

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

L'ÉTAT DES CRITIQUES DANS LE CHAMP JURIDIQUE : UN DÉNI ?

OLIVIER DE FROUVILLE

Professeur de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Les organisateurs de colloque m'ont confié un sujet en forme de question : peut-on parler d'un « déni » de la critique des droits dans le champ juridique ? Par « champ juridique », je pars du principe que les organisateurs ont pensé au « champ de la doctrine juridique » au sens large, et donc plutôt au discours sur le droit ainsi qu'aux concepts utilisés pour décrire le droit donc, autrement dit, au langage et au « méta-langage » du droit plutôt qu'au droit positif¹.

Nous savons tous que les droits de l'homme font l'objet de critiques dans les champs d'autres disciplines, notamment la philosophie et la science politique². Est-ce que les juristes seraient une exception ? Et notamment : du fait qu'ils ont aujourd'hui le statut de normes juridiques positives, les droits de l'homme sont-ils immunisés contre toute forme de critique ?

Pour tenter de répondre à cette question, il faut commencer par remarquer que le « champ juridique » n'est pas univoque, et qu'il est même caractérisé par une grande diversité d'approches.

Plus exactement, il me semble utile de distinguer, aux fins de cette intervention, deux principales approches critiques :

- une approche critique « interne », se réclamant du positivisme juridique, d'un côté, dont les objections s'inscrivent *dans le cadre droit positif* et prétendent s'interdire tout jugement à l'aune de critères tirés d'autres champs disciplinaires ou d'ordres normatifs non juridiques ;

- une approche critique « externe » qui, à l'inverse, revendique la mise à contribution des critères de jugements extérieurs au droit positif. Il s'agit notamment de « juger » le droit à la lumière de ses effets sociaux, politiques, économiques ou encore de sa « moralité ».

On peut considérer que cette deuxième approche se subdivise elle-même en deux sous-écoles : l'une qui affiche plus ou moins explicitement, plus ou moins franchement une *visée de contestation et de remise en cause du*

¹ Sur cette distinction, v. M. TROPER, « Les concepts juridiques et l'histoire », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. « Leviathan », Paris, 2011, pp. 255-268.

² Cf. pour une excellente analyse et critique des critiques : J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l'Homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Seuil, Paris, 2016, 352 pages.

discours des droits de l'homme et une autre – qui n'en est pas moins critique – qui se donne pour objectif de *défendre* les droits de l'homme et plus largement le discours de la Modernité qui les sous-tendent à la fois comme philosophie et comme normes juridiques. Il est entendu que dans le cadre limité de cette présentation, je m'en tiendrai aux discours produits *par des juristes* de formation, à l'exclusion des auteurs formés à d'autres sciences, même si ces discours critiques « externes » émanent souvent de spécialistes d'autres disciplines comme la philosophie³.

I. L'APPROCHE « POSITIVISTE » CRITIQUE

J'utilise le terme « positiviste » entre guillemets car il ne s'agit évidemment pas ici de parler des auteurs « positivistes » en général – dont je suis ! – mais plutôt d'un discours doctrinal situé qui s'est développé dans le courant des années 90 et a produit un discours critique du droit international des droits de l'homme (ci-après DIDH), en ce que son interprétation serait caractérisée par des tendances « autonomistes », voire « séparatistes » et créerait ainsi des incohérences avec d'autres normes du droit international ou du droit interne.

Ceci étant précisé, on pourrait être en effet tenté de parler de « déni » à propos de cette approche se revendiquant du positivisme, si ce déni n'était pas la conséquence directe du présupposé méthodologique avancé par ces « positivistes » eux-mêmes, à savoir que la méthode positiviste devrait s'interdire de « juger » le droit à l'aune d'autres considérations que des considérations strictement juridiques.

Dans cette perspective, la critique du droit n'est pas inexistante, mais elle devrait s'opérer à la lumière du droit lui-même et devrait par conséquent s'exprimer à travers des catégories d'évaluation tirées essentiellement de la *logique* avec pour visée l'évaluation de la *cohérence* du discours juridique. Ce que ce « positivisme » cherche à déterminer, par conséquent, c'est la validité d'une interprétation du droit, et donc son caractère *rationnellement ordonné*, avec pour point de repère, notamment, le *syllogisme juridique*.

Il s'agit par conséquent d'une critique « interne », d'une critique dans le cadre des « règles du jeu », qui s'interdit de critiquer ces règles, de les remettre en cause sur le fondement d'éléments externes au système. Ce qui est critiqué, ce sont les manquements éventuels des joueurs à la règle fixée au préalable, y compris lorsque la règle a été produite par les joueurs qui, ce faisant, s'imposent des contraintes supplémentaires pour l'avenir.

³ A cet égard, à propos d'une critique plutôt philosophique de la Modernité et notamment des droits de l'Homme et du versant cosmopolitique du droit international, v. « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme », in *Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme. Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris, 2017, pp. 1159-1178.

Cette démarche se trouve compliquée dans le domaine des droits humains par le fait que les énoncés qui se présentent comme droits de l'homme (ou comme obligations générales de l'Etat corrélatives d'un droit) se situent toujours à un grand niveau d'abstraction, c'est à dire au niveau d'abstraction d'un principe. Que l'on pense, par exemple, à la formulation du droit à la vie dans le paragraphe premier de l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques : « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie. » On peut évidemment multiplier les exemples et montrer que ces énoncés sont caractéristiques de la « texture ouverte » du droit dont parlait Hart. Il en résulte que le DIDH est un droit avant tout prétorien : c'est le type même d'un *judge-made-law* et le développement d'organes indépendants, de « tiers » qu'ils soient juridictionnels a permis l'expansion prétorienne du DIDH depuis plus de cinquante ans, que ce soit sur le plan régional ou sur le plan universel.

La méthode se réclamant du « positivisme » procède donc essentiellement à la critique des interprétations prétoriennes du DIDH, au nom d'interprétations qui se réclament d'une « scientificité », basées sur un certain formalisme logique. Ce qui est critiqué, c'est tout autant le travail normatif du juge ou de l'expert (le travail d'élaboration du DIDH sur la base des textes puis des interprétations existantes) que son travail d'application des règles prétoriennes aux cas particuliers (et notamment à travers la technique de mise en balance des intérêts).

