
Ricardo A. Guibourg

Le néo-constitutionnalisme et les droits de l'Homme

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

revues.org

Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le Cléo, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique

Ricardo A. Guibourg, « Le néo-constitutionnalisme et les droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 23 juin 2016, consulté le 15 septembre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2187>

Éditeur : Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)

<http://revdh.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne sur :

<http://revdh.revues.org/2187>

Document généré automatiquement le 15 septembre 2016.

Tous droits réservés

Ricardo A. Guibourg

Le néo-constitutionnalisme et les droits de l'Homme

1. Sur les droits en général

- 1 Rolando Tamayo est, dans le monde de la pensée juridique, un homme universel comme l'ont été les génies de la Renaissance dans leur rapport au monde en général. Parmi les diverses inquiétudes qui l'anime, on relève une certaine insistance de ses réflexions s'agissant du rôle du droit constitutionnel dans la formation du système juridique. À ce sujet, il me paraît inévitable de porter attention à la tendance, nommée néo-constitutionnalisme, qui consiste à intensifier une référence normative à des garanties constitutionnelles des droits de l'Homme. Initiée au 18ème siècle avec la Déclaration française et les amendements américains et enrichie par l'apport social de la constitution mexicaine de 1917, cette garantie s'est étendue avec les traités internationaux des droits de l'Homme. Un exemple typique de ce phénomène est l'actuelle constitution argentine de 1994 qui, dans son article 75 alinéa 22, attribue expressément une valeur constitutionnelle à diverses Déclarations et conventions afférant à ce sujet.
- 2 Ce que je viens de présenter s'insère dans une tendance croissante de la technique législative. Celle-ci préfère énoncer des droits postulés de manière insistante avant de régler les obligations qui pourraient constituer la contrepartie de ces droits ou, du moins, construire des bases solides pour rendre possible leur exercice. Je m'efforcerai d'expliquer le mécanisme de ce phénomène ainsi que ses inconvénients².
- 3 La Constitution est la norme suprême : aucune règle ne peut prévaloir si elle ne se conforme pas à ses principes ; les décisions de justice doivent assurer à tous la jouissance des droits qu'elle contient, la loi se limitant à régir leur exercice, sans préjudice d'autres attributions législatives. Tout juriste acceptera cela. Mais la triste réalité conduit à quelques perplexités. L'article 14 de la constitution argentine garantit le droit au travail. Pourquoi y-a-t-il alors tant de chômeurs ? Le 14 *bis* ordonne au législateur d'assurer à tous les habitants de la nation le droit à un logement décent. Comment est-ce possible que tant de personnes vivent dans des habitats misérables ou dorment dans la rue ? Par pudeur, je préfère ne pas parler de la juste rémunération, de la protection contre le licenciement arbitraire, de la sécurité sociale « intégrale et à laquelle on ne peut renoncer » et autres droits introduits en 1957 dans la constitution argentine paraissant moins controversés qu'aujourd'hui.
- 4 Si l'on prend au sérieux ce qu'un jour on nous a enseigné à l'Université, un tel conflit est incompréhensible. Le droit et l'obligation sont les deux faces de la même pièce : quand quelqu'un a un droit, c'est parce qu'un autre a l'obligation corrélative de le satisfaire, qu'il s'agisse d'un devoir individuel (de faire ou de donner) ou d'un devoir collectif (tolérer certaines conduites du titulaire du droit, ou de ne pas interférer sur celles-ci). Même si on interprétait le droit au travail comme faisant partie de ces derniers (c'est-à-dire qu'il se satisfasse - pour le dire *cum grano salis* - quand personne ne bouge l'échelle du peintre), il serait difficile d'imaginer quelque chose de similaire pour les autres droits : assurer l'accès à un logement décent constitue quelque chose de bien plus que de protester quand une autre personne acquiert un palais.
- 5 Kelsen a essayé un jour de clarifier les diverses acceptions attribuées au mot « droit ». L'une correspond au droit à la propre conduite ou au droit comme permission : j'ai le droit de *x* en l'absence d'une norme qui m'interdise de faire *x* (ou quand il y a une norme qui me permet expressément de faire *x*, probablement dans le cadre d'une interdiction générale). Une deuxième acception est le droit comme reflet de l'obligation : j'ai le droit de *x* quand je suis bénéficiaire du devoir de quelqu'un qui est obligé de faire *x*. Une troisième acception est le droit « au sens strict », conçue comme action ou pouvoir juridique : j'ai le droit de faire *x* quand, en plus de me trouver dans la situation précédemment décrite, j'ai la faculté d'exiger ou de ne pas exiger que s'applique une sanction à mon débiteur manquant à son

obligation, de façon telle que le pouvoir de l'État se trouve dans ce cas, pour ainsi dire, à ma disposition. D'autres acceptions possibles sont, d'une part, la garantie constitutionnelle (le pouvoir d'exiger qu'aucune norme inconstitutionnelle ne me soit appliquée) et, d'autre part, les droits politiques (la faculté d'intervenir dans la création de normes générales, que ce soit en tant qu'électeur ou en tant que représentant)³.

- 6 Hormis cela, on a également pris l'habitude de parler de droits dans un sens strictement moral : si un ami m'a invité à manger chez lui ce soir, j'ai le droit d'y aller et je peux le critiquer si je ne l'y trouve pas, à moins qu'il lui soit arrivé un empêchement inattendu et grave. La structure des droits moraux (dans laquelle je situerais l'origine des droits de l'Homme) est très semblable à celle des droits juridiques. Certains englobent les deux structures dans une seule unité ; d'autres les distinguent plus ou moins scrupuleusement. Il reste que je ne prétends pas ici renouveler la polémique traditionnelle entre positivisme et jusnaturalisme : je m'occuperai des conceptions légales des concepts de droit et d'obligation, peu importe comment chacun les identifie face à la morale.
- 7 Le fait est donc que chaque fois qu'il y a un droit, il y a une obligation corrélative et que cette obligation pèse nécessairement sur la tête d'une personne physique ou morale, d'un groupe de personnes ou des personnes en général. Certes, on peut concevoir, parfois, certaines obligations sans droit (à moins que celui-ci soit identifié à un bénéfice public ou à l'action pénale de l'État). Mais parler de droits sans obligations corrélatives (dans les lois, la morale ou la pratique politique) est aussi fictif que de se référer à un oncle sans neveu ou à une poule immeuble.

