



HAL
open science

Individualisme, double mesure, pathos moral

Christopher Pollmann

► **To cite this version:**

Christopher Pollmann. Individualisme, double mesure, pathos moral : Une critique des droits humains illustrée par les idées d'écrivains et de philosophes. *La Revue de la coopération transfrontalière*, 2001, 29, pp.22-29. halshs-01580417

HAL Id: halshs-01580417

<https://shs.hal.science/halshs-01580417>

Submitted on 1 Sep 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.

Individualisme, double mesure, pathos moral

Une critique des droits humains illustrée par les idées d'écrivains et de philosophes**

« Le mal ne prospère jamais aussi bien que lorsqu'il est précédé d'un idéal » (Karl KRAUS).

Personne ou presque ne s'oppose aux droits de l'homme (que nous appellerons ici *droits humains* pour davantage y intégrer les femmes¹). Ils sont invoqués et applaudis dans de nombreux pays, dans des circonstances fort variées et par des personnes, groupes et courants politiques les plus divers. Pourtant, jamais le nombre d'individus vivant dans la misère, ne disposant ni de logement ni d'eau potable, mourant de faim ou de maladies n'a été aussi élevé qu'aujourd'hui, aussi bien en chiffres absolus qu'en proportion de la population mondiale.² Cette apparente contradiction entre la réalité – l'être – et les textes juridiques – le devoir-être – nous invite à changer d'orientation : Cessons d'incriminer sans le moindre succès une application insuffisante des droits humains³ et interrogeons-nous sur la conception même de ces prérogatives suprêmes.⁴

* Professeur agrégé à l'Université de Metz ; en 2001-02 "Emile Noël Fellow" à la *Harvard Law School*.

** Dans *Revue de la coopération transfrontalière* n° 29, mai 2001, p. 22 à 29 ; avec trad. jap. in *Jurisconsultus*, revue de l'Université Kanto-Gakuin, n° 11, fin 2001, p. 117 à 145.

1 Cela dit, ce n'est évidemment pas que la terminologie qui est responsable de la portée patriarcale des droits de l'homme, cf. avec de nombreuses références bibliographiques Christa WICHTERICH, "Frauenrechtspolitik im internationalen Menschenrechtsdiskurs", *Widerspruch* n° 35 : « Menschenrechte », juillet 1998, p.57 à 64, et Susanne KAPPELER, "Männerrechte gelten weltweit. Zur Debatte über « Frauen im Islam »", *ibidem*, p. 65 à 77.

Cf. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (dir.), *Human development report 2000*, Oxford University Press 2000, cité par Serge LATOUCHE, "Les mirages de l'occidentalisation du monde : En finir, une fois pour toutes, avec le développement", *Le Monde diplomatique*, mai 2001, p. 6 ; Daniel COHEN, "L'avenir des inégalités mondiales", in : Thierry de Montbrial / Pierre Jacquet (dir.), *Rapport annuel mondial sur le système économiques et les stratégies*, Dunod : Paris 1999, p. 65 à 74 ; Bernard CASSEN, "Fallacieuse théorie du libre-échange", *Le Monde diplomatique* nov. 1999, p. 16 et 17.

3 C'est le corollaire un peu naïf du point de vue de Jeremy BENTHAM qui s'opposait aux droits de l'homme parce qu'ils ne correspondraient pas à la réalité, cf. Moh. El SHAKANKIRI, "J. Bentham : critique des droits de l'homme", *Archives de philosophie du droit*, t. IX (1964), p. 129 à 152 (146 avec références).

4 Cette contribution prolonge mes réflexions antérieures : "La dignité humaine, fusion de la vacuité du droit avec l'homme capitaliste", note de lecture de : Franz Josef WETZ, *Die Würde der Menschen ist antastbar. Eine Provokation*, Klett-Cotta : Stuttgart 1998, in : *Droit et société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 44/45, 2000, p. 302 à 309 ; "Die Berufung auf Menschenrechte zum Zweck ihrer Überwindung. Menschenrechte, kapitalistischer Staat und soziale Bewegungen", *Widersprüche* n° 46, avril 1993, p. 41 à 52, également in : *Juridikum* n° 5/1993, p. 24 à 28. Ce dernier texte comporte aussi une analyse des conditions sous lesquelles un recours au système juridique et aux droits humains peut être bénéfique. Pour une critique de mes positions, cf. Manfred NOWAK, "Universalität und Effektivität", *Juridikum* n° 4/1994, p. 22 à 24.