Ainsi définie, la « critique » n'est pas absente du discours juridique. Elle en est même, dans une première variante, un lieu commun : c'est celle à laquelle tous les « commentateurs » et les « arrêttistes » se prêtent, sans même y penser, notamment dans les « chroniques de jurisprudence ». Au-delà de la description d'une jurisprudence (qui comprend la mise en perspective par rapport aux précédents, non seulement de l'organe auteur de la jurisprudence mais aussi parfois d'autres organes, selon une démarche comparatiste), la « critique » de la jurisprudence est une figure imposée de l'exercice de la chronique. Elle peut d'ailleurs trouver parfois un appui dans les opinions dissidentes jointes par les juges aux décisions prises par la majorité. Il s'agit de critiquer telle interprétation qui donnerait un contenu trop étroit ou au contraire trop large à une notion, ou encore de considérer comme étant mal opérée la mise en balance entre les droit individuels et les intérêts publics invoqués, souvent en prenant appui sur des précédents dégagés à partir de situations semblables. Dans cette variante, la critique de l'interprétation des droits de l'homme est donc énoncée par référence au DIDH, au nom des droits eux-mêmes, c'est-à-dire d'une interprétation jurisprudentielle antérieure des droits « légiférés ». Dans ce cadre, le discours juridique s'articule souvent autour d'une opposition entre « progressisme » et « conservatisme » juridique,

donc entre les partisans d'une évolution continue de l'interprétation et ceux d'un maintien des interprétations « classiques » voire initiales, y compris à travers une référence aux travaux préparatoires ou à la « volonté » des parties au traité.

Dans une deuxième variante – plus spécifique et qui est celle qui nous intéresse ici plus particulièrement – la critique se réclamant du positivisme juridique s'opère toujours par rapport à des normes préétablies, mais des normes issues d'autres ensembles normatifs que le DIDH. Cette variante est particulièrement vive dans le domaine des droits de l'homme, et prend la forme d'une critique du DIDH et de ses interprètes au nom du « droit international général », ou encore d'une critique méthodologique de ce qu'Alain Pellet a appelé, non sans moquerie, le « droits-de-l'homisme »⁴. Le débat a connu son apogée au milieu des années 90, en particulier en lien avec l'application aux conventions en matière de droits de l'homme du régime « général » établi par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁵. Il a trouvé un terrain d'expression privilégié lors du colloque de Strasbourg organisé en 1997 par la Société Française pour le Droit International⁶.

En introduction de ce colloque, le regretté Jean-François Flauss rappelait que « l'évolution de la protection internationale des droits de l'homme a cristallisé, sur le terrain de la théorie du droit international, une véritable querelle scolastique. » Selon lui, trois camps s'opposaient : le courant « intégriste » ou « traditionaliste » attaché à « neutraliser, ou à tout le moins » à « banaliser » les « aspérités atypiques des régimes internationaux de protection des droits de l'homme » ; à l'opposé, un courant « autonomiste » ou « sécessionniste » considérerait le droit international général comme « un obstacle [...] au développement de la protection internationale des droits de l'homme » ; et un troisième camp (dans lequel se situait sans aucun doute l'auteur) aurait prôné un « évolutionnisme modéré », préférant « sacrifier à l'empirisme plutôt qu'au dogmatisme » et mettant « l'accent sur les complémentarités existantes »⁷.

⁴ A. PELLET, « "Droits-de-l'homisme" et droit international », *Conférence commémorative Gilberto Amado*, 18 juillet 2000, Nations Unies. Et sur une critique de la critique : B. SIMMA, « Droits-de-l'homistes : fondamentalistes », in *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Pedone, Paris, 2017, pp. 211-214.

⁵ Ma thèse de doctorat avait précisément pour point de départ le débat sur la « spécificité » des droits de l'homme en droit international et la querelle qui faisait alors rage sur le régime des traités : cf. O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Pedone, Paris, 2004, 571 pages.

⁶ SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strasbourg*, Pedone, Paris, 1998, 344 pages.

⁷ J.-F. FLAUSS, « Introduction », in SFDI, *La protection des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 13-14. V. aussi l'intervention d'A. PELLET lors de la table ronde conclusive, pp. 294-298 et les conclusions générales de G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », pp. 306-341.

Le débat s'est, dans les années suivantes, cristallisé autour du régime des réserves aux traités, à l'initiative d'Alain Pellet, alors rapporteur spécial de la Commission du droit international des Nations Unies⁸. D'une certaine manière, les échanges et les discussions qui s'en sont suivies – y compris entre les membres de comités conventionnels, comme le Comité des droits de l'homme, et la Commission du droit international, entre les tenants d'une approche « spécifique » et les « généralistes » – a permis d'apaiser la controverse, qui paraît aujourd'hui dépassée.

Désormais, c'est davantage la question de la cohérence du DIDH avec les ordres juridiques nationaux qui est posée. Si le « droit-de-l'hommisme » est mis en cause, ça n'est pas tant parce qu'il subvertirait le droit international général, mais davantage parce qu'il interviendrait trop profondément dans les ordres juridiques internes, y compris dans des domaines qu'un certain nombre d'Etats cherchent à sanctuariser à travers la notion d'« identité constitutionnelle »⁹. Mais cette nouvelle critique, si elle s'adresse tout particulièrement aux droits de l'homme, vise aussi indirectement tout le droit « d'origine internationale », puisqu'il tend à remettre en cause la primauté du droit international sur le droit interne et le principe, rappelé notamment par l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel les Etats ne sauraient invoquer le droit interne pour ne pas exécuter leurs obligations internationales. Par ailleurs, ce nouveau discours critique entre en résonance avec un discours plus politique de réaffirmation des souverainetés et par conséquent d'un certain nationalisme juridique.

Au-delà de ce discours critique positiviste « interne », et parfois dans le prolongement ou en combinaison avec de telles critiques, on trouve les *perspectives externes*, qui voient dans les droits de l'homme un objet juridique critiquable en soi, à l'aune d'éléments externes au droit, c'est à dire de considérations philosophiques, historiques, sociologiques ou politiques. Ici le discours des juristes rejoint ou emprunte les arguments des autres disciplines pour articuler un discours critique sur le droit et sur « les droits » – puisque c'est alors bien souvent de cette manière que les « critiques » désignent les droits de l'homme.

⁸ V. ma thèse précitée et, après l'adoption du *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* : « Commentaire (I) », in SFDI, *Actualités des réserves aux traités. Journée d'études de Nanterre*, Pedone, Paris, 2014, pp. 39-44.

⁹ V. notamment le panorama très complet de P.-F. LAVAL, « Les limites constitutionnelles à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de la jurisprudence nationale comparée », *R.G.D.I.P.*, 2017, vol. 3, pp. 662-682 ; et les actes du colloque sur « L'identité constitutionnelle de la France et le droit international », *R.G.D.I.P.* 2014, pp. 481-662.

II. L'APPROCHE CRITIQUE EXTERNE DE CONTESTATION DES « DROITS »

« Les droits », « *rights* » : sans doute pour éviter d'écrire « les droits *de l'Homme* », c'est à dire au fond ne pas prêter le flanc à la *fable* des droits inhérents à la nature humaine, de « droits subjectifs » qui seraient « naturels »... Aussi pour opposer « les » droits au Droit, les (mauvais) droits subjectifs au (bon) droit objectif.

Les discours critiques externes des droits se confondent en grande partie avec un discours critique des concepts clés de la Modernité et de la Modernité elle-même comme projet et comme réalisation. En fait, on pourrait dire que tous les discours critiques des droits de l'homme se réclament soit de la pré-modernité, soit de la post-modernité et sont, unanimement, anti-modernes. Pour compléter cette cartographie, il me semble qu'on peut ajouter un deuxième axe, droite-gauche, qui se combine au premier.