2. Le discours des droits comme technique politique

- 8 Le secret de tant de perplexité peut se situer dans un sophisme du discours, un de ces jeux d'ombres et de lumières avec lesquels - nous le savons bien en tant que professionnels du droit - il est possible de montrer une même réalité avec l'apparence que chacun préfère et d'énoncer ses propres préférences de la manière la plus favorable. En établissant une obligation, il faut établir clairement qui est l'obligé, en quoi consiste la conduite obligatoire, quelles circonstances conditionnent la naissance ou constituent l'annulation de l'obligation ainsi que le moment et le lieu d'accomplissement de l'action en question. Dire qui est le bénéficiaire de la conduite indiquée n'est pas strictement nécessaire : cela peut se déduire de la nature de la conduite, en prenant en compte le contexte connu, ou se découvrir plus tard, parfois par un scandale public. Préciser qui a la faculté de réclamer l'exécution est opportun, mais pas toujours indispensable : souvent cette information surgit d'autres normes préexistantes, comme le Code civil, la procédure correspondante et les lois relatives à la poursuite pénale.
- 9 Quand une norme établit un droit, au contraire, cela fait ressortir qui doit jouir de ce droit, quelles sont les conditions qui le font naître et en quoi consiste le bénéfice espéré par son exécution. Mais, à moins d'ajouter des précisions supplémentaires, il manque celles des conduites légalement appropriées pour produire ce bénéfice de la personne qui est obligée de les exécuter ainsi que celles des modalités, des circonstances de temps et de lieu nécessaire pour les mettre en œuvre. Le manque de précision de ces points peut entraîner l'impossibilité pratique de réclamer le droit faute d'identification du débiteur ou du responsable ou de l'absence de prévisions des circonstances dans lesquelles l'obligation peut devenir exigible. À moins, bien sûr, que de telles données soient ajoutées par la suite par voie interprétative.
- 10 Si énoncer des droits ou établir des obligations sont deux façons alternatives d'exprimer la volonté du législateur, il semble clair que la seconde est plus efficace et précise que la première. En revanche, il existe une tendance croissante à employer le schéma des droits pour écrire les normes ou pour réclamer leur modification. Il est révélateur que cette tendance ne se présente pas avec la même intensité dans tous les segments du système juridique : dans les constitutions ou dans d'autres corpus normatifs destinés à assurer des garanties aux citoyens, on parle de droits ; en revanche, les lois fiscales établissent très clairement des obligations.
- 11 Parfois, l'emploi d'une technique ou de l'autre résulte de deux variables : le sérieux avec lequel se poursuit la mise en œuvre effective de la norme, d'un côté, et le lien entre son contenu avec les désirs de persuasion politique, de l'autre. Je ne me risque pas à affirmer que ces

deux variables soient liées entre elles : je laisse ce point à la réflexion personnelle de chaque observateur en fonction des cas concrets.

- 12 Quoi qu'il en soit, le langage des droits, inférieur à d'autres en précision normative, leur est supérieur en utilité rhétorique. Parler d'obligations implique d'interpeler directement les obligés, qui se sentiront probablement gênés, et de laisser les bénéficiaires apprécier eux-mêmes le plus ou moins grand avantage qu'ils peuvent obtenir de la norme adoptée ou proposée. En revanche, parler de droits signifie se diriger vers les bénéficiaires pour recevoir en échange une aide et, en même temps, laisser à chacun des éventuels obligés, qui ne s'identifient pas encore, le soin de présumer que leur charge sera en définitive supportée par quelqu'un d'autre, en vertu d'une certaine interprétation personnelle qui ne serait, jusqu'à un certain temps, contredite par personne. Le juriste minutieux cherchera donc les obligations, mais le politique habile se tournera vers l'énonciation des droits.
- 13 Bien sûr, dans le milieu politique et juridique, aucun escamotage n'est gratuit. Les victimes de la législation incomplète sont normalement les personnes mêmes à qui on assure des droits. Une telle énonciation juridique ressemble à un chèque : le récepteur la met en relation avec un compte bancaire (la consistance du système juridique) et suppose que ce compte aura les fonds suffisants au moment de les retirer au guichet (ainsi, l'interpelé sera obligé de fournir la prestation qui est assurée). Mais il y a des chèques sans provision ainsi que des banques en faillite. Et il y a aussi des droits pour lesquels les titulaires ne trouvent pas de débiteurs appropriés.
- 14 Le cas le plus notoire de ce phénomène est celui des droits de l'Homme inclus directement ou indirectement parmi les garanties constitutionnelles. C'est une chose d'exprimer un désir humanitaire ; ça en est une autre de consacrer ce même contenu comme droit légalement reconnu. Dans le premier cas, nous sommes tous libres de penser comme nous le voulons et d'interrompre le cours de notre réflexion au point où nous nous sentons incapables de l'approfondir. Là peut se situer l'expression connue « quelqu'un devrait arbitrer les moyens pour... » qui laisse en blanc l'identification des moyens appropriés et de la personne ou de l'institution de qui on espère l'arbitrage. Dans le second cas, la sécurité juridique conseille de prévoir les institutions fidèlement et correctement, de ne pas établir de droits là où il n'y a pas de volonté ou de possibilité pour les satisfaire et de prévoir les mécanismes précis pour mettre en pratique les droits établis par l'énumération d'obligations correspondantes.

