

Présentation

Eric Millard



Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Édition électronique

URL : <http://revdh.revues.org/2952>

ISSN : 2264-119X

Référence électronique

Eric Millard, « Présentation », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 16 janvier 2017, consulté le 23 janvier 2017. URL : <http://revdh.revues.org/2952> ; DOI : 10.4000/revdh.2952

Ce document a été généré automatiquement le 23 janvier 2017.

Tous droits réservés

Présentation

Eric Millard

- 1 Il est évidemment tentant de commencer par rappeler cette phrase attribuée à St Just : « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ». Et il est hélas tout aussi tentant de la répéter, de la repenser, plus de 200 ans plus tard par celles du Président Hollande devant le congrès le 16 novembre 2015 : « Cependant, avec les actes de guerre du 13 novembre, l'ennemi a franchi une nouvelle étape. La démocratie a la capacité de réagir. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme dans son article 2 que la sûreté et la résistance à l'oppression sont des droits fondamentaux. Alors nous devons les exercer. Conformément à ces principes, nous allons donner les moyens de garantir encore une fois la sécurité de nos concitoyens. J'ai décidé que le Parlement serait saisi dès mercredi d'un projet de loi prolongeant l'état d'urgence pour trois mois et adaptant son contenu à l'évolution des technologies et des menaces ».
- 2 Cherchez l'erreur... L'état d'urgence, qui ne semble pas à première vue être le régime le plus favorable à l'exercice des droits de l'homme, justifié par l'exercice d'autres droits de l'homme : la sûreté ; la résistance à l'oppression ? Le thème pourrait se décliner à l'envie : si la résistance à l'oppression est un droit fondamental de l'homme, qui en est le titulaire et contre qui s'exerce-t-il ? (comparer la conception de 1789, celle de 1793 et celle de 2016) ; ou bien : à partir de quand l'urgence et l'exception deviennent ordinaires ? ; plus philosophique : peut-on justifier des limitations par l'objet que l'on limite ? Etc., etc.
- 3 Les droits de l'homme contre eux-mêmes : le sujet est hélas d'actualité, même s'il ne se réduit pas à celle-ci. Il ne s'y réduit pas d'une part car cette approche politicienne visant à fonder les limitations des droits par les droits eux-mêmes est aussi ancienne que la consécration des droits. Notre histoire juridique regorge de lois aux intitulés en forme d'oxymore, dont la plus notable était sans doute celle de février 1981 : sécurité et liberté. Il ne s'y réduit pas d'autre part parce que ces oxymores sont, au-delà des usages politiques, au cœur même de la conception des droits de l'homme et des philosophies qui les soutiennent.
- 4 L'article 4 de la déclaration de 1789 l'affirmait d'emblée : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque

homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits ». Et voilà bien le problème : je suis libre et j'entends exercer ma liberté mais l'autre (tous les autres dans leurs individualités) l'est aussi et entend faire de même. Et il est possible sinon probable que nos libertés ne se concilient pas. C'est embêtant pour une doctrine politique, et pour des considérations pratiques fondées sur elle, sauf à être naïf.