Apparaît alors un premier paradoxe : Les droits humains confèrent ou promettent des *prérogatives* à leurs bénéficiaires, mais ils ne sont guère perçus comme telles. En fait, plus encore que le droit tout court qui peut avoir une connotation de rigidité, les droits humains agissent comme un fétiche. Il importera donc d'explorer leur dimension morale, voire sacrée (I). Dans un deuxième temps, nous verrons que l'idée des droits humains sous-entend l'existence de l'être humain en tant que tel. Faisant abstraction des situations et des individus concrets, cette perspective semble à la fois cause et résultat de l'individualisme croissant et, de ce fait, responsable d'une crise écologique et psychologique de plus en plus poussée (II). En fin de compte, les droits humains s'avèreront la structure de base de la société et de l'existence capitalistes (III).

Cette analyse sera également l'occasion pour rappeler quelques réflexions critiques sur le droit, exprimées jadis par des philosophes ou des écrivains. En revanche, elle n'a pas pour ambition de dessiner une théorie complète des droits humains. Son objectif n'est que d'éclairer une dimension méconnue de leur fonctionnement. Les considérations qui suivent ne signifient donc nullement une attitude nihiliste envers le droit. Que le recours d'individus ou de groupes opprimés ou défavorisés aux droits humains puisse leur être bénéfique ne sera donc pas étudié ici.

I. Les droits humains comme fétiche

Les droits humains et à leur tête les principes de dignité humaine, de liberté et d'égalité restent souvent passablement vagues. C'est sans doute inévitable. Organisant la vie en société avec ses conflits d'intérêts, les droits humains ne peuvent énoncer des directives à la fois universelles et claires.⁵ Or, élever des normes vagues au rang le plus impératif possible⁶ signifie en fin de compte de les laisser peu contraignantes⁷. Dans la vie courante, cette contradiction n'apparaît pas au grand jour, sans doute parce que le pathos de termes comme *dignité*, *liberté* et *fraternité* dissimule facilement leur imprécision, voire leur vacuité. Les droits humains, « trop nobles pour être politisés »⁸ semblent fonctionner comme un simple fétiche linguistique, un oracle⁹, et cela

5 Cf. Lucien FRANÇOIS, "La forme des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1990, p. 45 à 49 (47).

6 Par exemple, cf. l'article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande, la dignité humaine étant même soustraite à la révision constitutionnelle, article 79 § 3.

7 Cf. F. J. WETZ, op. cit., p. 11.

8 Issa G. SHIVJI, "Zur Ideologie der Menschenrechte. Philosophischer Idealismus und politischer Nihilismus", in : Gerold Ecker & Christian Neugebauer (dir.), *Neutralität oder Euromilitarismus. Das Exempel Österreich*, Promedia : Wien 1993, p. 108 à 140 (126) (original : "Human rights ideology – philosophical idealism and political nihilism", in : idem, *The concept of human rights in Africa*, Codesria : London 1989, p. 43 à 68).

9 Cf. F. J. WETZ, op. cit., p. 10 et s. et les critiques d'Arthur SCHOPENHAUER, en particulier "Über die Grundlage der Moral" (1840), *Sämtliche Werke*, Stuttgart/Frankfurt/M. 1976 et s., vol. 3, p. 695, vol. 5, p. 239, et de Friedrich NIETZSCHE, notamment "Die Geburt der Tragödie" (1886), in: *Sämtliche Werke*.

encore plus que le droit tout court dont Martin LUTHER disait : « Des nuages qui s'amoncellent dans le ciel sans donner de la pluie sont la justice de la loi qui promet beaucoup mais ne fait que du théâtre. »¹⁰

Le droit et en premier lieu les droits humains possèdent effectivement une connotation vertueuse. Celle-ci donne à leur pure forme, indépendamment de tout contenu, une puissance mystérieuse qui relève sans doute du sacré. S'y conjuguent probablement deux facteurs : la « force de la forme »¹¹ juridique et la puissance de la morale sous-entendue par le droit.