3. Les droits de l'Homme comme réaction viscérale changeante

- 15 Le présent phénomène conduit à ce que le discours sur le système juridique en général, et à plus forte raison, le débat sur le contenu des normes constitutionnelles, tourne autour des droits fondamentaux, des droits de l'Homme ou tout autre façon que l'on préférera les nommer. Ces principes jouissent de notre appui quasi-universel, alors même que les raisons de cette unanimité ne sont pas toujours étrangères à l'imprécision avec laquelle ils sont formulés. Mais sur ce point on peut noter une différence croissante entre la doctrine qui a publié sur ces droits et la réalité de son efficacité telle que cette même doctrine nous oblige à l'examiner.
- 16 En effet, il est aujourd'hui difficile de parler de droits de l'Homme avec une certaine aisance. À peine lisons nous les journaux que l'on commence à se demander si ceux qui au siècle dernier ont été proclamés en tant que droits de l'Homme ne sont pas aujourd'hui sujets à une reformulation fortement restrictive, et, ce qui est encore pire, si cette reformulation n'est pas influencée par des intérêts sectoriels ou de politique économique. Mais sur ce point, comme sur n'importe quel autre, il est important de commencer par le début.
- 17 De fait, aujourd'hui, il est courant de concevoir les droits de l'Homme depuis le point de vue du droit constitutionnel ou du droit international, en faveur des normes de cette nature qui ont fini par les accueillir. Mais l'approche originale et la plus fructueuse, celle qui vaut le plus la peine d'être débattue dans une projection future, est l'approche *morale*.
- 18 Dans ce contexte je dois d'abord préciser que, bien que je défende les droits de l'Homme, *je n'y crois pas* si par cela on entend postuler un segment de la réalité qui les contient comme objet préexistant et susceptible d'être découvert. Je préfère définir les droits de l'Homme comme des

revendications morales auxquelles on attribue une grande importance et que l'on formule au bénéfice de tous les êtres humains, peu importe les différences qui permettent de les regrouper en classes plus restreintes. Cette condition de définition n'est pas toujours satisfaite par le discours moral en vogue. Pour le dire clairement, les Droits de l'Homme sont les droits que je m'engage à reconnaître même au bénéfice de mon pire ennemi et de ceux que je considère comme les méchants les plus pervers. Si je ne suis pas disposé à accepter cela, les droits desquels j'ai parlé ne rempliraient pas la condition de leur qualificatif.

19 Puisque les droits de l'Homme sont des revendications morales, il est nécessaire que quelqu'un les revendique et, bien sûr, ait un motif concret pour le faire qui n'est autre que l'appréciation critique de ce que l'on peut entendre par leur *violation*. L'histoire a modelé divers droits de l'Homme au fur et à mesure des expériences de l'humanité et des peurs suscitées par ces dernières. Le despotisme absolu a donné lieu à la revendication des libertés citoyennes et de garanties politiques et judiciaires pour ces libertés. La surexploitation sur laquelle s'est construite la révolution industrielle a provoqué la revendication de garanties économiques et sociales pour les plus démunis, normalement en relation, directe ou indirecte, avec le travail, qui était le mode normal de subsistance des bénéficiaires. Les horreurs des guerres du 20ème siècle ont amené avec elles la condamnation du génocide, la protection de l'identité ethnique et culturelle et les garanties de l'enfance et de la famille. Les désastres écologiques et la prise de conscience du danger futur qu'ils induisent ont introduit l'impératif de droits collectifs (*derechos difusos*) et de protection de l'environnement. Les génocides de la fin du siècle et le renforcement du terrorisme contribuent aujourd'hui, par réaction, à limiter gravement des garanties individuelles qui étaient considérées auparavant comme presque sacrées⁴. Il est naturel que cela se passe ainsi : l'homme ne pense pas à tout ce qui arrive, mais seulement à ce qui attire son attention⁵. Rien n'attire plus son attention que ce qui le blesse, ce qui l'a blessé dans le passé ou ce qui menace de le blesser dans le futur. C'est ainsi que se construisent le droit, la morale et, dans un horizon matériellement plus restreint mais personnellement plus large, la théorie et le postulat des droits de l'Homme.

20 Cela vaut la peine de souligner que les droits de l'Homme constituent, historiquement parlant, un phénomène qui s'étend lentement en cercles concentriques, et que le centre de ces cercles se situe où est le pouvoir hégémonique, qui - entre autre - contrôle partiellement la vitesse à laquelle la revendication morale s'étend ou se rétracte. Ainsi, quand les États-Unis et une bonne partie de l'Europe acceptaient les principes de la liberté individuelle et les avantages de la participation démocratique, ces idées cohabitaient sans conflit apparent avec les vestiges de l'esclavage et une politique coloniale très peu libérale. La guerre froide a donné lieu à une curieuse redéfinition du concept de démocratie, au goût de leurs opposants, en ce qu'elle a conduit à inclure alternativement en son sein, la République Dominicaine de Trujillo ou la Roumanie de Ceausescu. L'égalité des êtres humains selon le genre, la religion ou l'origine ethnique est jalousement surveillée dans certains territoires, mais ouvertement violée dans d'autres. Les droits sociaux n'ont jamais réussi à être authentiquement universels, ni même à l'époque où ils jouissaient d'un consensus politique (c'est-à-dire entre les années 1950 et 1990). Il y a trente ans, quand l'Europe prenait conscience du problème environnemental, les politiques de développement du tiers monde voyait cela comme une préoccupation des riches : « Venez polluer le Brésil », disait à cette époque un slogan destiné à attirer des investisseurs.

21 Mais toute cette évolution, qui durant la décennie dorée de 1960 semblait destinée à généraliser la paix un jour, le bien-être et la coopération, s'est interrompue avec la crise pétrolière de 1973, a explosé avec la chute du Mur de Berlin et les restes de l'Union soviétique, et a commencé à reculer visiblement à partir du 11 septembre 2001.

