratique</i> Laurence BURGORGUE-LARSEN	199

FAIRE FACE AUX CRITIQUES

<i>Etayer les justifications juridictionnelles de la protection des droits et libertés ?</i> <i>Les cas du référé-liberté et du contentieux constitutionnel</i> Véronique CHAMPEIL-DESPLATS	265
<i>Le droit international et régional des droits de l'homme</i> <i>face à l'argument souverainiste : réagencer les mécanismes de protection ?</i> Laurent TRIGEAUD	279
<i>Les droits de l'Homme : arme politique et cause civique</i> Danièle LOCHAK	293

PROPOS CONCLUSIFS

par Jean-François KERVÉGAN	313
----------------------------------	-----

Les critiques formulées à l'encontre des droits de l'homme resurgissent dans la pensée contemporaine. Emanant du champ des études politiques, philosophiques, sociologiques, ou même historiques, ces critiques, parfois contradictoires entre elles, imputent aux droits de l'homme une large part des travers des sociétés actuelles en dénonçant à la fois leur légitimité, leurs finalités, et leurs effets sur nos formes de vie.

Pourtant, la plupart des ces critiques ignorent en grande partie le discours juridique qui donne consistance aux droits de l'homme. L'objectif du présent colloque est de cartographier les différents arguments critiques adressés aux droits de l'homme et de les éprouver à la réalité juridique. De cette approche est issue une réflexion pour proposer des pistes de refondation des concepts et techniques de protection des droits de l'homme.

Cet ouvrage rassemble les contributions de Niki Aloupi, Xavier Bioy, Laurence Burgorgue-Larsen, Véronique Champeil-Desplats, Edouard Dubout, Olivier de Frouville, Jean-François Kervégan, Justine Lacroix, Sarah Lambrecht, Claire Langlais, Danièle Lochak, Jean-Yves Pranchère, Hélène Raspail, Sébastien Touzé, Laurent Trigeaud.



ISBN 978-2-233-00900-5

34 €