



HAL
open science

Les droits de l'homme : ambivalences et tensions

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les droits de l'homme : ambivalences et tensions. *Revue internationale de psychologie*, 2004, Les droits de l'homme : crise et défi 10 (23), pp.9-24. 10.3917/rips.023.0009 . hal-01670174

HAL Id: hal-01670174

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01670174v1>

Submitted on 21 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES DROITS DE L'HOMME : AMBIVALENCES ET TENSIONS

*par Danièle LOCHAK**

Les droits de l'homme ne sauraient être appréhendés, à l'instar des Tables de la Loi, comme un corps de préceptes évidents, intangibles, gravés une fois pour toutes dans le marbre. Tout au contraire, ils sont travaillés par une série de contradictions, de tensions, qui constituent le ressort d'une dynamique par laquelle ils sont amenés à évoluer, à se transformer sans cesse.

Pour analyser et comprendre cette évolution, il faut se départir de deux visions antithétiques et également contestables, parce que trop simplistes : l'une, édénique ou angélique, qui envisage l'évolution des droits de l'homme comme un processus linéaire, univoque et cumulatif qui nous entraînerait vers toujours plus de justice ; l'autre qui, à l'inverse, ne veut y voir qu'un leurre, une illusion, ou, dans une autre version, déplore la « crise » des droits de l'homme, par référence à un hypothétique âge d'or.

Les droits de l'homme ont une histoire – une histoire qui n'est pas encore achevée, qui continue à s'écrire en fonction d'enjeux complexes et enchevêtrés, tout à la fois idéologiques, politiques, juridiques : les droits de l'homme sont sous-tendus par un système d'idées, de représentations, de valeurs ; ils mettent en jeu les rapports entre l'individu et l'État, mais aussi entre le pouvoir et le droit, acquérant leur force et leur effectivité par la médiation des normes juridiques ; nés sur le terreau de la philosophie occidentale moderne, ils prétendent valoir de façon universelle.

De là naissent une série de tensions : tension entre le pouvoir et le droit – le droit qui protège contre le pouvoir mais n'a de force qu'adossé à l'État ; tension entre la primauté du droit sans laquelle il n'est pas d'État de droit, donc pas de liberté, et le principe démocratique qui suppose de respecter la volonté générale, exprimée par les représentants du peuple ; tension entre l'exigence d'autonomie qui est au cœur de la liberté individuelle et l'aspiration à la justice sociale qui suppose l'intervention de l'État et ne peut se réaliser sans empiéter sur cette autonomie ; tension entre la prétention des droits de l'homme à l'universalité et le nécessaire respect des identités plurielles des groupes ou des peuples, érigé lui aussi en droit fondamental.

Les apories de l'État de droit

Spontanément, on a tendance à voir dans le droit le rempart des libertés contre le pouvoir, donc la garantie des droits de l'homme. Dans cette perspective, les conditions générales d'existence des droits de l'homme se résument dans la notion d'État de droit : celui où l'autorité s'exerce conformément à des règles connues d'avance, et qui reconnaît aux citoyens des droits qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre du pouvoir. Dans l'État de droit, le pouvoir est doublement limité : encadré par des procédures qui visent à faire respecter la hiérarchie des normes ; borné par l'obligation de respecter les droits de l'homme convertis en droits subjectifs. Faire confiance à l'État de droit, c'est faire confiance au droit pour garantir les droits de l'homme. Mais ni le droit naturel, ni le droit positif, pour des raisons opposées, ne représentent un rempart suffisant contre les atteintes aux libertés.

Le droit naturel a été pendant longtemps la principale référence de ceux qui voulaient imposer au pouvoir étatique le respect des droits de l'homme. L'approche jusnaturaliste reposait

* Professeure à l'université de Paris X-Nanterre, directrice du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF). Auteure de *Les droits de l'homme*, La Découverte, coll. Repères, 2002.

sur les postulats suivants : – l'homme tient de la nature des droits fondamentaux qu'il conserve au sein de la société et qui sont opposables au pouvoir ; – le droit posé par l'État n'est légitime que s'il respecte le droit naturel et si, par conséquent, il respecte les droits de l'homme ; – les droits de l'homme sont antérieurs, tant logiquement que chronologiquement, au droit positif, auquel il revient simplement de fixer les mécanismes institutionnels destinés à les garantir.

Dans une perspective positiviste, à l'inverse, si les droits de l'homme existent, c'est parce que le législateur en a consacré l'existence et dans les limites de cette consécration. Affirmer que l'État ne peut porter atteinte aux droits naturels ne donne aucune garantie aux gouvernés, à moins de reconnaître le droit de désobéir aux lois injustes – droit qui lui-même ne peut rester qu'un droit naturel, puisqu'il ne saurait être encadré par la loi positive. Par conséquent, la seule garantie des droits de l'homme réside dans les règles juridiques, non dans les règles religieuses, morales ou éthiques.

