

LES PACTES SONT-ILS ENTRÉS DANS L'ÂGE DE LA POST-MODERNITÉ ?

Olivier DE FROUVILLE

*Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas,
Membre de l'Institut Universitaire de France,
Membre du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies*

1. Pour tenter de répondre à cette question, il faudrait tout d'abord essayer de s'entendre sur ce que l'on entend par « post-modernité ». Cela n'a rien d'évident car l'expression ne renvoie à aucun contenu, si ce n'est l'idée du dépassement d'un état précédent qui, lui, est saturé de contenu : la modernité. Ce que l'on peut dire, c'est que l'idée de post-modernité – qu'elle postule, défende ou constate un dépassement de la modernité – part presque inmanquablement d'une critique de la modernité, moins comme moment historique que comme projet politique, ou bien encore comme système philosophique. Mais les critiques adressées à la modernité, très nombreuses et variées, aboutissent elles-mêmes à des propositions différentes qui s'étalent sur un large spectre : depuis la proposition d'ajustements à apporter par rapport au projet initial jusqu'à une proposition de renversement ou de destruction de ce projet. Certaines critiques regardent vers le passé et proposent, au nom de la *post*-modernité, le retour à une *pré*-modernité, par exemple par un retour aux philosophies holistes (philosophies des peuples autochtones, cosmologies, philosophies de la Nature) ; d'autres regardent vers le futur et proposent un dépassement de la modernité au nom de ce que celle-ci a permis de penser : l'indétermination fondamentale de l'être humain. D'une certaine manière, le post-humanisme et le transhumanisme peuvent encore, dans certaines de leurs versions, s'identifier à un humanisme.

2. Les Pactes, comme instrument juridique, restent très fortement ancrés dans la modernité, dans la ligne de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Ils en empruntent les codes, le discours et les thèmes et cela dès le premier paragraphe du Préambule qui « reconnaît » (et ce faisant affirme la préexistence à sa proclamation) la « dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » ainsi que leurs « droits égaux et inaliénables » (par conséquent des droits *réputés* de droit naturel) et se situe d'emblée dans une perspective cosmopolitique, en faisant de cette « reconnaissance » rien moins que le « fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. »

La question est donc de savoir si et dans quelle mesure, en dépit de cet ancrage fort dans la modernité, les Pactes et les organes d'experts qui en assurent l'application se sont adaptés à une société internationale post-moderne ? Je limiterai ma présentation à ce que je connais le mieux, par la force des choses, à savoir le Pacte international sur les droits civils et politiques et le Comité des

droits de l'homme (CDH). Je répondrai en deux temps, en prenant quelques exemples à l'appui, en montrant d'une part comment le Pacte et le Comité se sont adaptés au discours et au contexte de la post-modernité et dans un second temps les limites de cette adaptation et les controverses actuelles.

I. Premier temps, les Pactes s'adaptent au contexte et au discours de la post-modernité, dans la mesure où les droits de l'Homme sont à la fois des produits de la modernité et en même temps les moteurs d'une critique interne à la modernité. Je voudrais rapidement évoquer deux aspects qui me semblent parlant à cet égard.

1. Tout d'abord, le Pacte et le Comité ont contribué largement à la déconstruction d'un autre discours de la modernité qui est celui de la souveraineté internationale de l'Etat¹. Le droit international moderne s'est construit tout entier sur quatre présupposés liés entre eux : 1°) L'Etat est conçu comme une *personne autonome*, donc libre de se donner à lui-même ses normes ; le droit international est donc fondé sur *la volonté* de l'Etat comme personne morale ; 2°) Le principe *d'indifférence* à la religion et, par la suite, aux formes de régimes politiques ou à la politique économique, ce principe permettant d'assurer la coexistence pacifique entre entités souveraines ; 3°) La séparation étanche entre une sphère interne et une sphère internationale ; 4°) Par conséquent la négation de la personnalité juridique de l'individu.

L'introduction des droits de l'Homme dans le droit international vient complètement déstabiliser cet édifice et torpille en fait les fondements mêmes du droit international moderne.