Concernant le premier point, le droit est un « cadre vide ». Il constitue « l'abstraction définitive [...] capable de servir toutes les causes de pouvoir et de nourrir tous les discours de légitimité, pourvu [...] qu'ils] soient en mesure de s'imposer ».¹² Comme le disait déjà MONTAIGNE dans ses *Essais*, « les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes mais parce qu'elles sont lois » ou, selon PASCAL dans les *Pensées*, parce que le peuple les croit justes. L'ordre juridique est un ensemble de frontières abstraites¹³ ; plus précisément, il est et il donne le pouvoir de tracer des limites, de tout classer, quel que soit le contenu qui reste d'ailleurs opaque et inaccessible pour le profane.¹⁴ Par conséquent, que les droits humains ne puissent que difficilement être définis n'en diminue pas pour autant leur utilité en tant que concept juridique. Nous supposons que c'est le contraire qui est vrai !¹⁵

Kritische Studienausgabe, München et al. 1980, vol. 1, p. 117, 765 et s., 776, citées par WETZ, op. cit., p. 146 et s.

10 Martin LUTHER, *Discours de table* (nous traduisons de l'allemand). Pour une étude globale, juridique et psychologique, cf. Pierre LEGENDRE, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Ed. de Minuit : Paris 1976, notamment le chapitre « Le droit, comme grand fétiche », p. 153 et s.

11 Pierre BOURDIEU, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 64, sept. 1986, p. 40 à 44 (43) ; cf. aussi Danièle LOSCHAK (ou LOCHAK), « Droit, normalité et normalisation », in : Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (dir.), *Le droit en procès*, P. U. F. : Paris 1983, p. 51 à 77 (72).

12 Pierre LEGENDRE, « Ce que nous appelons le droit » (entretien), *Le débat* n° 74, mars 1993, p. 107 à 122 (112, 116). Une illustration symptomatique est fournie par Nicole Catala, députée du *Rassemblement pour la République* à l'Assemblée Nationale française, dans une discussion sur un projet de loi constitutionnelle permettant l'exception d'inconstitutionnalité : Bien qu'elle soit une adversaire résolue de la supranationalité européenne et de la Cour de justice, elle s'est référée sans trace de critique à cette juridiction et à son développement d'un catalogue de droits fondamentaux, alors que ce sont ces derniers qui accroissent l'autorité de la Cour et que celle-ci œuvre dans un sens supranational (*Journal officiel de la République française*, série « Débats parlementaires - Assemblée Nationale », 1^{ère} séance du 25 avril 1990, p. 645).

13 Cf. Claude RAFFESTIN, « La frontière comme représentation : discontinuité géographique et discontinuité idéologique », *Relations internationales* n° 63, automne 1990, p. 295 à 303 (295).

14 Cf. D. LOSCHAK, « Le droit, discours de pouvoir », *Mélanges Léo Hamon*, Economica : Paris 1982, p. 429 à 444 (437, 441 et s.) ; François OST, « Les frontières de la juridicité : dialectique ou autopoïèse ? », in : Ph. Robert / F. Soubiran-Paillet / M. v. d. Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 1, L'Harmattan : Paris 1997, p. 251 à 291 (255).

15 En ce sens, il s'agit aussi d'une « notion fonctionnelle » selon Georges VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *Jurisclasseur périodique* 1950, vol. I, Doctrine, n° 851, texte sur notes 15 et s.

Concernant le deuxième facteur, relatif à la morale, nous ne pouvons pour l'instant qu'avancer quelques hypothèses de travail.¹⁶ La morale peut être définie comme tentative de distinguer le bien et le mal. D'un point de vue psychologique, il semble que sa fonction consiste à faciliter l'exercice d'un pouvoir, en le rendant légitime, voire inconscient. Quoique souvent négligée, cette fonction est d'ailleurs bien connue de certains penseurs. Outre Karl KRAUS cité en épigraphe, relevons notamment ALCOTT : « les idéaux sont notre bonne conscience ».¹⁷ Il semble d'ailleurs que les termes *bon* et *mauvais* désignaient autrefois, dans plusieurs langues, respectivement les élites et le bas peuple.¹⁸ On doit en outre admettre que la portée morale des prérogatives suprêmes est probablement renforcée par la terminologie – droits humains – préconisée ici, car l'adjectif “humain” fonde l'analyse *descriptive* de ce qui relève de l'homme avec l'approche *normative* selon laquelle un comportement humain est imprégné de respect pour l'autre.

