

EURO 92

Analyses

« Vrais » ou « faux » droits de l'Homme

Henri LEPAGE

Délégué général de l'Institut EURO 92

Le premier des deux textes qui suivent a fait l'objet d'une présentation orale lors d'un colloque (« Les Droits de l'Homme, Aujourd'hui ») organisé par l'Assemblée Nationale, le Mercredi 9 Décembre 1998, à l'occasion de la célébration du 50^{ème} anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Le second (« Libéraux ou Républicains? ») est une note inédite rédigée en Octobre dernier en réaction aux nombreuses déclarations d'hommes politiques français qui profitaient des évènements de l'été pour faire le procès de « l'ultra-libéralisme ».

- La Déclaration Universelle des Droits est un document où le meilleur côtoie malheureusement le moins bon.

Le meilleur, c'est la poursuite d'un but précis, d'une ambition légitime, tout à l'honneur de ceux qui en furent ses initiateurs : empêcher l'emploi des méthodes politiques pour d'autres fins que la défense de la paix et de la liberté.

Mais il y a aussi le revers de la médaille : l'inscription dans la liste des droits d'une multiplicité de choses qui ne sont pas des droits, qui n'en ont jamais été, et qui ne pourront jamais en être - mais dont la présence contribue, dans nos sociétés, à la destruction du droit, à l'érosion du droit comme force pacificatrice, à l'effacement du droit par rapport à la simple force politique. Ce qui est, si je ne m'abuse, le contraire même du but affiché.

Les « faux-droits » ainsi visés sont évidemment ces fameux droits économiques et sociaux dits de la deuxième, ou même de la troisième génération : le droit à la sécurité sociale, le droit aux congés payés, le droit à l'éducation, le droit au logement, maintenant le droit à l'environnement, etc...

Il s'agit certes d'objectifs de gouvernement louables, désirables, souhaitables. Mais cela n'a rien à voir avec le droit. Car il s'agit non plus de droits à des libertés de faire, mais de droits à des biens dont la production coûte cher, ce qui implique des impôts, des percepteurs, des administrations, des lois, des règlements, et finalement qu'on s'en prenne aux propriétés et aux libertés qui font partie des droits légitimes d'un grand nombre d'autres.

Or qu'est-ce qu'un droit qui conduit à dresser le droit des uns contre le droit des autres, et donc à créer le désordre, à commettre des injustices à l'encontre de ceux dont les droits apparaissent ainsi comme secondaires par rapport à ceux des autres ? Certainement pas du droit.

L'objet du droit n'est pas d'établir des hiérarchies dans les droits des uns et des autres. C'est là une conception politique moderne qui ne fait que traduire une profonde dégénérescence de la notion même de droit.

Le droit ne fait que noter les distinctions qui sont dans les choses, dans les faits de l'existence d'une humanité composée d'êtres distincts et séparés. Il se rapporte à une réalité objective et une vérité qui sont communes à tous les hommes. Il n'a que faire des opinions et des désirs subjectifs, même ceux dont le caractère soi-disant impérieux est proclamé par une majorité d'électeurs, ou des diplomates et conseillers de l'ONU.

- Cette crise du droit n'est pas nouvelle. C'est un phénomène qui date au moins de la fin du dix-neuvième siècle et qui, depuis lors, n'a cessé de s'aggraver.

Dans le langage contemporain, le mot « droit » n'a presque plus de relation avec la justice, c'est à dire le respect de l'homme pour ses semblables, ainsi que pour les méthodes et techniques conçues au fil des siècles pour maintenir ce respect mutuel des uns envers les autres et rectifier les injustices commises (par exemple quand un individu traite un autre ou ses possessions comme s'ils étaient à lui).

Le mot désigne de plus en plus une masse croissante, mais aussi sans cesse fluctuante, de règles, de décisions, de doctrines éphémères dont la finalité est de servir les besoins subjectifs de quelques uns.