Il faut accorder aux positivistes que les droits de l'homme n'existent pas réellement hors de leur prise en compte par le droit positif, et que leur reconnaissance juridique, comme leur efficacité, dépendent donc de l'État. Mais il en résulte que ce n'est pas le droit, en tant que tel, en tant que forme, qui protège les droits de l'homme : les techniques juridiques sont nécessaires mais non suffisantes à en assurer le respect ; et les positivistes eux-mêmes admettent qu'il peut y avoir du droit sans que les droits de l'homme soient assurés. Ce qui compte, c'est le contenu de ce droit, lequel dépend à son tour de facteurs – politiques, sociaux, idéologiques – extérieurs au champ juridique. La reconnaissance des droits de l'homme, leur inscription dans le droit positif, découle en dernière instance d'une volonté politique : la volonté de faire prévaloir une certaine conception de la société et des rapports entre l'individu et l'État.

Il y a donc quelque chose de tautologique dans l'affirmation selon laquelle le droit – et l'État de droit – sont la garantie des droits de l'homme ; et même de mystificateur lorsque, à force de concentrer son attention sur l'encadrement juridique, sur le respect formel des normes, on perd de vue le contenu concret, la dimension politique et sociale des droits de l'homme.

On peut aussi faire valoir que les mécanismes de l'État de droit, s'ils permettent de protéger les droits existants, ceux qui sont déjà inscrits dans les textes, ne permettent pas d'élargir le champ des libertés, encore moins de faire émerger de nouveaux droits. Il arrive même qu'ils y fassent obstacle, lorsque, au nom des principes constitutionnels supérieurs, on prive d'effet des dispositions votées par le législateur visant à rendre certains droits plus effectifs : on peut citer à cet égard l'invalidation par le Conseil constitutionnel, en 1982, de l'obligation d'inscrire 25 % au moins de femmes sur les listes de candidats aux élections municipales ou le refus de conférer le droit de vote aux étrangers au nom d'une conception étroite de la citoyenneté.

On a là l'illustration d'un constat plus général, à savoir que les impératifs de l'État de droit – qui a besoin des juges – peuvent entrer en conflit avec ceux de la démocratie dès lors que le contrôle juridictionnel aboutit à substituer à l'arbitraire de l'administration et du parlement l'arbitraire du juge.

Cette contradiction se manifeste de façon particulièrement aiguë à propos du juge constitutionnel : non seulement parce que ses décisions aboutissent à faire échec à la volonté générale exprimée par les représentants élus de la nation, mais parce que les « normes de référence » que le juge doit appliquer sont ici particulièrement floues. Pour les interpréter, il dispose donc d'une marge d'appréciation importante, qui alimente un pouvoir normatif étendu.

La compatibilité entre les principes démocratiques et ceux de l'État de droit est donc loin d'être donnée d'avance, et toutes les juridictions constitutionnelles sont confrontées à un dilemme : si elles s'en tiennent à la lettre des normes constitutionnelles, leur contrôle est voué à

être inefficace et inutile, dans la mesure où ces normes ne fournissent qu'exceptionnellement la réponse à la question posée ; si à l'inverse elles s'efforcent de donner vigueur à ces normes par une interprétation « constructive », elles s'exposent au grief d'arbitraire et à l'accusation de vouloir gouverner.

L'ambivalence du lien entre démocratie et libertés

La démocratie, en tant qu'elle implique la participation de tous les citoyens au pouvoir, est par elle-même l'expression d'une forme de liberté : la liberté politique. Dans l'histoire, la revendication de la liberté politique est presque toujours allée de pair avec celle des libertés civiles ; et les déclarations de la fin du XVIII^e siècle, aux Etats-Unis comme en France, ont proclamé simultanément des droits politiques et des droits civils. Pour les Révolutionnaires, les droits du citoyen étaient à la fois le corollaire et la garantie des droits de l'homme, comme l'exprime l'article 2 de la Déclaration de 1789 : « *Le but de toute association politique est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* ». Dans la mesure où seule la loi, expression de la volonté générale, peut restreindre les libertés, les citoyens, appelés à participer à la formation de la loi, ont l'assurance que leurs libertés seront respectées.

On convient aisément que les droits de l'homme ne peuvent exister que dans une démocratie – puisque les droits politiques font partie intégrante des droits de l'homme –, et réciproquement, que ne peut être qualifié de démocratique le régime qui ne respecte pas les droits fondamentaux. On ne peut pour autant postuler que la liberté politique et les libertés « civiles » s'engendrent mutuellement, de façon automatique. La liberté renvoie en effet à deux aspirations distinctes : la liberté « négative », définie comme le champ à l'intérieur duquel un sujet peut agir comme il l'entend sans ingérence d'autrui ; la liberté « positive », entendue comme la possibilité pour chacun d'être son propre maître, sans que personne ne décide à sa place (Berlin, 1969). Or les deux aspirations ne vont pas forcément de pair : on accepte plus facilement que les décisions collectives soient prises en dehors de soi si elles n'empiètent pas ou peu sur sa sphère d'autonomie personnelle ; à l'inverse, on accepte mieux les restrictions à sa liberté privée lorsqu'on a pris part aux décisions qui les ont établies.