4. Quelques réflexions économiques et sociales

22 Les événements politiques servent à assigner au changement des dates et des noms plus ou moins arbitraires ; derrière eux, il y a des conditions plus profondes et diffuses. Parmi elles, je pense qu'il est nécessaire d'en souligner deux : l'avènement et la généralisation de la technologie informatique et l'utilisation de conteneur dans le commerce international. L'utilisation de conteneurs a fait diminuer les coûts de transport des marchandises et, par

- conséquent, a réduit les barrières économiques « naturelles » du commerce international. La généralisation de l'informatique a provoqué une nouvelle révolution industrielle, aux conséquences sociales autant, voire plus dévastatrices, que celles provoquées il y a deux siècles par l'avènement du machinisme : si la première révolution industrielle a rendu obsolète le travail de l'homme qui consistait en l'utilisation de sa force brute, mais requérait des êtres intelligents capables de se servir des machines et de coordonner leur action, l'informatique est en train d'éliminer le travail intelligent mais routinier, pour lui substituer avantageusement l'intelligence artificielle, et - en se projetant dans le futur - pour promettre de laisser subsister une demande très réduite en tâches créatives, imaginatives ou de direction au plus haut niveau.
- 23 Le résultat de cette tendance est que la technologie réduit les coûts de production et de distribution, mais elle réduit aussi de manière croissante la demande de travail de l'homme comme *in put* pour la création de richesse. Sur ce point, le problème réside en ce que, bien que la richesse augmente grâce à une plus grande productivité, l'accès des individus à cette même richesse est empêché parce que la méthode de distribution est toujours liée aux habitudes générées par la première révolution industrielle. En effet, au fur et à mesure de l'abolition des privilèges d'origine féodale, la participation de chaque individu dans l'appropriation du produit commun a été définie en proportion avec la contribution de chacun à cette même production, mesurée en valeurs de marché. Certains obtenaient une rente de leur capital, mais la majorité (presque tous, en termes numériques) ne disposait que de sa force de travail pour la mettre à disposition des premiers. L'histoire des deux siècles passés, dans ce contexte, montre les alternatives d'un conflit qui par moment a été sanglant et qui plus tard, grâce au fort succès économique du système, a donné lieu à des négociations et des compromis tendant à le modérer.
- 24 Mais tout ce système, y compris son succès et sa capacité à trouver des compromis, dépendait du fait social, déterminé par des critères économique, technologique et par un critère politique à peine déguisé, du fait que la production avait besoin des travailleurs autant que les travailleurs avaient besoin de leur salaire. Il était facile de le démontrer à travers les statistiques : l'augmentation de la production allait de pair avec une hausse des emplois, et réciproquement le chômage constituait un symptôme clair d'une dépression économique. Mais cette parité relative a pris fin au début des années 1990 : à partir de ce moment, plusieurs statistiques montrent un entrecroisement des courbes où l'emploi diminue alors que le produit brut augmente⁶.
- 25 Les sociétés les plus puissantes ont essayé de maintenir leur niveau d'emploi, en acceptant le coût d'une réduction de sa qualité moyenne, ou ont eu recours à une politique d'aides. Elles ont à la fois tenté de contenir l'immigration pour éviter que ces remèdes se perdent dans un puit sans fond : ce problème est alors devenu un point central de la politique, tant en Europe qu'aux États-Unis. Mais de telles politiques, même avec toutes les difficultés qu'elles comportent, ne font rien d'autre, dans le meilleur des cas, que de construire des bulles d'un relatif bien-être dont le coût repose sur d'autres. Le fait est que des phénomènes comme la précarisation de l'emploi, la baisse des niveaux salariaux et les barrières opposées aux migrations ne sont autres que des manifestations d'une réalité technologique et économique inévitable. Le travail de l'homme, certes de façon variable, est rapidement devenu quelque chose de remplaçable dans la production des biens et des services, en même temps que celui qui reste nécessaire tend à se déplacer et à devenir moins coûteux en raison de la concurrence internationale. Et, dans la mesure où la distribution de ces mêmes biens et services est toujours en relation avec le revenu individuel, qui dans la grande majorité des cas est uniquement accessible à travers l'emploi, le résultat inévitable est que des masses chaque fois plus importantes d'êtres humains se retrouvent en marge des revenus, du logement, de la consommation, de la santé et de l'éducation. En d'autres termes, les masses sont progressivement relayées en marge d'une société qu'elles ont un jour intégrée, remplies de la nostalgie d'un bon vieux temps où les travailleurs trouvaient encore facilement quelqu'un pour les exploiter.
- 26 Ce problème, et les tentatives pour le résoudre, ont reçu ces dernières années quelques dénominations porteuses d'un vague espoir : intégration sociale, réinsertion, construction de la citoyenneté. Je me risque à préconiser une nomenclature plus traditionnelle, prosaïque et crue,

celle du revenu individuel et de la nécessaire coopération pour l'atteindre. Tous les services que la société offre à l'individu, dont la consommation quotidienne fait de ces derniers des membres de la société, requièrent, d'une façon ou d'une autre, la disponibilité d'argent pour les payer. Cette condition, qui s'obtenait ou que l'on pouvait espérer obtenir avant grâce au travail, manque aujourd'hui. Et l'allocation, qui dans le meilleur des cas aide à combler cette carence, est parfois insuffisante comme outil de cohésion sociale. Autrefois, même les esclaves cohabitaient avec leurs maîtres dans une même société qui profitait d'eux ; mais les exclus d'aujourd'hui, y compris les privilégiés qui bénéficient d'un logement et de nourriture, sont séparés des autres par des murs implicites ou explicites qui servent à les rejeter.