Si, à un moment donné, quelqu'un trouve que « le droit » ne garantit pas la solution qu'il désire à un problème qui l'agace, il réclame aussitôt qu'on change les règles et doctrines en vigueur.

Ainsi, « le droit » est devenu le moyen par excellence pour tout régler selon son désir -une technologie sans finalité qui peut servir n'importe quel maître.

Le problème de la Déclaration Universelle est qu'elle ne fait rien contre cette dérive. Au contraire, elle y participe, elle en accentue le processus. Son adoption fut le premier grand signal du passage généralisé d'une conception classique du droit (où le droit de l'homme est clairement défini comme le droit de faire tout ce qui n'est pas cause de désordre dans les affaires humaines, tout ce qui n'est pas injuste envers d'autres personnes) à une philosophie subjectiviste du droit (où chacun a en quelque sorte droit à tout ce qu'il désire pour autant qu'il réussit à en convaincre ceux qui maîtrisent l'agenda politique).

Le résultat, c'est un véritable déluge de nouveaux droits. C'est à dire la croissance explosive de nouvelles prétensions sans fin à des bénéfices matériels ou immatériels que l'état, ou toute autre autorité politique quelconque, devraient garantir à ceux qui les réclament.

Ainsi, individus, majorités, minorités, groupes, nations, peuples, races, cultures, sous-cultures, enfants, femmes, jeunes, handicapés, autochtones, allochtones, artistes, intellectuels, pauvres, victimes de la sociétés, etc... réclament-ils tous aujourd'hui ce qu'ils proclament être « leurs droits » économiques, sociaux, politiques ou culturels.

Il est difficile de s'imaginer un bien qui n'ait pas encore été réclamé par quelque groupe ou mouvement comme « son droit », ou comme la reconnaissance d'un « droit universel ».

Apparemment, on a droit à ce qu'on veut, et ce qu'on veut a droit d'être reconnu comme un droit universel de l'homme. D'où la revendication d'un droit des animaux, d'un droit des forêts, des paysages, des monuments historiques, et ainsi de suite ad libitum.

■ Cette inflation de droits, cette dérive de sens du mot droit ne sont pas des phénomènes véniels.

Elles traduisent une telle dégradation du sens des mots et des concepts qu'on finit par vivre dans une société où il devient de plus en plus difficile de distinguer le coupable et l'innocent, d'identifier qui est le débiteur ou le créancier, de faire la différence entre le malfaiteur ou la victime, le producteur ou le parasite. La société se transforme en labyrinthe et mensonge collectif.

Lorsqu'il en est ainsi, l'ordre de la société est perturbé, et les affaires humaines sombrent dans la confusion. Les droits deviennent ce que, par définition, ils ne devraient pas être : source d'incertitude et de conflits. Au lieu de pacifier les mœurs - en désignant clairement à qui appartient quoi, qui a le droit de faire quoi -, ils multiplient les injustices et dressent de plus en plus les uns contre les autres.

Dans ces circonstances, l'état national et les bureaucraties internationales apparaissent comme les seuls recours susceptibles d'imposer l'ordre et la paix. Puisqu'il n'est plus possible de jouir paisiblement de ses droits sans empiéter sur quelque autre droit de quelqu'un d'autre, c'est à la force politique organisée qu'il revient de résoudre les conflits en fixant autoritairement un ordre prioritaire parmi les droits à satisfaire.

Ainsi une grande partie de nos règles et bureaucraties publiques est-elle aujourd'hui liée de façon directe ou indirecte à l'administration des droits de l'homme et de leur progéniture de pseudo-droits.

Vue sous cet angle, la Déclaration Universelle a été une formidable plate-forme pour l'expansion rapide de l'emprise de la politique organisée sur la société et les individus - aux dépens du droit. Elle a fait des droits de l'homme le prétexte servant à légitimer l'organisation progressive des relations humaines sous le contrôle et la gestion d'une multitude d'organisations politiques internationales réunies en un réseau planétaire sans frontières.