Le même constat sous-tend l'opposition que Benjamin Constant traçait entre la liberté des Anciens et la liberté des Modernes : entre la liberté politique, d'un côté, qui se concrétise dans la participation au gouvernement de la cité, et la liberté civile, de l'autre, qui implique la faculté d'agir à l'écart de l'emprise de l'État (Constant, 1819). Dans la société antique, relève-t-il, « *plus l'homme consacrait de temps et de forces à l'exercice de ses droits politiques, plus il se croyait libre* », acceptant de fortes contraintes dans la sphère privée ; à l'inverse, l'importance accordée par les Modernes à l'autonomie individuelle les pousse à déléguer leur droit de participer au pouvoir (ce qui rend si précieux le gouvernement représentatif), afin d'avoir plus de temps à consacrer à leurs affaires privées.

Il n'y a donc pas de lien absolu et nécessaire entre le principe démocratique, qui renvoie au fondement du pouvoir, et la quantité de liberté laissée aux individus. Au point que deux menaces opposées pèsent sur les libertés : un risque de démission des citoyens, donc d'affaiblissement de la démocratie, à force de se focaliser sur l'autonomie individuelle ; un risque d'oppression des minorités par la majorité et de sacrifice de la liberté individuelle, si l'on se borne à prôner la participation au pouvoir.

Benjamin Constant était conscient de ce danger lorsqu'il disait craindre que, « *absorbés dans la jouissance de notre indépendance privée [...], nous ne renoncions trop facilement à notre droit de partage dans le pouvoir politique* ». Ce risque d'un désengagement des citoyens, Tocqueville l'a mis encore plus nettement en lumière, à partir d'une analyse critique et pessimiste de l'individualisme, inspirée par l'observation de la société américaine (Tocqueville, 1835-1840). La passion de l'égalité, en rendant les hommes indépendants les uns des

autres, les incite à ne se préoccuper que de leurs intérêts particuliers et à abandonner les affaires communes aux mains du pouvoir. Ainsi naît le risque d'une nouvelle forme de despotisme, une forme d'oppression propre aux peuples démocratiques et dont Tocqueville donne cette évocation suggestive : « *Je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer de petits et vulgaires plaisirs... Chacun d'eux, retiré à l'écart, est comme étranger à la destinée de tous les autres... Il n'existe qu'en lui-même et pour lui seul. Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort.* »

En sens inverse, le principe démocratique peut aboutir au sacrifice des libertés. La démocratie repose sur le principe de la majorité, or la majorité peut imposer sa loi à la minorité, qui n'est alors plus libre. La construction imaginée par Rousseau pour identifier la volonté de la majorité à la volonté du peuple et en déduire la nécessité d'une soumission absolue à la volonté générale, qui est « toujours droite et tend toujours à l'utilité publique », peut déboucher sur une forme de « démocratie totalitaire », en délégitimant par avance toutes les oppositions.

D'où les mises en garde des libéraux contre l'idéalisation de la démocratie : c'est Benjamin Constant faisant valoir que la démocratie peut opprimer les individus avec autant de cruauté qu'un dictateur et que le consentement au pouvoir ne change rien à la réalité de l'oppression : c'est John Stuart Mill soulignant que le gouvernement par le peuple ne signifie pas nécessairement la liberté, car il peut déboucher sur la tyrannie de la majorité ou de l'opinion dominante. Tocqueville lui-même, tout en admettant que l'oppression est moins dégradante lorsque le souverain est électif, parce que chaque citoyen peut se figurer qu'en obéissant il ne se soumet qu'à lui-même, affirme : « *la nature du maître m'importe bien moins que l'obéissance* »,

Les démocraties contemporaines ont tenté de sortir de ce dilemme en instituant un contrôle de la constitutionnalité des lois, qui se veut un rempart contre les emportements de la majorité. Mais la crainte du gouvernement des juges fait alors surgir une autre contradiction, déjà relevée plus haut, résultant de l'antagonisme potentiel entre État de droit et démocratie.