- 5 Les droits sont des droits, et relèvent de l'arsenal de l'État, ou d'une organisation politique du même ordre, hiérarchisée. Leur conception et leur consécration reposent sur une organisation garante, mais aussi arbitre. Libéral n'est pas libertaire. Et dès qu'on passe d'une philosophie de la liberté et des droits à une mise en œuvre juridique on entre dans cette ambivalence : consacrer des droits « naturels » (pour autant que cela existe : ce n'est pas le contenu qui me gêne mais sa conceptualisation), c'est limiter ce que naturellement ces droits comportaient comme possibilité d'action. Et si nous faisons de ces droits des droits fondamentaux, dans nos organisations juridiques modernes, cette limitation ne peut se faire qu'au nom de ces mêmes droits fondamentaux. Les droits de l'Homme contre eux-mêmes.
- 6 Cela est quand même assez classique, et de Bentham à Marx, quelques bons philosophes l'ont dit bien mieux que moi, et bien avant moi. Il reste qu'au-delà de ce classicisme, mieux comprendre en quoi les droits de l'homme sont mobilisés contre les droits de l'homme (je reformule sciemment l'intitulé) appelle sans doute des précisions et des distinctions :
- 7 1) de quoi parle-t-on ? Des droits consacrés (d'éléments normatifs du droit dit positif donc) ou de revendications de certaines philosophies politiques, celles des droits de l'homme. La recherche de la limitation/conciliation n'a pas le même sens dans une philosophie donnée, où il s'agit d'un problème de cohérence conceptuelle, donc théorique, et dans un système de droit positif donné, où il s'agit d'opter pour des solutions pratiques. Sans évidemment évoquer un conflit entre un système de droit consacrant une conception donnée, et une philosophie réclamant une autre conception.
- 8 2) Et si l'on parle des droits consacrés, renvoie-t-on à la question de sources formelles généralement constitutionnelles, et d'un conflit en leur sein, ou aux normes, c'est à dire la signification qui en est donné de manière effective et efficace. On peut alors évoquer les droits de l'homme contre eux-mêmes pour dénoncer des interprétations qui affaibliraient notre conception des droits tels qu'énoncés, mais aussi pour constater des divergences interprétatives, des différences donc de conception et d'effets selon les interprètes (différentes cours et autorités, etc.). Insérer la question de l'interprétation dans la problématique des conflits entre droits permet de comprendre en action les ressorts politiques de l'effectivité donnée ou de l'absence d'effectivité, au-delà de la traditionnelle question de la réception des droits dans les textes.
- 9 3) Mais de quel type de conflit parle-t-on encore ? D'un conflit entre titulaires du même droit (ma liberté contre ta liberté) ce qui a été la manière classique de voir le problème. Ou d'un conflit entre deux droits distincts (deux titulaires de droits distincts), tous deux étant conçus comme fondamentaux, donc d'égale valeur. Sur ce dernier point, qui concerne si l'on veut la structure des droits dans un catalogue positif, la théorie du droit moderne a sans doute des choses à dire tant depuis un demi-siècle (la génération post-positiviste) cette question est pour elle centrale. D'abord en montrant que ces conflits (droits de l'homme contre eux-mêmes) ne sont que très rarement des conflits abstraits (des conflits logiques entre classes de droits : tel droit est incompatible avec tel autre) qui

autoriseraient des hiérarchies a priori, trouvant des solutions sinon définitives du moins durables. Mais ensuite en montrant que cette absence de conflits abstraits en pratique donne lieu à des conflits concrets, qui ne peuvent être résolus que hiérarchiquement : en donnant pour le cas la priorité à un droit (à un titulaire de droits) sur l'autre, dans le cas. Hiérarchiser deux droits, ou prioriser un droit sur un autre, est alors le fait de celui qui règle le conflit, mais qui peut privilégier un droit de l'homme sur un autre droit de l'homme sans ôter à l'un ou à l'autre cette qualité de droit fondamental. Et c'est bien pour ça que l'on peut parler sinon exactement de droits de l'homme contre eux-mêmes, du moins de droits de l'homme mobilisés contre des droits de l'homme. Conflit sans perte de qualité. Si les techniques proposées de solutions sont très variables (de l'appel à des préférences morales, politiques philosophiques, ou autres à la recherche de modélisation analytique telles que la formule du poids de Robert Alexy), il y a un accord largement partagé sur l'idée que c'est l'interprète du cas qui construit les droits de l'homme contre eux-mêmes, et qui priorise ensuite des droits de l'homme sur d'autres au cas par cas.

- 10 4) Et donc en définitive c'est bien l'interprétation qu'il convient d'interroger car c'est en elle que se dévoilent des conceptions ontologiques, qui s'affrontent : droits de l'homme contre eux-mêmes parfois peut-être. Conception des droits contre une autre conception, contre d'autres conceptions souvent.
- 11 Conception ontologique du titulaire du droit : homme abstrait (mais bien modélisé : le mâle blanc bourgeois du libéralisme classique) ou genre humain ? Homme isolé (la monade de Marx dans La question juive) ou homme social(isé) ? Homme normé moralement ou religieusement (hétérosexuel, digne, raisonnable, etc.) ou hommes au pluriel dans toutes leurs possibles diversités ? Homme dématérialisé ou homme déterminé par des conditions sociales, économiques, culturelles d'existence ? Homme quel qu'il soit ou collectif humain (et il y a ici une vraie question qui pose problème dans la reconnaissance des droits de l'homme au groupe ou des droits du groupe, quitte à se construire contre les droits d'un quelconque membre du groupe)
- 12 Conception ontologique des droits : restreinte à des droits de libertés ou étendue à des droits de socialisation ? Abstention ou créance ? Même si on peut à juste titre discuter ces catégories, les conflits de conception qu'elles dénotent importent ici pour comprendre comment nous parlons de droits de l'homme contre eux-mêmes.
- 13 Si un des droits de l'homme classiquement entendu est le droit de participer en un sens à la décision des normes qu'on lui applique, alors une autre manière de voir le problème se situe dans le lien entre droits de l'homme et démocratie, dans toutes ses variantes : supra constitutionnalité des droits de l'homme pour que la démocratie ne les remette pas en cause, redéfinition substantialiste de la démocratie faisant échapper les droits à la discussion politique, néoconstitutionnalisme, etc.
- 14 Il est vrai que le droit (de l'homme) de participation politique est une des nombreuses possibilités d'ériger les droits de l'homme contre eux-mêmes (attention danger : et si la majorité en venait à refuser ses droits à la minorité ?). D'un autre côté, protéger (certains droits de l'homme) au détriment d'un autre droit de l'homme (de participation politique, donc de décision majoritaire) n'est pas nécessairement plus satisfaisant. C'est rarement une solution pratique, et cela ne dissout pas le problème qui nous intéresse aujourd'hui. La question n'est pas de résoudre le problème car comme je l'ai dit il est sans doute inhérent à ce que sont ou peuvent être les droits de l'homme eux-mêmes, comme droits, donc comme éléments juridiques d'une organisation juridico-politique donnée.