Il peut sembler un peu bizarre d'utiliser cette catégorisation politique, surtout dans un discours sur la doctrine juridique et, qui plus est, à une époque où l'on veut faire croire que la distinction entre droite et gauche n'a plus aucun sens (une tentative qui fait toutefois l'objet de contestations et rencontre une certaine résistance). Mais je dois dire qu'à ce stade je n'ai pas trouvé mieux. Il convient toutefois d'accompagner l'utilisation de cette distinction d'une précaution de langage pour préciser quel sens j'entends lui donner dans le cadre de ce propos. Par « droite/gauche », je n'entends pas nécessairement un positionnement sur l'échiquier politique mais davantage des thèmes, mais aussi une inclinaison, un tempérament, voire un style. La droite : plutôt le regard tourné vers le passé, célébrant l'autorité (pas nécessairement ou uniquement celle de l'Etat) et craignant ou déplorant le chaos, magnifiant le pouvoir de la volonté et l'autonomie individuelle, se complaisant pour les pessimistes dans une esthétique de la décadence ou du déclin. La gauche : plutôt le regard tourné vers l'avenir, contestant l'autorité et les autorités (mais pas toujours et seulement celle de l'Etat) et appelant à l'« émancipation », célébrant parfois le désordre et le chaos, magnifiant les forces sociales et dévalorisant l'individu par rapport à la société et, pour les pessimistes, fascinés par une esthétique non pas du déclin ou de la décadence, mais de la catastrophe.

On a donc deux axes : horizontal avec comme pôles pré-modernité/post-modernité ; vertical avec comme pôles gauche et droite et donc quatre catégories aux termes d'une typologie qui vaut ce que valent toutes les typologies, c'est-à-dire pas grand-chose : pré-moderne de droite/de gauche ; post-moderne de droite/de gauche. Dans le cadre limité de cette contribution, je m'attarderai plus longuement sur le volet « post-moderne » de la critique pour une raison simple : c'est qu'il me paraît exercer une véritable influence

sur la pensée des juristes, y compris des internationalistes, ce qui me semble être moins le cas de la critique « pré-moderne ».

A. La critique pré-moderne

a) **La critique pré-moderne « de droite »** trouve son meilleur représentant en la personne de Michel Villey. Meilleur représentant car il est peut-être le seul ou l'un des seuls à s'être penché sur les droits de l'homme avec autant de sérieux, à avoir « pris les droits au sérieux » sur le plan théorique. On pourra bien entendu contester la qualification « de droite » pour un penseur qui se défiait des catégorisations et se défendait contre toute récupération politique¹⁰. Mais il n'en reste pas moins que Michel Villey se colle lui-même volontiers l'étiquette de « réactionnaire »¹¹ et qu'à ce titre il pourfend la « nouveauté » des droits de l'homme, signe de la décadence du droit moderne et de la société moderne¹², et appelle par conséquent à un retour aux « anciens » et notamment à Aristote et Saint Thomas d'Aquin mais aussi au droit romain classique. A travers les droits de l'homme, c'est évidemment à la Modernité toute entière que Villey s'en prend ; il le fait au nom du droit pré-moderne, du Droit objectif et de la Loi naturelle. Je ne reprends pas en détail l'argumentation, qui est déjà « classique » et connue. Je citerai seulement une partie du chapitre 9 de son livre *Le droit et les droits de l'homme*, un peu avant la conclusion, qui dit à peu près tout – le fond, le ton, l'état d'esprit, la radicalité de la critique aussi :

*« L'apparition des droits de l'homme témoigne de la décomposition du concept de droit. Leur avènement fut le corrélat de l'éclipse ou de la perversion, dans la philosophie moderne individualiste, de l'idée de justice et de son outil, la jurisprudence. Elle avait pour fin la mesure de justes rapports. Cet art autonome remplissait un office propre, irremplaçable. Les philosophes de l'Europe moderne l'ont mis au rancart. Le souci d'une juste répartition a disparu de leurs ouvrages. Ces non-juristes que furent les inventeurs des droits de l'homme leur ont sacrifié la justice, sacrifié le droit. »*¹³

b) **La critique pré-moderne « de gauche »** dénonce également la Modernité et appelle elle-aussi à un retour, mais ce retour est généralement mis au service d'une cause « progressiste » en termes de droit et d'émancipation.

C'est d'ailleurs une ambiguïté que l'on retrouvera dans la critique post-moderne de gauche : cette critique est en partie interne parce qu'elle prétend

¹⁰ V. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. « Questions », Paris, 1983, p. 10 et aussi p. 17 : « Notre rôle ne sera pas de plaider pour les victimes du racisme ou des dictatures de droite ni de gauche, nous ne serons de gauche ni de droite. ».

¹¹ *Id.*, p. 10 : « Réactionnaires, nous le serons en bonne compagnie. »

¹² Marque d'une pensée « de droite » telle que je l'ai définie, le thème du déclin et de la décadence se retrouve tout au long de l'ouvrage de M. VILLEY sur les droits de l'homme.

¹³ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 154.

partager le projet émancipateur des droits de l'Homme. Les plus critiques (mais j'ai trouvé peu de juristes s'exprimant à ce sujet) restent tributaires de la critique marxiste des droits de l'homme : en juridicisant sous la forme des droits de l'homme une revendication d'émancipation, la bourgeoisie a neutralisé la dynamique sociale, elle l'a fait retomber dans les rets du juridisme pour mieux étouffer la contestation.

Pour les pré-modernes de gauche, les droits de l'homme sont surtout critiquables du fait de leur individualisme. Ils portent la tare originelle de la Modernité : celle de faire du Sujet le centre de l'univers, au détriment de l'Être, de l'Univers ou de Dieu. Les pré-modernes prônent un retour aux philosophies holistes et collectivistes, à la compréhension du monde comme un Tout, les parties, et en particulier les individus, étant indissociables de ce Tout.

Il en résulte essentiellement deux axes critiques, qui peuvent d'ailleurs se rejoindre :

- une critique qui se fonde sur la loi naturelle (le droit naturel *des Anciens*), non dans une visée conservatrice, comme pour la critique pré-moderne de droite ; mais plutôt pour mieux valoriser les philosophies et les croyances autochtones actuelles, et les mouvements sociaux qui vont avec, en ce qu'ils s'opposent au progrès technique illimité, à la volonté de puissance et au capitalisme globalisé et proposent des alternatives fondées sur des visions holistes ou pluralistes du monde.

- une critique articulée autour des droits de la Nature, ou à tout le moins de la protection de l'environnement, qui dénonce dans l'individualisme et le capitalisme qui en est la conséquence la négation de la Nature, ou la séparation artificielle de l'Homme de la Nature et le projet de domination de l'Homme sur la nature (l'Homme comme maître et possesseur de la nature selon la visée cartésienne).