A cet égard, le Comité a apporté sa pierre à cette déstabilisation. On pourrait dire par son existence même, c'est à dire par le fait même qu'il est un organe de contrôle, mais cela n'a rien de spécifique.

Ce qui est spécifique, en revanche, c'est sa contribution à l'interprétation du droit des traités dans la logique des droits de l'Homme, c'est à dire dans une logique qui contredit la logique consensuelle du droit des traités, elle-même fondée sur les présupposés modernes du droit international (la volonté de l'Etat comme fondement du droit international).

Il faut rappeler à cet égard que le CDH a publié coup sur coup dans les années 90 deux observations générales importantes, l'une sur les réserves² et l'autre sur la continuité des obligations des Etats parties au Pacte³.

¹ V. notamment notre contribution « L'actualité du droit naturel en droit international », *Revue québécoise de droit international. Théories et réalités du droit international public au XXI^e siècle*, hors série, mars 2016, pp. 43-55.

² *Observation générale n° 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou de ses protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 1994.

³ *Observation générale n°26 sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1997.

On se souvient des controverses occasionnées par la première qui ont ouvert un « dialogue » inédit, mais significatif, entre le droit international moderne et les droits de l'Homme, incarnés en l'occurrence par des institutions, la CDI d'un côté et les comités de l'autre en particulier le CDH⁴.

La seconde observation générale était peut-être encore plus radicale dans ses affirmations, puisqu'à l'issue d'une analyse d'ailleurs juridiquement fragile⁵, elle aboutissait surtout au constat de la totale incompatibilité entre la logique consensuelle du droit des traités et la logique de droits qui, au moment même où un Etat ratifie le traité, sont « reconnus » (et non pas accordés) et par conséquent se placent hors de portée de la volonté des Etats eux-mêmes, ce que j'avais appelé leur caractère « intangible » :

« Les droits consacrés dans le Pacte appartiennent aux individus qui vivent sur le territoire de l'Etat partie. Le Comité des droits de l'Homme a constamment été d'avis, comme le montre de longue date sa pratique, que dès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due, quelque modification qu'ait pu subir le gouvernement de l'Etat partie, y compris du fait d'un démembrement en plusieurs Etats ou d'une succession d'Etats et en dépit de toute mesure que pourrait avoir prise ultérieurement l'Etat partie en vue de les dépouiller des droits garantis par le Pacte. »⁶

2. Deuxième aspect de cette contribution du Pacte et du Comité au passage à la post-modernité, c'est la prise en compte des différences contre une interprétation abstraite typiquement « moderne » du concept d'universalité.

Une des critiques adressées par la post-modernité aux droits de l'Homme est souvent que, en tant que partie du discours de la modernité, ils tendent en fait à consolider voir à réifier ce qu'Etienne Balibar appelle les « différences anthropologiques », à savoir par exemple la différence du normal et du pathologique, la division de l'humanité en races ou cultures et la différence des sexes surdéterminée par celle des sexualités ou du genre. Ces différences spécifiques qui « à l'époque moderne (...) servent à 'gouverner' l'humanité des Hommes et leur accès inégal à la citoyenneté »⁷.

Or tous les juristes spécialistes des droits de l'Homme voient bien que loin de réifier ces différences anthropologiques, les droits de l'Homme appellent constamment à les remettre en question. La juridicisation des droits de l'Homme a permis en fait de traquer les discriminations de fait pratiquées en leur nom – Habermas a bien montré à cet égard qu'il n'y avait pas de contradiction entre les droits de l'Homme et la reconnaissance mais « qu'au contraire une théorie des

⁴ V. O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, not. pp. 389-399. Et notre commentaire du rapport général d'Alain Pellet dans SFDI, *Actualités des réserves aux traités. Journée d'études de Nanterre*, Paris, Pedone, 2014, pp. 39-44.

⁵ O. de Frouville, *L'intangibilité...*, *op. cit.*, pp. 469-480.

⁶ Observation générale n° 26, *op. cit.*, § 4.

⁷ BALIBAR Etienne, *Des Universels. Essais et conférences*, Paris, Galilée, 2016, p. 147.

droits bien comprise requiert précisément une politique de la reconnaissance qui protège l'intégrité de l'individu, y compris dans les contextes de vie qui forment son identité »⁸.