5. Futur ouvert

- 27 J'ai dit au début que les droits de l'Homme compris comme des revendications généralisées de garanties minimales pour tous les individus, ont historiquement été forgés par les peurs et les urgences des générations qui se sont succédé, bien qu'ils aient été aussi violés en raison des divers degrés de tolérance imposés par les urgences et les peurs des puissants. Dans ce contexte, la génération actuelle est témoin d'une mauvaise nouvelle : tout ce que l'on croyait construit dans cette matière depuis la Renaissance et particulièrement au cours de l'ardu 20ème siècle est aujourd'hui remis en cause puisque les fondements de cette construction ont été érodés, à savoir, le budget d'une société intégrée malgré ses inégalités, dans laquelle la grande majorité des êtres humains avait une place réservée, que ce soit - dans le pire des cas - celle d'esclave.
- 28 Le panorama, au début du 21ème siècle, est franchement décourageant. L'humanité dans son ensemble est chaque fois plus puissante et prospères ; elle dispose d'incessants progrès technologiques. Mais les bénéfices de cette prospérité tendent à être limités à une proportion décroissante de personnes, celles qui, que ce soit en tant que financiers, entrepreneurs ou travailleurs, retraités, bénéficiaires d'une pension ou rentiers, sont toujours incluses dans le flux régulier de la richesse. Le reste, le nombre chaque fois plus important de ceux dont l'apport n'est plus nécessaire à l'appareil productif et ne sont créanciers d'aucune protection fondée sur des apports passés ou d'autres considérations personnelles, n'est pas seulement soumis à la pauvreté - cela, seul, ne serait pas si grave, car la pauvreté est une vieille connaissance de l'humanité -, mais ce qui est grave est que, dans les circonstances actuelles, cette pauvreté - qui n'est plus tant des inclus sinon particulièrement des exclus - tend à priver ses victimes de tout autre droit.
- 29 En effet, si la société du 20ème siècle peut être symbolisée par une médaille dont la face positive est l'usine et dont la face négative est le camp de concentration, le symbole de la société du 21ème siècle est la muraille qui entoure un quartier fermé : dedans se trouvent les inclus qui disposent des bénéfices de la civilisation mais qui ont peur qu'un revers financier les expulse du cercle des élus ; dehors se trouvent les exclus qui participent à peine à une économie de survie. Ils sont souvent poussés à la mendicité et au délit et, tôt ou tard, ils finiront par devenir une menace de violence généralisée.
- 30 Cette séparation brutale de la société en deux parties (séparation que le quartier fermé symbolise, mais qui ne se limite pas à sa description) fait déjà que les priorités publiques se déplacent : si jusqu'en 1980 les objectifs politiques de la société civile passaient par le développement et le bien-être, vingt ans plus tard les personnes ordinaires (je me réfère, bien sûr, aux personnes ordinaires incluses dans le système) demandent plus de sécurité et cherchent à faire obstacle aux migrations. En d'autres termes, il s'agit de d'élever des murs plus haut pour défendre une partie de la société des dangers qu'implique le reste de la même société. De là à redéfinir le concept de société, en réduisant ses limites au groupe des inclus, il n'y a qu'un pas. Et l'humanité chemine rapidement dans cette direction. Quand ce pas aura fini par être franchi, les droits de l'Homme pour lesquels nous avons toujours lutté seront reconfigurés comme un privilège dont beaucoup ne jouiront pas, ou jouiront seulement sur le papier, comme c'est d'ailleurs le cas depuis toujours dans de nombreuses régions du monde.
- 31 Mais il reste encore un pas de plus, qui paraît inévitable si la direction que l'on suit n'est pas enrayée. La division de la société et sa simultanée redéfinition ne peuvent éviter d'entraîner une

insurmontable différence culturelle. D'un côté, une culture officielle, articulée, interconnectée et même fière de sa propre diversité interne. De l'autre côté du mur, une multitude de cultures tribales, développées avec l'histoire particulière de chaque groupe, avec leurs langages, leurs traditions et, surtout, leurs ressentiments et rivalités. Au milieu, une barrière qui est d'abord faite de peur (ce que l'on appelle aujourd'hui « le problème de la sécurité »), et ensuite de non communication (ce que l'on pourrait appeler « fossés culturels ») et, plus tard, de haine réciproque (ce que l'on finira par appeler « lutte pour la survie de la civilisation »). Quand on en arrivera à ce point (et il semble aujourd'hui très probable que l'on y arrive un jour), la propre définition du concept d'humanité sera remise en question et tout sentiment de faute pour manquement aux droits de l'Homme sera éliminé par le simple fait de limiter la vigueur *raisonnable* de tels droits au domaine dans lequel certaines règles culturelles communes les rendent compréhensibles et les dotent d'un contenu consensuel. Ce mécanisme n'est pas nouveau. Pendant des siècles, les africains et une bonne proportion des asiatiques et des américains ont été exclus de l'idée générale d'humanité. Et ce n'était pas pour des raisons biologiques, bien que certaines aient été invoquées : l'exclusion fonctionnait à partir de critères culturels et, surtout, économiques.

32 Le centre du problème humain actuel est, et ce comme il ne l'a jamais été par le passé, l'accès aux revenus. De celui-ci ne dépend pas seulement la survie des individus, ce qui a toujours été évident. Aujourd'hui en dépendent aussi l'intégration des sociétés nationales, la continuité du dialogue entre les nations et entre les régions ainsi que le risque de s'exposer à une confrontation horizontale étendue au monde entier. En prenant en compte l'inégalité sidérale de ressources et des forces, cette confrontation, dont les premiers symptômes peuvent déjà être observés⁷, pourrait conduire à un génocide fondé, comme ils l'ont tous été, sur la nécessité de la légitime défense.