J'avais eu l'occasion, lors d'une conférence prononcée à l'Université Panthéon-Assas, de dire dans quelle mesure le juge Antonio Cançado Trindade se rattache – avec tous les bémols qui s'imposent pour décrire une voix originale qui se laisse, là aussi, comme Villey, difficilement catégoriser – à la critique pré-moderne, à travers ce que j'avais identifié comme étant un cosmopolitisme des Anciens¹⁴.

Le juge Cançado l'a dit en effet à de nombreuses reprises : il est favorable à une réhabilitation de la pensée des Anciens, allant de la philosophie antique

¹⁴ V. « Libres propos autour du livre d'Antônio Cançado Trindade "Le droit international pour la personne humaine" – 19 octobre 2012, Université Paris Panthéon-Assas », disponible sur : http://www.frouville.org/Publications_files/cancado-trindade-ODF-19-10.pdf.

jusqu'à la Seconde scolastique avec Vitoria et Suarez, ce retour en arrière étant selon lui la condition de l'instauration d'un nouveau *jus gentium* au XXIème siècle. Pour lui, la Modernité – c'est à dire fondamentalement la naissance de l'Etat moderne (qu'il dissocie à cet égard habilement des droits de l'Homme) – aurait ouvert une parenthèse regrettable ayant vu l'émergence d'un Etat souverain prédateur, violateur des droits de l'Homme par excellence. La modernité aurait conditionné l'apparition de la criminalité étatique de masse – elle serait également à l'origine de l'état de guerre permanent que connaît la planète et menacerait directement la survie de l'humanité. Comme le souligne le juge Cançado, les Etats modernes sont prêt à sacrifier des êtres humains pour sauvegarder leurs « intérêts vitaux » et la bombe nucléaire pousse cette logique à son comble, puisque c'est alors l'humanité entière qui est menacée d'être sacrifiée sur l'autel de la Raison d'Etat.

Partant de ce constat, le juge Cançado prend le parti de la loi naturelle *contre* le droit naturel moderne. A cet égard, il rejoint la pensée de Michel Villey, à cette différence près, toutefois – et elle est de taille – que Cançado n'en déduit pas une condamnation des droits de l'homme – dont il est déjà depuis de nombreuses années, dans sa pratique professionnelle, un défenseur infatigable – et en ce sens, je dois dire que j'hésite à le classer dans les « critiques » des droits de l'homme, il me semble tout aussi bien pouvoir être rangé dans le camp de ceux qui développent un discours critique *de défense* des droits de l'homme et dont je parlerai plus bas : imposture des typologies... Le juge Cançado préfère opposer les droits de l'homme à l'Etat souverain et voir dans les droits de l'homme la possibilité d'une restauration de la primauté de l'individu et de l'humanité sur l'Etat. Il semble considérer que les droits de l'homme, même en tant que catégorie de la Modernité, sont suffisamment ouverts à l'interprétation pour faire place à la *recta ratio*, et ce faisant, pour permettre à la conscience juridique universelle de venir se substituer à la volonté comme source du droit. Toute l'erreur du positivisme juridique, si décrié, est cet asservissement à la volonté, et en particulier à la prétendue volonté de l'Etat, entité abstraite personnifiée et rendue omnipotente par la philosophie hégélienne, mise ici au banc des accusés de l'Histoire des idées. Le *projet* du juge Cançado est donc bien celui d'un retour aux Anciens, c'est à dire fondamentalement trois choses :

- un retour à la loi naturelle objective dictée par la conscience juridique universelle et *découverte* par la droite raison ;
- un retour à la loi naturelle holistique, considérant l'humanité et même le cosmos comme un tout ordonné ;
- l'acceptation de l'individu comme partie intégrante du Cosmos et le rejet de l'idée même d'autonomie qui, appliquée à l'individu comme à l'Etat, ne peut

aboutir qu'au solipsisme de la personne, c'est à dire finalement à un individualisme et à un égoïsme individuel ou étatique.

D'où cette insistance sur les droits des autochtones et sur la nécessaire interprétation des droits des peuples autochtones dans le contexte de leurs mythes et croyances. Insistance qui peut d'ailleurs « sonner » post-moderne, mais qui est en fait inspirée par une construction davantage anti-moderne au nom de la loi naturelle pré-moderne.

Peut-être là aussi un passage qui résume assez bien le fond de la pensée de notre auteur et en fait, à mon sens et selon les termes tels que je les ai définis, un « pré-moderne de gauche » :

« Il me paraît tout à fait approprié de sauver l'enseignement des Classiques qui croyaient en un droit des gens impersonnel, le même pour tous – malgré les inégalités de pouvoir –, qui situaient la solidarité au-dessus de la souveraineté et qui soumettaient les différends au jugement de la recta ratio. Une renaissance et un retour à l'enseignement des Classiques – que je soutiens fermement – qui proposaient en outre une large conception de la personnalité juridique internationale (incluant les êtres humains et l'humanité comme un tout), peuvent certainement nous aider à répondre de façon plus adéquate aux problèmes auxquels est confronté le droit international contemporain, ouvrant ainsi la voie à un nouveau jus gentium du XXI^e siècle, le droit international de l'humanité. »¹⁵

B. La critique post-moderne

La critique post-moderne, contrairement à la critique pré-moderne, n'appelle pas à un *retour* à quelque chose d'antérieur à la Modernité. Une des caractéristiques de la pensée post-moderne, ou un des points communs des penseurs qui peuvent se réclamer de cette pensée, c'est le refus des grands récits, des grandes théories, des concepts à lettre capitale, qu'il s'agisse de Dieu, de la Raison ou de l'Histoire.

La post-modernité s'écrit sous le signe de la complexité, de la pluralité et du réticulaire : à cette aune, elle n'accepte pas plus le holisme grec ou Mapuche que la Raison des Lumières. L'explication moderne du monde comme les explications pré-modernes du Monde sont rejetées, car c'est l'explication du monde elle-même qui doit être rejetée. Il n'y a que *des* explications et *des* discours sur le monde qui s'entremêlent et le plus souvent se confrontent.

La post-modernité condamne aussi la Modernité en ce qu'elle se serait muée en un projet de *modernisation* sans frein, avec pour primat une raison instrumentale devenue aveugle aux questions d'éthique et de justice.

¹⁵ A. A. CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, coll. « Doctrine(s) », Paris, 2012, pp. 100-101.

Enfin la post-modernité a la passion de la généalogie des concepts (au sens de Nietzsche) et de la déconstruction (dans un sens dont Derrida n'acceptait pas la paternité, ou à tout le moins qu'il souhaitait soigneusement distinguer de *la* déconstruction¹⁶), à savoir la mise à jour des logiques cachées et sous-jacentes et des sens cachés dans le langage. En ce sens, elle procède à un travail critique sur les grands récits de la Modernité, d'autant plus difficiles à déconstruire qu'ils s'affirment souvent eux-mêmes comme déconstructeurs (de la tradition et de l'oppression et plus généralement de toute forme d'hétéronomie).