La tension entre la liberté et l'égalité

Le souci de l'égalité devant la loi s'est mué, à partir du milieu du XIX^e siècle, en une revendication de justice sociale, débouchant sur la reconnaissance de droits économiques et sociaux, notamment sous la forme de droits-créances. La réalisation des « droits-créances » (droit à l'instruction, droit au travail, droit à un minimum de rémunération, droit à la santé...) n'exige plus de l'État un simple devoir abstention, mais la fourniture de prestations, donc un renforcement de son rôle et un accroissement de ses pouvoirs. À l'État gendarme, chargé d'assurer la sécurité nécessaire à la jouissance des libertés individuelles, succède l'État providence sommé d'œuvrer positivement et d'apporter, avec la justice sociale, une autre forme de sécurité : la garantie contre les aléas de l'existence.

Les nouveaux droits n'entendent pas se substituer aux libertés classiques, mais les compléter. Ils les complètent en ce sens qu'ils s'y ajoutent, mais aussi au sens où ils permettent aux premières de se concrétiser. Ils sont en somme une réponse à la critique des libertés formelles, dont la pertinence a été reconnue bien au-delà des cercles marxistes. Les libertés ne valent que si les hommes sont effectivement en mesure de les exercer : « *Octroyer des droits politiques ou des garanties contre l'ingérence de l'État à des hommes en guenilles, illettrés, sous-alimentés ou affaiblis par la maladie revient à se moquer d'eux* » (Berlin, 1969). Dans cette optique, les pouvoirs d'exiger prolongent effectivement les libertés et assurent leur épanouissement.

Mais cet élargissement de la catégorie des droits de l'homme engendre néanmoins une série de tensions nouvelles : car ils font apparaître l'antinomie potentielle entre les exigences de la liberté et celles de l'égalité, entre les droits-libertés et les droits-créances, et finalement

l'ambivalence du rôle de l'État, perçu simultanément et indistinctement comme une menace pour les libertés et comme la garantie des droits de l'homme.

La reconnaissance des droits économiques et sociaux, en particulier lorsqu'ils prennent la forme de droits-créances, introduit une série de mutations dans la façon de penser les droits de l'homme. Les droits de l'homme avaient été énoncés, à l'origine, dans une perspective individualiste et universaliste. Or les nouveaux droits ne concernent plus seulement l'individu isolé mais aussi l'individu en groupe (liberté d'association, liberté syndicale) ; ils ne visent plus un homme abstrait, mais des hommes concrets, saisis dans leur singularité (ouvriers, femmes, enfants, vieux...) ; ils ne postulent plus une nature humaine éternelle et immuable, mais prétendent au contraire tenir compte des besoins d'individus situés, en fonction d'un contexte social déterminé.

Les droits de l'homme équivalaient, dans l'optique libérale, à la sphère d'autonomie laissée à l'individu ; visant à faire contrepoids au pouvoir, ils étaient revendiqués avant tout contre l'État. C'est au contraire vers l'État qu'on se tourne lorsque sont en cause les droits-créances, dont la mise en œuvre, on l'a dit, suppose son intervention active.

Enfin, alors que les libertés classiques sont garanties par des mécanismes qui relèvent essentiellement de la technique juridique (hiérarchie des normes, contrôle juridictionnel), la satisfaction des droits-créances repose avant tout sur la mobilisation de moyens matériels et la mise en place de services publics (écoles, hôpitaux, sécurité sociale...).

L'opposition entre les deux catégories de droits ne doit pas, toutefois, être poussée à l'extrême. D'abord, une partie des droits reconnus dans la sphère sociale – tels le droit de grève ou le droit syndical – ne sont pas des droits-créances : ils sont donc mis en œuvre et garantis par les mêmes procédés que les libertés dites classiques. Ensuite, les droits-créances eux-mêmes se déclinent, une fois créés les services publics nécessaires, en autant de droits subjectifs dont la violation peut être sanctionnée : le droit à l'instruction implique le droit de fréquenter l'école et la gratuité de l'enseignement, le droit à la santé se concrétise dans le droit d'avoir accès aux soins sans que le coût des traitements y fasse obstacle, etc. Inversement, on peut dire que toute liberté contient en germe un droit-créance, dans la mesure où la proclamation de cette liberté implique l'obligation pour l'État de la garantir — y compris, le cas échéant, en fournissant les moyens matériels nécessaires pour qu'elle ne reste pas lettre morte (aumôneries pour la liberté de conscience, aides à la presse...). C'est en ce sens, d'ailleurs, qu'évolue la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle estime que des obligations positives s'imposent aux États pour protéger et garantir les libertés fondamentales, et pas seulement des obligations négatives.

Reste qu'il existe bien une contradiction potentielle entre les deux catégories de droits. Les droits-créances ont pour objet de libérer les hommes des aléas de l'existence – la maladie, le chômage... –, mais ils ne peuvent le faire qu'en empiétant d'une façon ou d'une autre sur les libertés. Leur mise en œuvre suppose en effet la création de nouveaux services publics, donc la croissance de l'appareil étatique, la multiplication des réglementations, donc des contraintes supplémentaires. L'État providence, débiteur de prestations positives, chargé d'assurer une meilleure répartition des richesses grâce à des politiques de redistribution, augmente les prélèvements obligatoires, qui restreignent la faculté qu'a chacun de disposer de ses revenus comme il l'entend. De façon générale, la prise en charge collective d'une série de choix limite indubitablement le champ de l'autonomie individuelle.