33 Dans ce contexte, il faut reconnaître que tout n'est pas distribution des revenus au plan individuel. Il existe aussi - comme durant toute l'histoire - de graves conflits sur la distribution des revenus au plan macroéconomique. Différents segments du monde (régions, pays et même contrées d'un même pays) se battent entre eux pour s'approprier les ressources de leur territoire ou de celui d'autrui, pour réserver leur marché interne afin de développer leur production et de conquérir des marchés extérieurs avec le même objectif ou pour redéfinir leur propre communauté, en la délimitant pour éviter que leur richesse ne leur échappe ou que d'autres viennent en profiter. Ce système de murs de contention vers l'intérieur et de politiques de pénétration vers l'extérieur reproduit, en des termes économiques ou militaires globaux, le schéma que chaque communauté projette dans le for intérieur des individus, où les puissants se retranchent derrière des murs surveillés en attendant que les exclus viennent les attaquer. Tout cela s'est mêlé à des expressions linguistiques de portée économique-juridique et de contenu politico-euphémique : *outsourcing*, restructuration, autonomie, libération, démocratie, libre-échange, politique migratoire, droits de douanes, subventions à l'exportation, risque-pays, division de la production, marché global, *commodities*, identité communautaire, juridiction universelle, extraterritorialité, droit pénal de l'ennemi, principes généraux du droit, lutte contre le terrorisme, sécurité nationale, réduction des risques financiers et - cela est inévitable - justice et droits de l'Homme.

34 Si l'on ne garantit pas les revenus et qu'on ne réduit pas les inégalités, eh bien, n'importe quel discours sur les droits de l'Homme court le risque de se convertir d'abord en une ingénuité bien intentionnée et, plus tard, en une plaisanterie cynique. Mais cela n'est pas suffisant en soi. Il est aussi nécessaire de trouver un nouveau réseau de coopération mondiale qui, dans le domaine du social, remplace les conditions de travail traditionnelles en tant que facteur de cohésion, de participation à une société unique et d'adhésion commune à certaines règles de vie en communauté, et qui, sur le plan international, remplace aujourd'hui le concept décadent de souveraineté en qualité de facteur de dialogue et de respect entre les communautés.

6. Présent critique

35 Pendant que les politiques cherchent des solutions ou élaborent des attaques, des défenses et des justifications à un prochain génocide, les juristes se trouvent confrontés à une crise

des proportions dans leur système de raisonnement qui, comme toujours, prétend présenter la réalité normative comme un système compréhensible, consistant et, de préférence, prévisible sur les modes d'exercice du pouvoir.

36 À partir des conditions précédemment décrites, de quoi, nous, juristes parlerons-nous désormais ? Quelle portée devons-nous donner aux concepts avec lesquels nous étions habitués à interpréter le monde du droit ? Quel rôle donnerons-nous aux traités internationaux, aux constitutions nationales, aux lois internes, aux décisions de justice ? De quelle façon apprécierons-nous l'influence des principes dans l'interprétation de ces phénomènes normatifs ou la fonction de ces mêmes phénomènes dans la formulation des principes ? Comment intégrerons-nous tout cela dans un système normatif qui puisse se décrire en des termes pratiques et sans incongruité ? Si l'on choisit de fabriquer des systèmes incompatibles entre eux, comment pourrions-nous prétendre à leur coexistence ? Si l'on voulait qu'ils cohabitent en paix, faudrait-il trouver un méta-système consensuel ? Ou les laisserons-nous tenter de s'exterminer entre eux, ce qui exigerait de savoir quel camp choisir, et d'expliquer également pourquoi nous le faisons ?

37 À mon avis, nous, les hommes de droit dans l'ensemble, ne suivons aucun de ces chemins. Déçus du travail législatif - dont les défauts, entre autres, ont généré une crise notable de la notion de représentativité démocratique -, nous nous tournons vers les principes. Nous les incluons dans nos textes constitutionnels et, à défaut, nous les appliquons avec le même enthousiasme qui a toujours présidé les raisonnements du droit naturel.

38 L'inconvénient est que nous ne disposons pas d'un répertoire objectif de principes. À dire vrai, si un juriste d'un certain prestige énonce un principe nouveau, personne n'ose le contredire, non pas seulement parce qu'il n'y a pas une réalité sensible avec laquelle comparer le principe énoncé, mais particulièrement parce que les principes sont exprimés en des termes tellement vagues que les accepter n'implique aucun grand compromis personnel. Or, pour appliquer de tels principes à un cas concret, il est nécessaire de leur donner un contenu suffisamment précis pour décider si le cas d'espèce est ou non compris par ce principe. Et, pour statuer sur un cas pour lequel deux principes ou plus apparaissent circonstanciellement opposés entre eux, il est indispensable de *les pondérer*⁸. Pondérer, c'est peser, équilibrer, mesurer comparativement. Mais l'action de comparer des poids requiert un instrument de mesure : le symbole de la justice est la balance, qui sert précisément à cela. Il est clair que les commerçants qui utilisaient la balance physique, avec des plateaux et un point d'équilibre, comptaient sur le poids physique des marchandises, objectivement vérifiable et, en outre, sur un système de poids et de mesures pour lequel l'État, par un organisme spécialisé, certifiait le poids officiel de certaines pièces de métal qui servaient ainsi à une comparaison suffisamment intersubjective. En droit, nous n'avons pas d'éléments pour peser les arguments, pas non plus pour rechercher la valeur juridique relative de la livre de viande que réclamait Shylock ; et la certification étatique de l'importance des droits, qui n'est autre que la norme législative, tombe en discrédit et n'incite plus au respect qu'on lui témoignait auparavant. Chaque citoyen et chaque magistrat exerce donc la pondération à *vue d'œil*. Mais on part presque toujours du principe invérifiable selon lequel personne n'a de meilleure vue hormis soi-même.