Mais couplée à certaines obsessions politiques, cette passion de la déconstruction vire à l'herméneutique du soupçon, introduite par Heidegger et Carl Schmitt, qui caractérise malheureusement assez souvent les discours post-modernes, en particulier lorsqu'il s'agit du DIDH ou du cosmopolitisme, bref, des idéaux des Lumières.

Comme pour la critique pré-moderne, on peut toutefois identifier une critique post-moderne de droite et une critique post-moderne de gauche.

a) **La critique post-moderne de droite** insiste sur le caractère fallacieux de l'universalisme du langage des droits de l'homme, universalisme qui renvoie à une anthropologie qui vaudrait pour tous les Hommes, alors que les communautés humaines sont irréductibles les unes aux autres. L'universalisme comme identité ou comme égalité est un mensonge, voire même une tentation totalitaire pour une pensée qui insiste sur l'altérité radicale de chaque être et surtout de chaque collectif historiquement et culturellement fondé, en particulier la Nation.

Ce que les post-modernes de droite ne peuvent admettre au regard de leurs présupposés, c'est l'ambition rationaliste de fondation d'une communauté et donc la possibilité même d'une communicabilité universelle. Le lien politique en particulier ne peut exister qu'au sein de communautés situées et construites historiquement voire, selon Schmitt, ne se constitue qu'en opposition avec d'autres communautés. En effet, pour Schmitt, l'essence du politique se trouve dans la relation ami-ennemi, donc il ne peut pas y avoir de communauté universelle comme le postulent les droits de l'homme).

Les droits de l'homme sont donc voués à l'échec comme principe d'action orienté vers le Bien commun ou la Justice. En revanche, ils servent de masque à l'hégémonie (et c'est là que l'on voit aussi ré-émerger un des thèmes préférés de la post-modernité, aussi repris par les post-modernes de gauche d'ailleurs, et sur ce plan la droite et la gauche se rejoignent lorsqu'il

¹⁶ V. sa conférence à la *Cardozo Law School* en présence de juristes membres des *Critical Legal Studies*, in J. DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Galilée, Paris, 1994, en part. pp. 24-25.

s'agit de dénoncer « l'hégémonie », en particulier celle d'un Etat situé sur le continent Nord-américain que nous ne nommerons pas). Là encore, c'est Schmitt qui est convoqué, avec sa prétendue citation déformée de Proudhon : « Qui dit humanité veut tromper »¹⁷.

Il me semble qu'on retrouve ces thèmes notamment dans les écrits d'un juriste conservateur américain, Eric A. Posner, professeur à l'Université de Chicago, qui a publié en 2014 ce qu'il souhaitait sans doute être un brûlot, et qui est finalement un livre assez idiot, *The Twilight of Human Rights Law*. Le point de départ du livre est clair et complètement axiomatique, comme l'explique l'auteur en page 7 de son livre :

« *The starting point for this book is that human rights law has failed to accomplish its objectives.* »¹⁸

Et le livre a pour but d'expliquer cet échec présupposé. Pour cela :

« *[M]y major argument is that human rights law reflects a kind of rule naiveté – the view that the good in every country can be reduced to a set of rules that can then be impartially enforced. Rule naiveté is in part responsible for the proliferation of human rights, which has made meaningful enforcement impossible.* »¹⁹

C'est bien la Raison qui est en procès ici et avec elle la croyance moderne du changement par le droit. Ce que Posner appelle « *rule naiveté* », c'est cette idée que des principes abstraits comme les droits de l'homme pourraient avoir prise sur une réalité par essence complexe, plurielle et en fait impénétrable à la raison.

Posner prône dès lors une sorte de pragmatisme teinté d'utilitarisme. Il se pose la question des meilleurs moyens à employer pour atteindre le maximum de bien, dans une situation où les moyens financiers sont limités. Il ajoute à cela la croyance selon laquelle le développement de la liberté dans un pays n'est pas nécessairement corrélatif au développement économique qui, selon lui, est la seule vraie garantie du « bien public » recherché. Aussi, la promotion du droit, des principes abstraits comme les droits de l'homme coûte cher en ressources et ne conduit pas nécessairement au bien public, parce que tous les pays sont différents et que c'est faire preuve de « *rule naiveté* » de croire, par exemple, que lutter contre la torture dans un pays

¹⁷ Le passage est connu, je le cite, car il semble être devenu un des piliers de la pensée des critiques post-modernes des droits de l'homme, de droite comme de gauche : « Le concept d'humanité est un instrument idéologique particulièrement utile aux expansions impérialistes, et sous sa forme éthique et humanitaire, il est un véhicule spécifique de l'impérialisme économique. On peut appliquer à ce cas, avec la modification qui s'impose, un mot de Proudhon : "Qui dit humanité veut tromper. " » etc. C. SCHMITT, « La notion de politique », in *La notion de politique. Théorie du partisan*, Flammarion, coll. « Champs », Paris, 1992, p. 96.

¹⁸ E. A. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, 2014, p. 7.

¹⁹ *Id.*

contribuera nécessairement au bien public. Il vaut mieux entreprendre des actions concrètes avec des effets visibles, plutôt que d'essayer de s'attaquer à des pratiques, comme la torture, que Posner estime pouvoir être tellement ancrées dans la culture et les habitudes d'un pays qu'il serait impossible de les en extirper :

« Rather than devise general rules or theoretical approaches, consider each country on its own terms. All countries are different and all countries have different needs. It might make more sense for Western donors to help a country build a reliable road system than to force it to abolish torture. It may well be easy to build the road using donors' funds and local labor. Once built, the road may spur economic development, and even lead to greater political liberty by allowing people to travel to voting booths and enabling candidates to stump about the country. Meanwhile, if torture is an entrenched practice of the police force, no amount of aid for retraining the police and improving the judicial system will make any difference. If the goal is to help people in poor countries, and limited funds are available, then those funds should be used in ways that do the most good, no to compel the country to submit to an abstract formulation of human rights that Westerners imagine are right for everyone in the world. »²⁰

Le discours de Posner combine donc le pragmatisme au relativisme culturel, le tout par le prisme de la complexité post-moderne. Il condamne par essence les « systèmes » et les « théories » issues des Lumières, à la fois ambitieuses et nécessairement hégémoniques. On retrouve sur ce plan la critique schmittienne de l'hégémonie sous la plume de Posner en conclusion de son ouvrage, quand il compare, pour finir, les droits de l'homme à une politique missionnaire et à la colonisation du 19^{ème} siècle – il insiste de ce fait encore une fois sur le caractère irréductible des différences culturelles, l'illisibilité d'une culture pour une autre.