La contradiction latente entre les deux catégories de droits renvoie d'ailleurs plus profondément à la contradiction logée au cœur des aspirations de chaque individu vivant en société, qui veut à la fois plus de liberté et plus de sécurité. La demande vis-à-vis de l'État est, sinon contradictoire, du moins ambivalente : on exige de lui à la fois qu'il respecte la liberté, qu'il s'abstienne d'intervenir dans la sphère privée, qu'il n'empiète pas sur le domaine de l'initiative individuelle – et qu'il pourvoie à tous les besoins de l'individu, ce qui suppose une

intervention active de sa part dans des domaines de plus en plus nombreux touchant la vie des citoyens.

Mais la réalisation de la justice sociale fait surgir d'autres contradictions encore, qui affectent la notion même d'égalité.

Pour les Révolutionnaires, liberté et égalité entretenaient un lien nécessaire : puisque les droits de l'homme sont inhérents à la nature humaine, tous les hommes doivent jouir de droits égaux. L'égalité signifie la suppression des privilèges liés à la naissance ; elle passe par l'uniformité de la règle applicable : « *la loi doit être la même pour tous* », parce que tous les individus, égaux par essence, doivent être traités de façon identique.

L'égalité prescrite par la Déclaration de 1789 est donc une égalité juridique, pas une égalité sociale, une égalité des conditions. Or l'égalité des droits et l'égalité réelle ne vont pas forcément de pair. Si la loi est la même pour tous, si elle ne prend pas en compte les différences de situation, elle risque de conforter les inégalités sociales au lieu de les supprimer : c'est pourquoi la justice sociale ne peut se satisfaire de l'égalité des droits. Mais si, à l'inverse, le droit tient compte de ces inégalités, pour tenter de les atténuer, il n'est plus formellement égalitaire.

Que l'égalité ne soit pas un concept univoque, Aristote l'avait déjà montré lorsqu'il distinguait deux formes de justice : la justice commutative et la justice distributive, ou encore l'égalité arithmétique et l'égalité géométrique. La première, appelée à régir les transactions entre citoyens, suppose le respect d'une parité entre les biens ou les services échangés. La seconde, destinée à régir le partage des honneurs et des richesses, implique de les répartir en fonction de la valeur et des mérites des destinataires : les personnes ne sont pas égales, elles ne doivent pas recevoir la même chose. Les politiques de redistribution mises en œuvre par l'État providence, qui visent à rééquilibrer les rapports entre les groupes favorisés et les groupes défavorisés, supposent d'abandonner l'égalité arithmétique pour une forme d'égalité géométrique.

Dans la mesure où l'application de la même règle à tous non seulement ne garantit pas l'égalité en fait, mais peut même l'entraver, la lutte contre les inégalités suppose de rompre avec l'égalité formelle et avec l'uniformité de la règle de droit. Voire de mettre en place des mesures préférentielles ou « actions positives » qui, dans le cadre d'une politique volontariste visant à réduire les inégalités de fait, vont favoriser les membres d'un groupe victime de discriminations en raison d'une caractéristique telle que le sexe, l'origine ou l'appartenance ethnique, la religion, l'état de santé, le handicap..., en vue de compenser les désavantages attachés à sa situation. Le répertoire des actions positives est étendu : depuis les priorités d'embauche en faveur des handicapés ou les avantages accordés aux femmes ayant élevé des enfants, jusqu'à l'établissement de quotas en faveur des femmes ou des Noirs comme il a pu en exister aux débuts de l'*affirmative action* aux États-Unis, en passant par la politique des zones d'éducation prioritaire (ZEP), qui vise à corriger les inégalités devant l'éducation en accordant des moyens supplémentaires aux établissements recevant des élèves défavorisés.

Les controverses qu'a suscitées en France la question de la parité, comme le tour très souvent polémique qu'y a pris le débat autour des « discriminations positives » (mais l'*affirmative action* aux États Unis a donné lieu à des débats tout aussi vifs) montrent à quel point les exigences de l'égalité sont contradictoires. De fait, on se trouve confronté à un paradoxe en forme de dilemme : pour assurer l'égalité par-delà les différences, on est amené à prendre en compte et inscrire dans la loi ces différences, auxquelles on reconnaît ainsi une réalité, en contradiction avec l'idéal poursuivi d'une règle dont la formulation et l'application seraient « aveugles » aux différences.