A cet égard, je pense que le Comité – mais c'est une remarque qu'on pourrait étendre probablement à l'interprétation que l'ensemble des organes des Nations Unies font des droits de l'Homme – tend à essayer de tenir le pari dont parle Danièle Lochak, à savoir « le pari qu'il existe une voie médiane entre universalisme éradicateur des différences et un relativisme généralisé liant l'existence de valeurs communes à portée universelle »⁹.

Sur ce point, le Comité – en fait les deux Comités « généralistes » – ont bénéficié de l'apport des traités et des organes « catégoriels », parce que le Comité au titre de ses clauses de non-discrimination reprend une grande partie des constats faits par ses « sister committees » sur les femmes, les enfants, les personnes handicapés, ou sur la discrimination raciale. J'en veux pour preuve la plus avancée, le progrès rapide ces dernières années de l'attention portée aux personnes atteintes de maladies mentales – la « folie » est évidemment une des différences anthropologiques majeures au nom de laquelle un certain discours et une certaine pratique de la modernité a pu prôner la relégation, l'enfermement et la torture de catégories entières de la population.

Autre preuve que le Comité est d'une certaine manière à la pointe de cette évolution, c'est la manière dont il a pris – comme d'autres comités – en charge la question des discriminations à l'égard des personnes LGBT. Il est intéressant de voir aussi que depuis 2016, il prend soin de répertorier parmi les « mesures positives » la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe¹⁰.

II. Dans un deuxième temps, je veux toutefois souligner les limites de cette adaptation à la post-modernité, mais aussi les controverses.

1. Commençons par les controverses ou les points encore instables. Tout d'abord il faut remarquer qu'ils ne sont pas si nombreux et qu'ils sont réduits quant à leur ampleur.

a) Il existe encore des divergences sur ce que l'on pourrait appeler la « question de l'identité », c'est à dire le compromis à trouver entre ce que Charles Taylor appelait une politique de l'égalité et une politique de la différence. Je ne veux pas citer le cas de la France, qui est assez particulier, mais on a vu le jugement porté par le Comité à la fois sur l'interdiction du turban sikh et sur le port du

⁸ HABERMAS Jürgen, « La lutte pour la reconnaissance dans l'Etat de droit démocratique », in *L'intégration républicaine*, J. Habermas, trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 210.

⁹ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Puf, 2010, p. 185.

¹⁰ V. *Observations finales sur le sixième rapport du Canada*, 13 août 2015, CCPR/C/CAN/CO/6, § 3-b ; *Observations finales sur le septième rapport périodique de la Colombie*, 17 novembre 2016, CCPR/C/COL/CO/7, §§ 16 et 17 ; *Observations finales sur le sixième rapport périodique de l'Italie*, 1 mai 2017, § 3-a et voir aussi §§ 10 et 11 sur l'adoption d'enfants par des couples du même sexe et l'égal accès à la PMA.

voile islamique¹¹. Nous avons eu aussi des discussions sur la question des statistiques ethniques ou en direction des minorités, mais là je dois dire que la controverse est faible – je me suis trouvé bien seul à poser la question de savoir s’il était opportun de demander à un Etat qui ne reconnaît pas le concept d’ethnie de faire des statistiques ethniques¹².

Inversement, il n’existe pas non plus de position très nette sur les limites à la liberté d’expression pour des discours « identitaires » haineux à l’encontre des autres, comme l’a montré l’affaire Geert Wilders¹³.

Sur ce point, le Comité s’est doublement divisé :

- sur la recevabilité à propos de la qualité de « victimes » des personnes musulmanes qui se disaient victimes des discours de Wilders ;
- sur le contrôle que le Comité devrait opérer quant à l’évaluation des propos par les juridictions nationales ;
- et en toile de fond, sur la nécessité ou pas de sanctionner de tels propos sur le plan pénal.