39 Ces conditions indiquent que notre société est en train d'abandonner la très modique sécurité des lois, dont on a cessé de faire confiance au contenu, pour se réfugier dans l'irréfutable justice des principes. Celle-ci suppose que les principes peuvent être connus de tous. On en veut pour preuve par excellence l'accord généralisé sur la valeur du respect dû à la vie. Mais on ne se rend pas compte que cet accord est fictif : à peine examine-t-on, les exceptions diverses et controversées que chacun impose à ce respect et prête-t-on attention à la place dissemblable qu'on assigne à la vie - bien que proclamée comme valeur suprême - face à d'autres principes dans les hypothèses concrètes dans lesquelles elle se trouve impliquée⁹. Dans la pratique, donc, tant par rapport à la vie que pour d'autres « biens moraux » bien plus polémiques, les juristes ne disposent pas d'autre chose que de leurs propres sentiments, parfois partagés par les autres (souvent superficiellement ou seulement par réputation). Chaque citoyen doit se résigner alors à ce qu'un de ces juristes qui, en raison de circonstances imprévisibles, en vient à être le magistrat qui doit juger de son cas, fasse valoir son propre critère de justice, avec l'autorité

que lui confère le sceau de l'État, indépendamment d'autres critères éventuellement présents dans d'autres consciences judiciaires.

40 Dans une situation si critique, le pessimisme n'est pas de bon conseil. Bien que les problèmes que vit notre société ne soient pas strictement juridiques mais plutôt économiques et sociaux, les juristes et les philosophes du droit doivent prévoir les structures théoriques qui au moins désobstruent les chemins qui les dépassent, et éliminer, substituer ou, à tout le moins, remettre en ordre celles qui contribuent à leur aggravation. Dans ce contexte, je considère que les actions suivantes pourraient être positives :

41 a-justifier le discours sur les principes pour le convertir en un champ argumentaire régi par des règles procédurales de reconnaissance et de préférence dotées d'un consensus généralisé. Si on parvient à ce résultat, il faudra continuer de chercher tous ensemble dans ce domaine. Dans le cas contraire, il faudra diminuer drastiquement l'emphase avec laquelle on s'y engage aujourd'hui ;

42 b-débattre jusqu'à arriver à un accord généralisé sur la relation à admettre entre la formulation de normes générales et la décision de cas d'espèces, que ce soit comme fonction unidirectionnelle, bidirectionnelle ou circulaire, mais avec un degré de clarté qui rende à cette séquence d'éléments un peu de prévisibilité ;

43 c-abandonner expressément, et pas seulement de façon clandestine, l'ancienne fiction qui réserve aux juges le rôle de la *bouche de la loi* ; reconnaître que la fonction législative, qui leur a toujours été déléguée par voie de l'interprétation, s'impose aujourd'hui avec plus de force aux magistrats par la prééminence des principes sur les normes législatives ; reconnaître, au moins avant le succès de la procédure suggérée au point a) qu'il n'y a pas de manière objectivement ni raisonnablement intersubjective pour reconnaître le contenu ni la supériorité des principes en cas de controverse, et donc que l'emphase mise sur eux ne conduit à rien sinon à faire dériver vers les juges un pouvoir politique plus important que celui qu'ils avaient avant ;

44 d-conformément à cette reconnaissance, exiger des juges - comme on l'exigeait avant des législateurs - qu'ils rendent publics les critères avec lesquels ils ont décidé d'un cas ; pas seulement de manière circonscrite au cas d'espèce, comme ils le font couramment, mais aussi en guise de critères interprétatifs généraux qui puissent se comparer avec ceux des autres tribunaux et se soumettre, en outre, à la critique de l'opinion publique¹⁰ ;

45 e-développer l'élaboration d'un système de critères qui, que ce soit sous le nom de valeurs, principes, accords ou lois, justifie les propos des personnes chargées de les exécuter et permette de les comparer à la volonté des citoyens pour revitaliser le système démocratique ;

46 f-étendre le système des critères au niveau mondial pour établir, avant tout, jusqu'à quel point les communautés sont obligées de respecter la diversité des autres et à partir de quel point l'ensemble de celles-ci doivent respecter certains critères à caractère général ;

47 g-afin de donner corps aux actions précédemment décrites, exiger que les raisonnements et arguments se présentent dans un langage simple et non métaphorique, qu'ils ne proposent pas de fondements mystérieux ni ineffables ; exiger aussi que les critères expriment dans la mesure du possible les limites de leur propre application, qu'ils invoquent la justification qu'ils proposent pour ces limites et qu'ils fassent ressortir des critères plus généraux qui servent de cadre à tout le discours.

48 Les idées que je propose ici ne constituent pas un programme facile, mais il n'est pas non plus si difficile que le déchiffrement du génome humain, qui déjà a été réalisé avec succès. Elles n'intègrent pas non plus un programme politique parce qu'elles laissent la porte ouverte aux contenus résultants d'un accord contingent. Elles ne sont rien d'autre qu'un programme méthodologique pour le droit, un cadre d'action par lequel, nous, les hommes de droit, cessons de faire partie du problème pour devenir des voies ouvertes à sa solution ou encore un fil qui permette d'intégrer les développements théoriques du 20ème siècle et d'y enfile dans l'ordre l'ontologie, la théorie de la connaissance, l'épistémologie, la théorie générale du droit et la théorie du droit constitutionnel. L'objectif est de donner un cadre rationnel aux préférences morales qui s'expriment, aux décisions politiques qui se fondent sur celles-ci et aux normes juridiques qui, en conséquence, doivent être adoptées pour en assurer le strict respect. Peut-être que l'on n'arrivera qu'à peu de chose, car l'on sait les forces qui dépassent le cadre juridique.

Mais au moins, nous, les adorateurs du droit, aurons fait le travail qui est à notre portée et qui n'est autre que de se servir des outils théoriques pour reconnaître la réalité, faciliter le dialogue et assurer la transparence des arguments de pondération de nos principes.