Ce jugement tranchant se termine par un appel très post-moderne à la modestie, par opposition à la prétendue *hubris* des Lumières :

« With the benefit of hindsight, we can see that the human rights treaties were not so much an act of idealism as an act of hubris, with more than a passing resemblance to the civilizing efforts undertaken by governments and missionary groups in the nineteenth century, which did little good for native populations while entangling European powers in the affairs of countries they did not understand. A more humble approach is long overdue. »

Ainsi, c'est 70 ans d'histoire des droits de l'homme qui sont mis à la poubelle. Il n'est pas anodin que Posner utilise le terme « *hubris* », établissant (volontairement ?) une sorte de complicité avec la critique pré-moderne. L'*hubris*, c'est pour les Anciens un acte causé par une personne

²⁰ E. A. POSNER, *op. cit.*, pp. 145-146.

parce qu'elle a perdu de vue la *juste* place des choses et des êtres dans l'Univers, dont il s'ensuit la *démésure*, c'est-à-dire littéralement la faute de jugement dans la mesure des choses qui entraîne la chute (et la punition divine, *nemesis* : Tantale, Icare, Prométhée...)

Or, précisément, la Modernité se présente nécessairement comme une *hubris*, parce qu'elle est *transgression, parfois pacifique et parfois violente, de l'ordre du monde établi* : la Modernité est en tant que telle *critique*, en ce qu'elle démasque le fait que ce qui se présente sous le visage de la Nature relève en fait de la Culture ou de l'Histoire, et peut donc être changé. La Modernité est offense à la tradition, à la hiérarchie, à l'autorité ; elle force la tradition à se défaire de ses oripeaux et la réduit à ce qu'elle est : un ensemble de règles et d'habitudes hérités de l'Histoire et des rapports sociaux.

b) **La critique post-moderne de gauche** est plus répandue dans la littérature, peut-être parce que moins sulfureuse que la critique post-moderne de droite. En effet, souvent les post-modernes de gauche n'annoncent pas la mort ou à tout le moins le « crépuscule » des droits de l'homme (comme peut le faire Posner sans complexe), mais se présentent plutôt comme des défenseurs de la liberté et, surtout, de l'émancipation. Ils dénoncent plutôt le fait que les droits de l'homme « font trop de promesses » et ne constituent pas une politique d'émancipation satisfaisante, voire sont instrumentalisés par la bourgeoisie ou la classe dominante (l'hyperclasse mondiale, l'oligarchie capitaliste) pour apaiser les revendications tout en les maintenant dans un cadre non susceptible de nuire aux intérêts de privilégiés.

Cette critique post-moderne de gauche se lit essentiellement chez les auteurs du mouvement dit des *Critical Legal Studies*, comme Duncan Kennedy et, pour le droit international plus spécifiquement, David Kennedy, Martti Koskenniemi, Anthony Anghie ou encore Anne Orford.

Il y a évidemment des points communs entre tous ces auteurs, mais aussi des nuances. Je vais m'appuyer, dans les limites de cette contribution, sur les plus importantes contributions de David Kennedy et de Martti Koskenniemi sur le sujet²¹.

Chez les postmodernes de gauche, l'herméneutique du soupçon est souvent poussée plus loin encore que chez les postmodernes de droite lorsqu'il s'agit des droits de l'homme : peut-être parce que chez eux, la passion déconstructrice (pas au sens de Derrida) se mélange à la critique marxiste des droits de l'homme mais aussi à une allergie particulièrement virulente à

²¹ D. KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004, 400 pages ; M. KOSKENNIEMI, « L'effet des droits sur la culture politique » et « Les droits de l'homme, la politique et l'amour », in M. KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, Pedone, coll. Cerdin/Doctrine(s), Paris, 2007, respectivement pp. 175-201 et pp. 203-224.

l'Empire, au néo-colonialisme et à l'hégémonie en général. Il y aussi un *goût* du paradoxe, au sens esthétique : nos auteurs se délectent visiblement de débusquer dans des discours aux visées émancipatrices des potentialités aliénantes. On a l'impression que même si ces potentialités n'existaient pas, ils les inventeraient pour la beauté du geste consistant à les démasquer. Il s'agit en effet avant tout de démasquer la domination derrière le discours apolitique, de retrouver la politique derrière le droit.

Dans *The Dark Side of Virtue*, David Kennedy mène une charge virulente contre les droits de l'homme. Il dresse une liste de dix « inquiétudes pragmatiques » (*pragmatic worries*) – et tout en se défendant de vouloir remettre les droits de l'homme en cause dans leur principe, c'est pourtant ce qu'il fait à plusieurs reprises par la suite. Résumés, les principaux griefs sont les suivants :

- les droits de l'homme occupent le champ des discours sur l'émancipation et délégitiment les discours alternatifs ; ils sont par essence hégémoniques ;
- ils simplifient à l'excès la vie sociale en désignant le Bien d'un côté et le Mal de l'Autre, les Victimes et les Bourreaux ;
- ils sont ineffablement rattachés à l'Occident et à ses catégories de pensées qui ne sont pas nécessairement exportables ;
- ils font des promesses qu'ils ne peuvent pas tenir ;
- ils se présentent comme un savoir objectif sur la Justice, le Bien, l'Universel, alors qu'en fait ils sont vagues, indéterminés et conflictuels, ce qui revient finalement à donner un pouvoir excessif aux juges (« fétichisés ») et plus généralement aux experts, bref à une élite qui décide pour les autres ;
- finalement les droits de l'homme « font plus pour produire et excuser des violations des droits de l'homme que pour les prévenir » (une affirmation dont je n'ai toujours pas vraiment compris la justification...).

Martti Koskenniemi se situe pour sa part sur un autre plan, à mon sens plus cohérent. En définitive, ses arguments se réduisent à un argument fondamental, tiré d'un constat qu'avait déjà fait Jürgen Habermas (mais évidemment pas dans le même but), et que Koskenniemi formule de la manière suivante :

« [L]es droits occupent une place intermédiaire entre la positivité juridique et le jusnaturalisme. La volonté de prouver leur indépendance à l'égard des pressions politiques du jour fait apparaître les droits comme anhistoriques et universels. Néanmoins, pour que leur contenu concret (et démocratique) soit révélé, ils sont traduits sous la forme de constitutions positives (droits fondamentaux) et de divers actes juridiques. Là réside la source de l'extraordinaire puissance rhétorique des droits. D'une part, ils sont "extérieurs" à la collectivité politique en ce sens que le législateur a

simplement pour mission d'en constater l'existence en droit positif et non de les créer. D'autre part, ils sont également "à l'intérieur" de la collectivité dans la mesure où ils sont figés dans des constitutions et divers actes juridiques positifs et, de ce fait, susceptibles d'être confirmés objectivement. »²²

Mais au lieu de voir dans cette « puissance rhétorique » une force pour la démocratie, la société, le progrès social et l'émancipation, Koskenniemi y voit avant tout²³ un motif de suspicion et par conséquent un objet pour le déchaînement de son esprit critique.