Car – et c'est un autre aspect capital du débat – tenir compte des différences de situation, reconnaître des droits spécifiques à des catégories ou à des groupes d'individus déterminées,

implique de considérer ces individus non plus seulement par rapport à ce qu'ils ont en commun, mais par rapport à ce qui les distingue les uns des autres, en fonction de leur appartenance à ce groupe ou à cette catégorie. Jusqu'où peut aller dans cette direction sans remettre en cause le postulat universaliste qui est au fondement des droits de l'homme ?

L'idéal universaliste confronté aux identités plurielles

Les droits de l'homme sont universels parce qu'ils ont été construits sur l'idée d'une humanité abstraite, d'une « nature » humaine commune à tous les individus concrets. A son tour, l'universalité de la règle, « aveugle aux différences », est à la fois la garantie et l'expression du droit de tous les individus à être traités de façon identique, donc égale, par-delà leurs différences.

Mais l'idéal universaliste montre aussi ses limites. L'universalité de la règle, volontiers confondue avec son uniformité, non seulement n'est pas suffisante pour assurer l'égalité effective des droits mais peut même l'entraver, comme on vient de le montrer, en aboutissant à entériner des inégalités de fait ; elle peut aussi placer certains individus, en raison de leur appartenance à un groupe minoritaire, dans l'impossibilité d'exercer effectivement des droits théoriquement reconnus à tous. Il y a donc un moment où il faut prendre acte des différences pour respecter en chaque individu sa part d'altérité : le droit va tenir compte des différences et des appartenances, renoncer à la formulation universelle de la règle, *reconnaître des droits spécifiques aux membres de groupes minoritaires*.

L'exemple des minorités nationales ou religieuses le montre bien : les membres de ces minorités revendiquent d'abord l'égalité des droits civils et politiques, c'est à dire le droit d'être traités comme l'ensemble des autres habitants ; mais ils revendiquent aussi des droits en tant que membres de cette minorité, tels que la liberté religieuse, le libre usage de la langue maternelle, voire certaines formes d'autonomie locale. Plus fondamentalement, ils revendiquent le droit de préserver leur identité, et donc d'avoir leurs propres institutions éducatives, culturelles, religieuses.

Même là où l'existence des minorités n'est pas reconnue comme telle, même lorsque, comme en France, l'existence de minorités est par principe récusée, il peut être nécessaire de prendre en considération les différences découlant de l'appartenance à un groupe, qui se vit subjectivement ou apparaît objectivement comme minoritaire au sein de la collectivité nationale, pour assurer l'effectivité de certains droits fondamentaux. La liberté de conscience, en particulier, ne peut être intégralement respectée que si le droit accepte de prendre en considération la diversité des croyances et des appartenances.

De fait, y compris dans un pays aussi attaché à la laïcité que la France, la laïcité ne se limite pas à un principe d'indifférence (« la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte »). La liberté religieuse suppose certes, d'abord et avant tout, la parfaite neutralité de l'État – comme des personnes privées, et notamment des employeurs – à l'égard des croyances et convictions. Mais la garantie de la liberté de conscience des membres des religions minoritaires impose aussi, en sens inverse, de transiger dans certaines circonstances avec le principe d'indifférence (dérogations à la règle de l'assiduité scolaire, autorisations d'absence dans la fonction publique, dispositions spécifiques pour rendre possible l'abattage rituel...).

On voit bien ici la tension entre le « droit à l'indifférence », l'affirmation du droit absolu de tout individu à être traité comme un être humain en dépit de ce qui le différencie des autres, qui reste un principe fondamentalement protecteur contre toutes les discriminations, et la nécessaire reconnaissance de l'altérité, des identités singulières, seule à même, dans certaines circonstances, de préserver la jouissance dans des conditions d'égalité des droits fondamentaux. Comment réaliser simultanément ces deux exigences apparemment contradictoires, sachant que toute officialisation par le droit de l'existence de groupes d'appartenance,

toute cristallisation des différences, comporte une série de risques : le risque de figer les appartenances et, au-delà, les identités, voire d'inciter au repli communautaire ; le risque, en sens inverse, de renforcer la stigmatisation des membres du groupe minoritaire en les enfermant dans leur différence ?

Cette même tension entre universalisme et particularisme se retrouve lorsqu'on envisage la question plus générale de *la validité universelle des droits de l'homme*

Pour justifier le caractère véritablement universel de la Déclaration *universelle* des droits de l'homme, en décembre 1948, René Cassin, mettait en avant le fait qu'elle avait obtenu l'adhésion de l'ensemble des pays démocratiques, des démocraties populaires, des nations récemment émancipées des divers continents ; le fait, aussi, qu'elle entendait protéger les êtres humains quels que soient le lieu et le régime du pays où ils vivent, quels que soient leur sexe, leur origine, leur condition sociale, leur religion, leur langage et leurs convictions politiques ; le fait, enfin, que les principes proclamés l'étaient par la communauté humaine tout entière.