Notes

1 Texte traduit par Laura Giovannoni, étudiante en Master 2 bilingue Droit de l'Europe, promotion 2015-2016

2 Je me réfère sur ce point à des réflexions formulées dans « Derechos en serin y cuentas claras », *La Ley*, Buenos Aires, 9 février 2006.

3 Kelsen, Hans, *Théorie Pure du Droit*, UNAM, México, 1981, pages 138 et suivantes ; *Théorie Générale du Droit y de l'Etat*, UNAM, 1958, pages 87 et suivantes.

4 Le 24 août 2004, la Cour Suprême argentine a condamné un individu qui en 1974, sous les ordres de la dictature chilienne d'Augusto Pinochet, est intervenue dans l'homicide d'un opposant réfugié à Buenos Aires. Pour écarter la prescription de l'action pénale et éviter l'opposition du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, le Tribunal a déclaré que le délit commis était un crime contre l'humanité et imprescriptible en vertu de la Convention sur l'Imprescriptibilité des Crimes de guerre et contre l'Humanité (ONU, 26 novembre 1968). Bien que cette convention n'ait été ratifiée par l'Argentine que par la loi 24584 de 1995, la qualification du délit et son imprescriptibilité émanaient d'un consensus international de *jus cogens*, c'est-à-dire d'un des « concepts juridiques anciens d'un 'ordre supérieur de normes juridiques que les lois de l'homme ou les nations ne peuvent violer' » (CSJN 24/8/04, « Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicide qualifié et association illicite et autres », cas N 259).

5 Effectivement, bien que par hypothèse on accepterait le fait que l'on soit capable de percevoir toute la réalité qui nous entoure, le fait est que nous n'apprécions pas, nous ne nous souvenons pas, ni nous ne représentons rien d'autre que des *modèles* de certaines parties de celle-ci, des représentations délibérément appauvries de la réalité, construites à partir de ce que l'on considère important (cfr. Guibourg, Ricardo A., *La construcción del pensamiento (La construction de la pensée)*, Buenos Aires, Colihue, 2004, chapitre V).

6 Ces données et arguments ont été développés de manière plus ample dans « La question sociale » (en collaboration avec les Dr. Silvia Garzini, Beatriz Ragusa et Liliana Rodríguez Fernández), exposé présenté au XV Congrès Mondial du Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Buenos Aires, 1997, sous format CD-ROM. Publié dans la revue *Trabajo y Seguridad Social (Travail et la Sécurité Sociale)* (doctrine et pratique), Lima, Pérou, novembre 1997, p. 5.

7 Pour citer des sociétés très différentes entre elles, pensez aux *maras* d'Amérique centrale et aux 10000 voitures brûlées aux alentours de Paris, en 2005, par des jeunes bien nourris mais mal maîtrisés.

8 Je n'utilise pas ce verbe par préférence personnelle, mais parce qu'il est souvent répété dans les arguments qui cherchent à appliquer à un même cas deux principes en conflit ou plus.

9 Par exemple, il faut rappeler que certains admettent la peine de mort ; presque tous acceptent l'homicide en cas de légitime défense, pas seulement pour défendre sa propre vie mais aussi face à une tentative de séquestration ou de viol ; souvent les personnes excusent les tueries durant la guerre, particulièrement si elles la considèrent « juste » (qualification qui coïncide souvent avec la position de son propre camp) ; peu se considèrent obligés d'éviter que des indigents ne meurent de faim ou de maladie, surtout s'ils habitent des pays ou des continents distants, et la forte polémique sur l'avortement fait s'affronter ceux qui défendent la vie du fœtus même contre celle de la mère et ceux qui défendent la liberté et le plan de vie de la mère même au prix de la vie du fœtus.

10 L'idée n'est pas nouvelle : les romains la connaissaient sous le nom de *ius edicendi*.

Pour citer cet article

Référence électronique

Ricardo A. Guibourg, « Le néo-constitutionnalisme et les droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 23 juin 2016, consulté le 15 septembre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2187>

À propos de l'auteur

Ricardo A. Guibourg

Ricardo A. Guibourg est professeur de philosophie du droit à l'Université de Buenos Aires et a été juge à la Chambre sociale de la Cour d'appel de Buenos Aires. Il est l'un des principaux représentants de l'École analytique de Buenos Aires.

Droits d'auteur

Tous droits réservés

Résumés

L'auteur envisage divers problèmes liés aux droits de l'Homme auxquels sont confrontées les sociétés contemporaines. Parmi ceux-ci, il s'intéresse principalement à la fracture économique qui conduit également à un accès inégal aux droits de l'Homme. Il présente également des lignes directrices qui devraient guider le travail des juristes qui doit être distingué de celui des hommes politiques ou des économistes en la matière, afin de garantir à tous un égal accès aux droits de l'Homme.

En este artículo, el autor expone los distintos problemas actuales a los que se encuentran enfrentadas las sociedades. Entre ellos, se ocupa especialmente de la fragmentación de la sociedad basada en un criterio económico que podría inducir además un acceso desigual a los Derechos Humanos. Asimismo presenta pautas que tendrían que guiar el trabajo de los juristas, distinto de los políticos o economistas en la materia, con el fin de garantizar a todos un igual acceso a los Derechos Humanos.

In this paper, the author explains different kinds of problems the society faces nowadays. Among them, it especially deals with the fragmentation of the society based on a economic criterion which could also lead to an unequal access to Human Rights. It also introduces guidelines to lead the legal expert's work, which is different from the politician or the economist's work in this subject, in order to ensure an equal access to Human Rights.

Indexation

Mots-clés : droits de l'Homme, Argentine, néo-constitutionnalisme, sociologie, évolution, protection, économie

Keywords : Humans rights, Argentina, neo-constitutionalism, sociology, evolution, protection, economy

Palabras claves : derechos Humanos, Argentina, neo-constitucionalismo, sociología, evolución, protección, economía