Au fond, Koskenniemi reproche au discours des droits de l'homme de faire de la politique sous une apparence de neutralité : la constitution du « champ » des droits de l'homme est l'objet d'une décision politique ; les décisions sur les limitations aux droits de l'homme, sur la conciliation entre les droits sont des décisions politiques etc. Et l'« on » fait croire aux bonnes gens que ce sont des droits naturels, objectifs, qui s'imposent en tant que tels, qui sont apolitiques et universels et par conséquent soustraits à toute appréciation critique.

C'est, selon Koskenniemi, un formidable vecteur de domination et de pouvoir, un vecteur d'élimination de la politique qui – bien entendu – promeut des intérêts du capitalisme globalisé qui souhaite transformer tous les citoyens politiques en consommateurs disciplinés (on décèle aussi des fragments de la critique foucauldienne du pouvoir²⁴).

Enfin, Koskenniemi reprend aussi l'argument culturel, rencontré chez Kennedy mais aussi, à droite, chez Posner : les « droits » ne font pas justice à la diversité des cultures, mais aussi à ce qui, dans la vie publique, n'est pas

²² M. KOSKENNIEMI, « L'effet des droits sur la culture politique », *op. cit.*, pp. 179-180. Ce passage est en effet une reprise (consciente ou pas) d'une thèse antérieurement soutenue par Habermas et qui a été un des points de départ de mon analyse du droit conventionnel des droits de l'homme dans ma thèse de doctorat : « Comme les droits de l'homme ne peuvent être "réalisés" en tant que droits civiques exigibles que dans le cadre d'un ordre étatique, ils dépendent de la volonté d'un législateur politique ; mais dans la mesure où ils constituent en même temps la base de toute communauté démocratique, le législateur souverain lui-même ne dispose pas librement de ces normes fondamentales. », J. HABERMAS, « Le débat interculturel sur les droits de l'homme », in J. HABERMAS, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Fayard, Paris, p. 245. A la suite de cette affirmation et dans le cadre du débat entre universalisme et relativisme en Occident, Habermas déconstruit les « deux variantes » de l'herméneutique du soupçon introduite initialement par Heidegger et Carl Schmitt – et dont les « post-modernes » de droite comme de gauche se revendiquent.

²³ C'est clairement la conclusion du premier article, mais dans le second article (« Les droits de l'homme, la politique et l'amour ») Koskenniemi atténue le caractère radical de sa critique, v. *infra*.

²⁴ Une référence que notent J.-Y. PRANCHÈRE et J. LACROIX dans leur ouvrage, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Seuil, Paris, 2016, p. 75. Même s'il faut noter que la position de FOUCAULT à l'égard des droits de l'homme a été loin d'être aussi frontalement critique. V. notamment son admirable texte : « Face aux gouvernements, les droits de l'homme », dans *Dits et écrits*, t. IV, n°355. Une refondation des droits de l'homme à partir de l'affirmation toute foucauldienne : « Après tout, nous sommes tous des gouvernés et, à ce titre, solidaires. ».

traduisible en droit subjectif, comme les passions civiles telles que le nationalisme. Surtout, l'universalité est ontologiquement impensable, il n'y a pas de centre, pas d'unité, mais uniquement des subjectivités, des points de vue, toute prétention à l'universalité est vouée à l'échec, c'est toujours le particulier (l'Occident) qui s'avance sous le masque de l'universel, et généralement animé d'intentions peu louables (domination, hégémonie, impérialisme...).

A la fin de son ouvrage, David Kennedy, après avoir éreinté les droits de l'homme par dix propositions abstraites suivies de quelques récits plaisants de ses expériences personnelles, se résout à faire dix suggestions pour, en toute modestie, « help international humanitarians who wish to work to develop such a posture informed by the vertiginous experience of disenchantment, of seeing that one is responsible and yet does not already know. That we must act on faith and hope for grace. »²⁵

Est-ce pour mieux se faire écouter dans les cercles militants, il clame son propre désir de travailler au devenir d'un monde plus juste, et, avec un visible plaisir rhétorique, utilise à plusieurs reprises la formule « Imagine a humanitarianism... », donnant à son propos une sonorité utopique et un petit air de Martin Luther King et de John Lennon mélangés. Quel est son message ? « *International humanitarianism rules* » et « *is powerful* » (donc les droits de l'homme sont politiques), « *weigh outcomes, not structures* », « *tools are tools* » (morale pragmatique et conséquentialiste), « *progress is not program* » (rejeter les illusions et la rhétorique des Lumières, le récit du Progrès est contre la liberté)²⁶.

La seule conclusion sur laquelle on s'accordera en partie – pas entièrement car Kennedy la pousse, avec son goût esthétique du paradoxe, bien trop loin – se résume dans l'idée d'un « humanitarianism as critique » :

*« Imagine instead a humanitarianism whose end was criticism, whose knowledge was critique. Imagine a human rights movement which was not the vehicle for what we know justice to be, but a network for criticizing the pretense of justice as it is. Imagine human rights training in the technologies of critical reasoning, treaty instruments reminding us to ask again what justice requires. (...) With criticism as our objective rather than our tool, we might imagine international humanitarianism – or a human rights movement – as an antiestablishment establishment, invigorating our political life for heterodoxy. »*²⁷

²⁵ D. KENNEDY, *op. cit.*, p. 347.

²⁶ *Id.*, pp. 348-357.

²⁷ *Ibid.*, pp. 353-354.

On trouve un peu le même retournement chez Koskenniemi – comme si ces post-modernes de gauche ne pouvaient se résoudre à déclarer la mort des droits de l’homme ou même son crépuscule. Dans la présentation de la version française de « Les droits de l’homme, la politique et l’amour », il précise qu’il a donné cette conférence à Oslo « la veille de l’attaque contre le World Trade Center à New York en septembre 2001 » et que, depuis lors, « ce message est devenu de plus en plus important : les droits de l’homme sont à la fois impossibles et nécessaires. »²⁸ Et il conclut d’une manière presque habermassienne son article :

*« Les droits ne s’accompagnent pas toujours de l’émancipation de ceux qui les revendiquent. Mais cette émancipation peut souvent se produire étant donné la double nature des droits : ils sont à la fois particuliers et universels ; forts pour déclencher des luttes hégémoniques et faibles pour maintenir les positions hégémoniques. »*²⁹

III. L’APPROCHE CRITIQUE EXTERNE DE DÉFENSE DES DROITS DE L’HOMME

Loin du déni, on le voit, les discours juridiques critiques abondent. Ils critiquent les droits de l’homme en partant de perspectives diverses et en poursuivant des objectifs et des finalités elles-mêmes très variées.

Ce que j’aimerais maintenant aborder, c’est une autre forme de discours juridique externe, qui prend lui aussi appui sur des concepts et des raisonnements venus d’autres disciplines, mais qui est un discours de défense des droits humains et, plus précisément, de défense *critique des droits de l’homme*. Autrement dit, il ne s’agit pas d’un discours *apologétique*, encore moins d’un discours de *propagande* en faveur d’une forme juridique plutôt que d’une autre, d’une « idéologie juridique » comme se plaisent parfois à le dire les critiques. Il s’agit plutôt d’un discours qui met à profit la potentialité auto-critique des droits de l’homme ; plus profondément : qui voit dans cette potentialité auto-critique, l’atout décisif des droits de l’homme par rapport à toute autre forme juridique.