Plutôt que d'affirmer les droits de l'homme, elle a surtout servi à affirmer la priorité de la politique devant le droit. Ce qui représente une immense régression culturelle puisque si, dans la tradition occidentale, le mot « droit » a un sens, c'est bel et bien d'abord et avant tout d'établir des limites, de borner le pouvoir du politique.

La Déclaration Universelle représente le triomphe de la conception Hobbésienne - et républicaine - des droits de l'homme aux dépens de la vision Lockienne - et libérale - des droits. Elle fait partie de ces idées géniales et généreuses - mais fausses - qui, par un effet paradoxal de retournement, permettent aujourd'hui à la prophétie de Hobbes concernant le Léviathan de s'auto-réaliser.



Libéraux ou Républicains ?

Les événements économiques et financiers de l'été 1998 offraient une magnifique occasion de refaire le procès du libéralisme. La gauche et les médias s'y sont employés.

Le fait nouveau est toutefois que, cette fois-ci, des leaders mêmes de l'opposition viennent y ajouter leur voix. François Bayrou, par exemple, qui reprend mot pour mot le slogan lancé huit jours plus tôt par Jospin : *Oui à l'économie de marché, non à la société de marché*. Gilles de Robien qui proteste contre « *le dévoiement économiste de nos idées libérales* ». Mais aussi François Léotard qui demande aux « libéraux non doctrinaires » de définir « *ce que seront dans l'avenir les limites à apporter au marché* ».

Qu'elles proviennent de l'opposition ou de la majorité, ces critiques se rejoignent sur nombre d'éléments communs. On y admet le caractère inéluctable de l'économie de marché. Le grand débat sur la planification et la propriété publique des entreprises est enterré. Mais on y dénonce l'économicisme desséchant de la pensée libérale, son impérialisme de la « marchandisation », l'oubli des fonctions et valeurs propres au Politique, le caractère nécessairement instable de sa régulation. Contre un libéralisme anglo-saxon porteur d'un individualisme débridé vide de sens, on s'y entend pour revendiquer une forme plus douce de libéralisme « à la française ».

Ce que Guy Sorman résume en écrivant : « *dans le libéralisme français, distinct de la tradition anglo-saxonne, l'économie de marché n'est qu'un instrument. La finalité n'est pas le marché, mais une société plus tolérante, solidaire et ouverte* ».

Deux approches du droit

Si des deux côtés de l'Atlantique nous percevons le marché avec des regards différents, ce n'est pas parce que l'un des deux peuples éprouverait par vocation davantage de prédispositions pour un « humanisme » tolérant et solidaire; mais simplement parce que lorsqu'il s'agit de définir le contenu du « libéralisme » on n'y fait pas tout à fait appel aux mêmes concepts philosophiques et politiques.

La ligne de fracture qui sépare les néo-libéraux des « libéraux frileux » n'a rien à voir avec l'économie, ni même avec le seul problème des frontières légitimes du marché. Elle concerne des points de philosophie portant sur la nature des relations entre les concepts de démocratie et de libéralisme.

Le point essentiel est qu'en philosophie politique, définir la liberté implique que l'on réponde non pas à une, mais à deux questions : 1. qui doit détenir le pouvoir politique ? 2. quelles doivent être les limites du pouvoir politique, qui que ce soit qui le détienne ?

Répondre à la première, rappelle Philippe Nemo dans son remarquable ouvrage sur la philosophie d'Hayek, définit l'essence du concept de démocratie. Celle-ci est le système institutionnel grâce auquel la question de l'identité des détenteurs du pouvoir est résolue pacifiquement et de manière pluraliste. Grâce à ce système les gouvernés peuvent changer leurs gouvernants au terme d'une procédure régulière qui leur confère leur légitimité. En revanche, la seconde est d'une toute autre nature, et c'est elle qui conduit à la notion de « libéralisme » en suggérant que toute démocratie n'est pas nécessairement « libérale ».