Cette division contraste avec la position forte et claire prise par le Comité, dans le cadre de son Observation générale n° 34 (article 19 sur la liberté d’expression), sur la question du blasphème, y compris la « diffamation des religions », mais aussi sur les « lois mémorielles »¹⁴.

b) De même, je ne pense pas que le Comité soit allé au bout de la logique post-moderne s’agissant de la critique de la place que la modernité et les droits de l’Homme font aux femmes. Les controverses se centrent autour de l’application de l’article 26.

Dans l’affaire *M.T. c. Ouzbekistan*, le Comité s’est trouvé divisé sur le constat de violation de l’article 26 en lien avec des violences qui avaient clairement une dimension sexiste, en ce qu’elles visaient spécifiquement les femmes¹⁵.

Mais là où les controverses sont les plus vives c’est sur la question de l’avortement, comme l’a montré notamment la récente affaire *Mellet c. Irlande*¹⁶.

¹¹ V. respectivement communication n° 1928/2010, *Singh c. France*, 19 juillet 2013 ; *Observations finales sur le cinquième rapport périodique de la France*, 17 août 2015, CCPR/C/FRA/CO/5, § 22.

¹² V. toutefois les *Observations finales sur le deuxième rapport périodique de la Grèce*, 3 décembre 2015, CCPR/C/GRC/CO/2, qui, tout en notant le problème de l’absence de statistiques sur la composition ethnique et culturelle de la population, s’abstient de faire une recommandation à l’Etat sur ce point. *Contra Observations finales sur le cinquième rapport périodique de la France*, *op. cit.*, § 6.

¹³ Communication n° 2124/2011, *Mohammed Rabbæ, A.B.S. et N.A. c. Pays-Bas*, 14 juillet 2016. Le texte des constatations est suivi de sept opinions signées de onze membres du Comité, un record ! Ce qui démontre l’ampleur de la controverse.

¹⁴ *Observation générale n° 34 : Liberté d’opinion et liberté d’expression*, 2011, §§ 48-49.

¹⁵ Communication n° 2234/2013, *M.T. c. Ouzbekistan*, 23 juillet 2015. V. en particulier l’opinion dissidente de M. Dheerujlall Seetulsingh et inversement l’opinion concordante de Mme Sarah Cleveland et M. Olivier de Frouville. V. les observations de Diane ROMAN dans la chronique RÉGINE, « Droit et genre, janvier 2015-mars 2016 », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 915-926.

Le fœtus que Mme Mellet portait était atteint d'une maladie qui le condamnait à mourir dans le ventre de sa mère. Celle-ci a donc cherché à mettre un terme à sa grossesse et a dû, pour ce faire, voyager en Grande-Bretagne, non sans s'être vue opposer le silence des médecins qui refusaient de la conseiller. Le Comité a reconnu des violations des articles 7 et 17 mais s'est divisé sur la question de l'article 26. Certains membres acceptaient de reconnaître une violation de l'article 26 pour discrimination, mais uniquement entre femmes et sur la base d'un critère social (entre celles ayant les moyens financiers pour voyager en Grande-Bretagne et les autres)¹⁷. Mais d'autres membres souhaitaient aller plus loin et reconnaître en l'occurrence une discrimination entre hommes et femmes, car ils voulaient dénoncer que l'obligation qui était faite aux femmes de porter leur enfant non viable jusqu'à terme était révélateur d'une discrimination structurelle fondée sur des stéréotypes profondément ancrés dans la société et ayant pour résultat de réifier la femme, de la réduire à son corps conçu lui-même comme un outil de reproduction¹⁸.

L'argument du gouvernement irlandais était plus simpliste et on pourrait dire typiquement « moderne » – c'est à dire aveugle aux discriminations exercées au nom même de l'égalité : puisque les hommes ne peuvent pas avoir d'enfants, seules les femmes se trouvent dans cette situation. A situation différente traitement différent et donc il ne peut pas y avoir discrimination entre hommes et femmes...

2. Enfin, le Pacte et le Comité trouvent leur limite dans le caractère anthropocentrique des droits de l'Homme et de ce point de vue, il n'y a pas eu vraiment de réflexion approfondie sur les rapports entre droits de l'Homme et Nature au Comité, ou encore sur la question de la relation aux animaux.