Autrement dit, nul déni de la critique : mais une incorporation de la critique par les droits de l’homme juridiques appelés sans cesse à être réinterprétés pour réaliser leur potentiel émancipateur dans une ère marquée par le « désenchantement du monde », le pluralisme et la globalisation. D’une certaine manière, cette approche répond (sans l’avoir entendu ou attendu) à l’appel de David Kennedy à une conception des droits de l’homme qui ferait de la critique l’objet des droits de l’homme. En fait cette potentialité critique

²⁸ M. KOSKENNIEMI, « Les droits de l’homme, la politique et l’amour », *op. cit.*, p. 203.

²⁹ *Id.*, pp. 223-224.

est *contenue* dans les droits humains, comme l'est également leur potentialité hégémonique par universalisation du particulier.

L'erreur des auteurs que j'ai classé ici dans la catégorie des post-modernes, bien vue par Habermas, est la *réduction* du discours des droits de l'homme à l'hégémonie, c'est à dire à la tentative d'expansion du particulier sous le masque de l'universel. Telle est l'obsession des post-modernes : l'universalité est nécessairement un leurre, car les formes de vie propres à chaque culture, à chaque peuple, sont irréductibles les unes aux autres dans tous leurs aspects.

A cela Habermas oppose quelque chose qui « échappe » à ces critiques « niveleuses de la raison », à savoir « l'autoréférentialité particulière qui caractérise les discours des Lumières. Le débat sur les droits de l'homme est lui aussi censé faire entendre toutes les voix. C'est pourquoi il avance lui-même les critères à la lumière desquels les infractions, mêmes latentes, à ses propres exigences peuvent être repérées et corrigées. »³⁰ Et de citer un autre auteur qui parle du côté « détective » du discours sur les droits de l'homme : « en effet, ces droits, qui exigent que l'autre soit inclus dans le champ de leur application, fonctionnent en même temps comme senseurs capables de détecter les exclusions pratiquées en leur nom. »³¹

La caractéristique du discours critique externe de défense des droits de l'homme, consiste à faire jouer cet effet « détective » ou ce rôle de « senseur » des droits de l'homme.

En ce sens, il y a des affinités entre le discours critique externe de défense et le discours critique externe de contestation post-moderne de gauche.

En fait, la défense critique procède à la même enquête généalogique que la contestation critique : elle aussi s'interroge sans cesse non seulement sur les risques d'instrumentalisation par le/les pouvoirs des droits de l'homme, mais aussi sur les moyens de pousser plus loin encore les potentialités émancipatrices des droits humains, ou encore sur la manière de faire place, au sein même des droits de l'homme, ou à côté du discours sur les droits humains, à des stratégies ou des discours distincts d'émancipation.

Par ailleurs, le discours critique de défense reconnaît le caractère *politique* des droits de l'homme (et même du droit en général), mais n'en tire pas pour autant la conclusion que les droits de l'homme sont voués à mentir ou à tromper. Il considère seulement les droits de l'homme comme une modalité parmi d'autre de l'activité et du débat politique dans des institutions démocratiques.

³⁰ J. HABERMAS, « Le débat interculturel sur les droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 247-248.

³¹ *Id.*

Au fond, ceux qui dénoncent le caractère « politique » des droits de l'homme sont des critiques positivistes qui, pour reprendre un thème de Duncan Kennedy³², ont « perdu la foi » : ils se sont aperçus à un moment donné que le droit n'était pas un simple jeu de langage, un agencement de normes reliées par des connecteurs logiques, mais une pratique sociale.

La critique de défense, à l'inverse, n'a pas perdu la foi, parce qu'elle ne l'a jamais eue – ou alors si elle a perdu la foi, elle n'en est pas restée amère pour autant : elle a tiré les conclusions du fait que le droit est avant tout une pratique sociale et que dès lors les normes juridique sont avant tout perçues par les acteurs sociaux comme des instruments pour défendre des intérêts et résoudre des conflits.

Ainsi un discours de défense critique :

- ne considère pas que les cultures (de quels groupes, à quel niveaux, avec quelle homogénéité ?) sont incommensurables les unes aux autres et que par conséquent un principe formulé abstraitement mais mis en œuvre en contexte soit voué à ne pas avoir de conséquence pratique ;

- estime sur cette base qu'il existe une possibilité de communicabilité universelle et que l'universalité peut avoir un contenu concret et réel, et n'est pas nécessairement le mode selon lequel une expérience particulière cherche à s'imposer aux autres³³ ;

- que les droits de l'homme ont précisément pour vertu de créer les conditions de possibilité d'une discussion de nature à faire émerger des conceptions et des compréhensions universelles, parce que les droits de l'homme exigent de chacun de sortir de son attitude solipsiste naturelle pour rentrer dans un rapport de type dialogique avec l'autre³⁴.

- que les droits de l'homme, loin de favoriser l'individualisme, ont la possibilité, par le biais de leur mécanique complexe d'équilibre entre différents intérêts concurrents, de renforcer l'insertion de l'individu dans le jeu social ;

- qu'il n'y a pas d'alternative, pour permettre à l'être humain de sortir de son état de tutelle³⁵, que de reconnaître à chaque personne une autonomie,

³² D. KENNEDY, « The Critique of Rights in Critical Legal Studies », in W. BROWN, J. HALLEY (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, 2002, pp. 178-227, et part. pp. 191 et suiv. sur « Loss of Faith in Legal Reasoning » : « To lose your faith in judicial reason means to experience legal argument as "mere rhetoric" ».

³³ Sur l'universalité et le particulier, v. D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, Paris, 2010, en part. pp. 184-185.

³⁴ Sur ce point, v. notre contribution : « Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique ? » in O. DE FROUVILLE, *Le cosmopolitisme juridique*, Pedone, Paris, 2014, pp. 11-54.

³⁵ Selon la fameuse description kantienne du projet des Lumières : « Les Lumières, c'est la sortie de l'homme hors de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable. ».

laquelle ne peut pas se traduire autrement sur le plan juridique que par des droits subjectifs justiciables.

- que la critique ne peut s'alimenter que par une connaissance fine du *terrain*, c'est à dire de la réalité de la mise en œuvre des droits de l'homme dans des contextes à chaque fois différents ; sur ce plan, une telle approche reconnaît la complexité post-moderne et l'inanité des grands récits, sans pour autant rejeter la pertinence d'un idéal régulateur.

Au fond, la différence fondamentale entre les deux approches, c'est que le discours critique de défense ne cède pas à la double tentation d'une herméneutique du soupçon et d'une esthétique du désespoir. En ce sens elle reste fidèle à l'esprit des Lumières et continue d'accorder sa confiance dans les potentialités libératrices du discours de la Modernité en général.

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 €