Il y a en effet deux manières d'y répondre. La première consiste à poser d'une part qu'il n'y a pas de société organisée sans pouvoir politique « souverain » qui ne peut être, dans sa définition même, qu'absolu; d'autre part, que le droit ne peut être que la volonté du souverain, et donc qu'il ne peut y avoir de distinction entre le droit et l'unité de la volonté souveraine. C'est la doctrine de la

« souveraineté », au coeur de la conception républicaine et jacobine de la démocratie à la française. Puisqu'il n'existe pas de pouvoir légitime supérieur à celui du peuple, rien ne peut s'opposer à ce que le peuple décide. Le droit se confond donc avec la loi. Dès lors que le pouvoir est légitime, qu'il se conforme au critère de l'approbation majoritaire, rien ne peut en limiter l'exercice.

A cela s'oppose une autre réponse, qui s'est d'abord développée en Angleterre à partir de la seconde partie du 17^{ème} siècle. Elle considère que le raisonnement des « souverainistes » est faux dans la mesure où une volonté peut être bornée, non par une autre volonté, mais par une réalité d'un autre type : l'opinion. Non pas l'opinion au sens moderne des sondages à répétition. Mais l'opinion comme reflet d'une permanence, de l'attachement d'un peuple à un certain nombre de normes, d'institutions et de règles incarnant ce qui y communément ressenti comme ce qui est le bien, le normal, le juste, le convenable...

Dans cette optique, ainsi que le résume Philippe Nemo, l'Etat ne se conçoit pas sans le consentement et le soutien d'une opinion déjà constituée par une longue expérience collective préalable. Cette opinion étant déjà formée, elle est déjà déterminée, et ne peut donc être « illimitée ». Elle admet que soient posées comme obligatoires (et imposées par la contrainte) les règles de droit qu'elle estime conformes à la justice, adéquates pour la poursuite de la vie, la bonne marche des affaires et la paix publique. Mais elle ne peut reconnaître comme légitimes des décisions ou actes de volonté qui ne rentreraient pas dans le cadre de ces règles fondamentales de justice.

Nous sommes au coeur de la tradition libérale de « l'état de droit » qui s'oppose à l'héritage positiviste et légicentriste de la Révolution française. Le droit n'est pas la même chose que la loi. Il ne s'identifie pas avec la parole du souverain, ni ne dépend exclusivement de sa légitimité. Il est le produit d'une tradition, d'un ordre juridique antérieur et supérieur à la loi, qui s'impose au législateur autant qu'à n'importe lequel des citoyens ordinaires. Le droit « ne se crée pas ». Il ne s'invente pas à partir d'une vision idéale de ce que devraient être les lois de la société, mais est ce qui résulte d'un processus complexe de découverte, à partir d'une pluralité de sources et d'expériences nationales s'étendant sur de nombreux siècles et médiatisées par la transmission coutumière des grands principes du droit.

Deux conceptions de la démocratie

De même, le seul principe du pouvoir majoritaire ne suffit pas à définir la démocratie. Celle-ci ne règne que là où le pouvoir politique ne s'exerce qu'au sein des contraintes de l'état de droit (*under the rule of law*). La loi de la majorité n'est qu'un instrument - au même titre que la division des pouvoirs - dont la fonction particulière est de permettre la sélection et la désignation des élus. Elle (la « démocratie libérale ») ne peut pas se concevoir indépendamment d'un principe de protection absolue de la personne humaine et de ses propriétés légitimes.

C'est aux Etats-Unis que cette tradition de l'état de droit libéral a le mieux survécu, grâce à l'institution de la Cour suprême et à l'acceptation du contrôle judiciaire des décisions politiques. Mais c'était aussi la tradition dans laquelle s'inscrivaient au 19^{ème} siècle des auteurs français comme Jean Baptiste Say, Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville, Frédéric Bastiat, le juriste Accolas...

Aujourd'hui, que des leaders politiques comme François Bayrou ou François Léotard partagent avec Lionel Jospin un certain nombre de critiques commune vis à vis du libéralisme prouve non pas qu'il ont rallié le socialisme, bien sûr; mais simplement qu'ils appartiennent à la même famille conceptuelle. Ils sont bien davantage démocrates et républicains, au sens de la tradition politique française que les libéraux tiennent pour erronée, avant d'être libéraux.