Il est significatif à cet égard que la Déclaration de 1948 n'ait fait aucune place aux droits culturels, et d'une façon générale à un quelconque droit à la différence : au lendemain de la Seconde guerre mondiale, on était surtout préoccupé d'enrayer tous les facteurs de discrimination et de racisme, et il paraissait prioritaire d'insister sur ce qui rapproche les hommes plutôt que sur ce qui les sépare.

Mais par la suite, la revendication du droit de chaque peuple à affirmer et défendre sa spécificité culturelle, et la volonté corrélative de se démarquer de l'acculturation occidentale, notamment dans les pays d'Afrique et d'Asie ayant récemment accédé à l'indépendance, a parfois débouché sur une dénonciation des droits de l'homme en tant qu'ils refléteraient, jusque dans leur prétention à se présenter comme universels, l'ethnocentrisme occidental, sinon même une forme de néo-colonialisme idéologique.

Plus récemment, une autre vague de contestation est venue des pays asiatiques qui, par-delà tout ce qui les sépare sur les plans idéologique et religieux, ont mis en avant les valeurs centrales de la culture asiatique : primauté de la famille, soumission de l'individu au groupe, respect des hiérarchies, attachement au consensus excluant l'expression d'opinions divergentes – autant de caractéristiques qui traduisent une vision organique de la société, guère compatible avec la reconnaissance aux individus de droits opposables à la collectivité.

La contestation n'a toutefois pas débouché sur la dénonciation des grands instruments internationaux : au contraire, lors de la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme, en 1993, tous les États ont accepté de signer l'Acte final dans lequel on peut lire : « *s'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales* ». Un consensus s'est donc reconstitué sur l'universalité des droits de l'homme, même si l'opposition résolue de certains pays musulmans à la reconnaissance de l'égalité des sexes et de la liberté de conscience – sans parler des États où les droits de l'homme sont, dans les faits, quotidiennement et massivement violés – montre que le consensus est plus formel que réel.

Mais, au-delà de ces enjeux politiques et idéologiques, la question comporte une dimension plus théorique qu'on peut formuler ainsi : qu'est-ce qui permet d'affirmer que les droits de l'homme valent pour toutes les sociétés et toutes les cultures ? La question mérite d'être posée, dès lors que la « mondialisation » – évidente – des droits de l'homme n'est pas, à elle seule, gage d'universalité : encore faut-il que cette diffusion planétaire corresponde à une adhésion partagée, et ne résulte pas simplement de l'imposition à l'ensemble du monde d'une conception qui serait en réalité purement occidentale.

En premier lieu : si l'on tient pour acquis que les droits de l'homme sont nés à une époque et en un lieu donnés : l'Europe du XVII^e et du XVIII^e siècles, qu'ils trouvent leur origine dans la philosophie politique occidentale moderne qui a promu l'individu contre le « holisme » jusqu'alors dominant¹, comment fonder la prétention des droits de l'homme à l'universalité ?

Sur ce point, les faits semblent parler d'eux-mêmes : c'est au nom des droits de l'homme, des droits proclamés par la Déclaration de 1789 ou celle de 1948, que, dans le monde entier, dans les pays les plus divers, des opposants ont mené la lutte contre les régimes dictatoriaux ou totalitaires. Dans ces conditions, invoquer la culture asiatique, les valeurs de l'islam, ou encore la priorité absolue du développement économique pour réfuter l'applicabilité universelle des droits de l'homme apparaît surtout comme un prétexte pour justifier l'existence de pouvoirs autoritaires et pour légitimer les hiérarchies sociales traditionnelles, notamment le maintien des femmes dans une situation d'inégalité et d'oppression.

Comment, en second lieu, concilier l'universalité des droits de l'homme avec la diversité des cultures ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les droits culturels, négligés par la Déclaration universelle de 1948, et parmi lesquels figure le droit à la préservation des identités culturelles, sont aujourd'hui consacrés par de très nombreux instruments internationaux. Comment reconnaître la légitimité des différences culturelles et des revendications identitaires sans verser pour autant dans une forme de relativisme postulant que les droits de l'homme, loin d'être universels, varieraient d'une culture à l'autre ? Accepter qu'ils soient conçus et appliqués de façon différente selon les traditions culturelles, ethniques et religieuses reviendrait en effet à remettre en cause, en même temps que la philosophie qui le sous-tend, l'ensemble du système de protection internationale des droits de l'homme progressivement mis en place depuis 1945.

Face à la tentation du relativisme, on peut et on doit bien sûr réaffirmer qu'aucune spécificité culturelle ne saurait justifier l'esclavage ou la torture ni toute autre atteinte à la dignité ou à l'intégrité humaines, non plus que les discriminations fondées sur le sexe, la couleur de la peau ou la religion. Mais au-delà ? Peut-on admettre que certains droits puissent être interprétés différemment selon les régions du monde ? Et si oui, qui sera habilité à arbitrer entre les droits absolument universels et les autres ?