On peut rappeler à cet égard une discussion révélatrice à l'occasion du débat sur le paragraphe 16 du projet d'Observation générale n° 36, en première lecture. Il était écrit dans le projet : « Bien qu'il soit inhérent à toute personne du simple fait de son appartenance à la famille humaine, le droit à la vie n'est pas absolu ». Cette expression de « famille humaine » était reprise des préambules de la DUDH et du Pacte : « Considérant 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. »

M. Yadh Ben Achour considéra cependant qu'il n'était pas opportun d'opérer un lien spécifique entre le droit à la vie et l'appartenance à la famille humaine. Pour M. Ben Achour, le droit à la vie est lié au fait d'être un être sensible et les humains ne sont, de ce point de vue, pas différents des animaux. L'affirmation

¹⁶ Communication n° 2324/2013, *Amanda Jane Mellet c. Irlande*, 31 mars 2016. Et dans le même sens : communication n° 2425/2014, *Siobhan Whelan c. Irlande*, 17 mars 2017.

¹⁷ V. l'opinion partiellement dissidente d'Anja Seibert-Fohr.

¹⁸ V. les opinions individuelles de Yadh Ben Achour, de Sarah Cleveland, et l'opinion conjointe de Victor Rodriguez-Rescia, Fabian Salvioli et Olivier de Frouville.

du Comité relevait donc d'une forme de « spécisme ». Pour ma part, sans partager nécessairement tous les présupposés avancés par M. Ben Achour (et notamment sur le lien entre *droit* et nature sensible), j'ai soutenu la suppression de la référence à la « famille humaine » dans ce contexte, en considérant qu'il valait mieux éviter, de manière générale dans ce type de texte juridique, des références trop marquées à des conceptions philosophiques, y compris lorsqu'elles se rattachent à des présupposés de la modernité aujourd'hui remis en question¹⁹.

En définitive, on le voit, le paysage est plus contrasté qu'il n'y paraît. Il serait clairement inexacte de dire aujourd'hui que les Pactes et ceux qui les interprètent restent totalement tributaires de la modernité et que les droits de l'Homme (juridiques) n'ont pas pris en compte les critiques que la « post-modernité » leur adresse. Pour autant, la source d'inspiration, le mouvement qui porte les droits de l'Homme reste l'idéal de la modernité.

Garder cet idéal ne revient pas, je crois, à nier les droits des minorités ou à imposer le règne des privilégiés, ni même à considérer la Nature dans son autonomie propre et non plus seulement comme « environnement ». La modernité, parce qu'elle se fonde sur la reconnaissance et le respect de l'altérité *en raison* de l'appartenance commune au genre humain, n'est fidèle à elle-même que si elle s'incarne dans une pensée *critique*, qui remet constamment en jeu et en discussion les fondements acceptés. Et ce programme, parce qu'il est avant tout ouverture à l'altérité et à l'interrogation, est un programme universel. C'est précisément à la destruction de cet idéal que travaillent de manière convergente les fascistes, intégristes et extrémistes de tous bords, de Geert Wilders à l'Etat islamique. Pour citer encore une fois, en conclusion, Danièle Lochak : « L'idéal d'universalité lui-même est une idée forte et précieuse qu'il ne faut pas abandonner, car les droits de l'Homme restent une référence et une arme pour tous ceux qui luttent pour la liberté »²⁰.

¹⁹ Compte rendu de séance analytique (malheureusement désormais uniquement en anglais !) de la 3288^{ème} séance du Comité des droits de l'Homme, doc. CCPR/C/SR/3288, « 37. Mr. Ben Achour said that the reference in the first sentence to “the human family” was an example of speciesism. Humans shared a common heritage with all living, sentient beings. The right to life protected humans not because they were members of the “human family”, but because they were living, sentient beings. In that respect, humans were no different from animals. It was important, at least once in the history of the Human Rights Committee, to raise the issue of animal rights. [...] 40. Mr. de Frouville said that he supported Mr. Ben Achour’s statement relating to speciesism. The Committee might wish to avoid questionable philosophical references, such as that included at the beginning of paragraph 16, which arose from natural law and were overly human-centric to the detriment of other living beings ».

²⁰ LOCHAK Danièle, *op. cit.*, p. 184.