Cet éclaircissement sur les deux conceptions de la démocratie permet de mieux comprendre la nature de cet attachement quasi-dogmatique que l'on accuse les libéraux de vouer au marché.

Pour un libéral, l'économie de marché n'a rien d'une utopie abstraite déduite des propriétés de modèles mathématiques abscons déconnectés de toute réalité. Le marché est simplement le mode d'organisation et de coopération « co-essentiel » à l'état de droit libéral.

Le marché n'est que cet ordre des relations économiques qui s'instaure et se développe dès lors que le droit sanctionné par le pouvoir de contrainte d'un état légitime reconnaît, et permet de garantir dans le long terme le respect de tous les droits et propriétés individuels. En sens inverse, défendre l'intégrité du fonctionnement du marché revient à s'opposer à des actes dont la nature même porte atteinte à la tradition juridique qui, au cours des siècles passés, a guidé l'émergence des institutions de l'état de droit occidental et de ses avantages.

Autrement dit, lorsque le libéral fait l'apologie du marché, ce n'est pas seulement le marché qu'il défend, mais à travers lui l'ordre juridique et politique de la « démocratie libérale » qui en est constitutif. Les deux choses sont tellement indissociables qu'il n'est après tout pas totalement faux d'affirmer, comme le fait Guy Sorman, que le marché est traité comme une fin - mais à condition de bien comprendre que cette fin n'est pas autre que celle des institutions et des valeurs nécessaires à l'épanouissement d'une conception libérale de la liberté.

Marché et ordre de droit

Identifier la pensée néo-libérale à un projet idéologique (ou « théologique ») d'ordre essentiellement économique est ainsi un contresens, une vision qui passe à côté de l'essentiel. De même que cette ânerie d'opposer « économie de marché » et « société de marché ».

Si les privatisations, la déréglementation, le moins d'état et d'impôts sont des choses désirables, c'est bien sûr parceque ces mesures sont la condition d'une plus grande compétitivité économique. Mais c'est aussi et surtout parceque, dans la tradition politique libérale, elles sont une condition même de mise en pratique de ce principe de subsidiarité et de limitation de l'autonomie du pouvoir politique « souverain » dans lequel est ancrée la tradition libérale de l'état de droit et du bon gouvernement.

Si l'on se place en revanche dans le cadre d'une tradition positiviste de la République et du droit, tout est différent. L'absence de référence à la primauté du droit élimine toute connexion directe entre l'ordre des relations économiques et celui des institutions juridiques et politiques. Le marché est un concept qui n'entretient plus aucun rapport avec la philosophie juridique ou politique. Il n'est plus qu'un instrument dont la sphère de liberté est déterminée non plus par ses nécessaires rapports avec le domaine des libertés individuelles, mais par les oukases et caprices d'un ordre politique contingent que la doctrine de la souveraineté dote d'une volonté autonome supérieure à toute autre.

Dans cet univers de volontés hiérarchisées, laisser faire le marché est naturellement vécu comme un abandon à des forces occultes et mystérieuses. On ne dit pas non à l'économie de marché. L'échec des économies planifiées a permis de comprendre qu'il y a bien des domaines où celle-ci est irremplaçable. Mais puisque, dans ce schéma de référence, l'état de droit est une notion purement contingente déconnectée de l'état des libertés individuelles, il est logique que ce soit au Politique, expression de la volonté générale de la Nation, de définir jusqu'où cette action peut librement s'exprimer.

« Nous aurons une économie de marché; mais je ne souhaite pas la société de marché ». a déclaré François Bayrou. Comme Robien, comme Jospin, son appel aux valeurs humanistes pour corriger ce qu'il croit être la pauvreté du libéralisme économique exprime en réalité un différend philosophique et politique fondamental quant aux conceptions mêmes du droit, de la liberté, et de la démocratie.

Avec nos meilleurs vœux pour 1999