En sens inverse, l'universalité des droits risque de rester théorique et abstraite si elle ne prend pas en compte la diversité des traditions historiques et des contextes culturels. Car la perception des droits de l'homme est conditionnée par l'histoire (telle la colonisation pour les pays d'Afrique) et par différents facteurs d'ordre social, économique ou politique. Là encore, l'universalité peut exiger de passer par la prise en compte des différences, à condition qu'elles restent compatibles avec les principes fondateurs communs. Il faut donc penser un mode d'articulation entre l'universel et le particulier qui, sans transiger sur l'existence d'un socle de principes fondamentaux, sorte de « droit commun » de l'humanité (Delmas-Marty, 1998), n'exclue pas que ces principes à vocation universelle soient mis en œuvre de façon variable, dans le respect des identités culturelles plurielles.

*

On aurait pu poursuivre encore la mise en lumière de ces tiraillements entre exigences opposées qui affectent tant la conceptualisation que la concrétisation des droits de l'homme. On aurait pu par exemple évoquer les relations ambivalentes entre la dignité et la liberté : car si,

¹ On se réfère ici à la distinction, proposée par Louis Dumont dans son introduction à *Homo Hierarchicus* (1966), entre les conceptions organiques ou « holistes » (de *holon* le tout, en grec), caractéristiques des sociétés traditionnelles, qui accordent la prééminence au corps social et considèrent les hommes comme les simples parties du tout à l'harmonie duquel ils doivent contribuer, et les conceptions « mécaniques » ou « individualistes », caractéristiques de la modernité, pour lesquelles l'individu est premier, la société étant le résultat d'une association volontaire des individus destinée à permettre leur épanouissement.

au départ, la notion de dignité de la personne humaine fonde les droits de l'homme et conforte la liberté, on voit aujourd'hui de plus en plus nettement que la sauvegarde de la dignité non seulement légitime des restrictions à la liberté d'expression (ainsi, à la censure exercée au nom de la moralité publique s'est substituée la sanction de l'atteinte portée à la dignité humaine), mais fonde aussi l'interdiction d'activités ou de comportements jugés attentatoires à la dignité de celui-là même qui s'y livre (lancers de nains, port du foulard, prostitution...), réduisant d'autant le principe de la libre disposition de soi et la sphère de l'autonomie individuelle.

On aurait pu aussi et surtout rappeler qu'aucun droit, même dans une démocratie, ne peut s'exercer sans limite, qu'aucune liberté n'est absolue, de sorte qu'existe toujours une tension entre la revendication de la liberté la plus large et les bornes qu'il faut y apporter pour préserver les fondements de la vie en société et rendre possible la coexistence harmonieuse entre ses membres. D'où, notamment, la tension entre sécurité et liberté, la sécurité étant la condition d'un exercice paisible des libertés mais ne pouvant être assurée sans empiéter sur ces libertés.

L'existence de ces tensions explique que, même dans les pays où les droits de l'homme ne sont pas un slogan vide de contenu, ils continuent à être objet de débat. Et il ne faut pas souhaiter que les controverses se tarissent, dans la mesure où la vivacité des controverses – politiques, idéologiques, théoriques – témoigne à la fois du caractère vivant, évolutif, non figé des droits de l'homme, et de l'importance qu'on leur attache.

Indications bibliographiques :

- BERLIN I., *Éloge de la liberté* (1969), Presses Pocket, coll. Agora, 1990.
CONSTANT B., *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1819),
DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, coll. Essais, 1998.
DUMONT L., *Homo hierarchicus*, 1966, rééd. Gallimard, coll. Tel, 1979.
MILL J. S., *On Liberty* (1859).
TOCQUEVILLE A. de, *De la démocratie en Amérique* (1835-1840)

Résumé :

Les droits de l'homme ne sont pas gravés une fois pour toutes dans le marbre : ils sont travaillés par une série de tensions, qui constituent le ressort d'une dynamique par laquelle ils sont amenés à se transformer sans cesse : tension entre le pouvoir et le droit – le droit qui protège contre le pouvoir mais n'a de force qu'adossé à l'État ; tension entre la primauté du droit sans laquelle il n'est pas d'État de droit, donc pas de liberté, et le principe démocratique qui suppose de respecter la volonté générale, exprimée par les représentants du peuple ; tension entre l'exigence d'autonomie qui est au cœur de la liberté individuelle et l'aspiration à la justice sociale qui suppose l'intervention de l'État et ne peut se réaliser sans empiéter sur cette autonomie ; tension entre la prétention des droits de l'homme à l'universalité et le nécessaire respect des identités plurielles des groupes ou des peuples, érigé lui aussi en droit fondamental.