- 15 Au contraire, la question est plutôt de savoir qui peut mettre les droits en conflit, et qui peut prioriser les droits les uns sur les autres. Et comme je l'ai dit, ce problème politique majeur se retrouve aussi bien dans la décision politique que dans l'interprétation juridique. Banalité : le droit est politique. Autre banalité, ne pas l'admettre revient à se désintéresser des choix politiques qui nous concernent ; donc à renoncer à un des droits de l'homme.
- 16 On ne peut éviter d'avoir à confronter les droits de l'homme, au risque de les monter les uns contre les autres ; il serait sans doute bon qu'au moins cette confrontation se fasse sur la base de l'un de ces droits, donc que les hommes en débattent et décident (droit de participation politique, largement mais à mon sens pleinement entendu), et non d'une renonciation, en laissant cela aux différents pouvoirs.
- 17 Dans le présent dossier, les auteurs interrogent ainsi la façon dont l'interprétation et la mobilisation de certains droits de l'homme peuvent conduire, paradoxalement, à limiter les droits de l'homme. Laurie Marguet et Hiva Khedri questionnent, en ce sens, l'interprétation du principe de dignité humaine, dont les différents sens peuvent jouer les uns contre les autres. Dans une perspective comparée entre la France et l'Allemagne, la première contribution montre qu'une interprétation « objective » de la notion de dignité en droit français conduit à aller à l'encontre d'une conception « subjective » de celle-ci, en limitant la liberté individuelle et l'autonomie des patients en fin de vie. La seconde contribution met en évidence que la conception de la dignité humaine retenue en droit iranien, dont l'interprétation est fondée sur les textes coraniques, mène à une hiérarchisation des individus et, de là, à une rupture du principe d'égalité.
- 18 L'analyse porte, en outre, sur la mobilisation d'une certaine conception des principes républicains, tels que l'égalité, la fraternité et la laïcité, contre les droits de l'homme. Elsa Fondimare montre ainsi que la mobilisation du principe d'égalité, dans son sens formel, peut s'opposer à la mise en œuvre d'une autre conception de l'égalité, entendu dans un sens réel pour remédier aux inégalités de fait entre les femmes et les hommes. Nicolas Klausser s'intéresse aux dysfonctionnements du dispositif juridique français visant la régularisation des étrangers malades, dispositif sous-tendu en théorie par l'idée de fraternité. Elsa Bourdier examine la manière dont le principe de laïcité est mobilisé dans les discours politiques et juridiques pour limiter la liberté de religion, et pour viser en particulier la religion musulmane.
- 19 Il est enfin question de la mobilisation d'une certaine conception de la sécurité contre les droits de l'homme. La contribution de Francesco Natoli vise ainsi à démontrer que la progressive subjectivisation la sécurité dans le discours du législateur s'effectue au détriment des droits fondamentaux. Jonathan Keller étudie quant à lui la façon dont l'exportation de logiciels d'interception et de surveillance des communications, visant un objectif de sécurité nationale, porte atteinte à la vie privée des individus.
- 20 Ce dossier est issu de la journée d'étude organisée par les doctorants du Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF) intitulée *Les droits de l'homme contre eux-mêmes*, qui s'est tenue à Nanterre le 11 février 2016.

AUTEUR

ERIC MILLARD

Eric Millard est Professeur des Universités en Droit Public, directeur adjoint du CTAD (équipe Théorhis)