Sur cette base, on peut se demander dans quelle mesure le droit met en œuvre, en les dissimulant, le désir narcissique et donc l'envie de pouvoir des êtres humains élevés dans la société capitaliste.¹⁹ En effet, les hommes semblent se constituer en individus en s'octroyant des prérogatives et des devoirs les uns par rapport aux autres. « Les hommes valent ce que valent leurs droits. Ce qui fait d'un homme un homme est en même temps ce que lui donne ses droits. »²⁰ Jouir d'une prérogative vise nécessairement autrui, de même que le devoir n'existe qu'à l'égard de quelqu'un. Par conséquent, les positions juridiques témoignent d'un pouvoir qu'il s'agit d'exercer ou de subir. Or, nous supposons qu'à la longue, le pouvoir, qu'il soit actif ou passif, n'est supportable qu'en étant légitime : « Le sentiment du droit est si fort parmi les hommes que, même quand ils le violent, ils en affectent encore l'hypocrisie ».²¹ Comme le disait Heinrich von KLEIST, « sois droit et ne crains personne »²². Et MONTAIGNE considérait dans ses *Essais* : « il m'importe de faire dans ma vie ce à quoi j'ai droit et ce que je peux imposer plutôt que ce que je dois accepter comme récompense ou grâce ».

16 Elles s'appuient, entre autres, sur Evgeny B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme* (1924), trad. de J.-M. Brohm, présentation par J.-M. Vincent, introduction de Karl Korsch de 1930, E. D. I. : Paris 1970, p. 142 à 152.

17 Nous traduisons KRAUS et ALCOTT de l'allemand. Cf. également Henri BECQUE : « La morale est peut-être la forme la plus cruelle de la méchanceté » (*Notes d'album*, G. Crès) et Blaise PASCAL : « Jamais on ne commet le mal aussi scrupuleusement et aussi joyeusement que lorsqu'on le fait en bonne conscience » (*Pensées*). PAŠUKANIS constate le lien étroit entre morale et hypocrisie (op. cit., p. 147).

18 Cf. Friedrich NIETZSCHE, “Zur Genealogie der Moral”, in : idem, *Jenseits von Gut und Böse. Zur Genealogie der Moral*, Kröner : Stuttgart, 10^e éd. 1976, p. 237 à 412 (250 et s.).

19 V. F. NIETZSCHE, *ibid.*, p. 294.

20 Bernard GROETHUYSEN (1880-1946), *Philosophie de la Révolution française*.

21 Alphonse de LAMARTINE, *Histoire des Girondins*, XVIII. Cf. Vincenzo RUGGIERO, “Daniel Defoe and business crime”, in : idem, *Crime and markets. Essays in anti-criminology*, Oxford University Press 2000, chapitre 11, et Jacques DERRIDA, “Force de loi : le « fondement mystique de l'autorité »” avec traduction anglaise, *Cardozo law review* 1990, p. 919 à 1045, notamment à propos de la violence contenue dans les contrats mais effacée des consciences (p. 1014 et s.).

22 Lettre à Henriette von Schlieben du 17 mai 1801 (nous traduisons de l'allemand : « Tue recht und fürchte niemand »).

Cette dynamique de légitimation est particulièrement présente dans les droits humains dont nous avons déjà noté qu'ils ne sont pas perçus comme des prérogatives. Or, ce qui vaut pour les droits civils dirigés contre des particuliers se vérifie également chez les prérogatives dirigées contre la collectivité, l'Etat. Se prévaloir d'une liberté ou de l'égalité n'a de sens que pour l'obliger à faire ou à ne pas faire. En plus, une telle revendication a des répercussions plus ou moins indirectes sur autrui : User de sa liberté de fonder un journal, par exemple, restreint – certes de fait mais inévitablement – la liberté d'autrui d'en faire autant. Si le droit en général légitime le pouvoir en permettant de l'exercer en bonne conscience, les droits humains en rajoutent en se faisant passer comme de simples idées, plus ou moins statiques, dépourvus de confrontations et bénéfiques pour tout le monde en même temps. « L'abstraction même de leur formulation vis[e ...] à effacer la date et l'auteur de leur énonciation, pour laisser se projeter des vérités qui veulent ne rien devoir à ceux qui les déclarent ».²³

L'entreprise de légitimation se manifeste aussi dans le contenu du droit. Dans la vie "matérielle", abstraction faite de son organisation juridique actuelle, « tort et raison ne se laissent jamais séparer d'une coupe si nette que tout un chacun n'en aurait que l'un d'eux »²⁴. Par exemple, la distinction entre auteur et victime d'un dommage ne résiste pas à la prise en compte de facteurs économiques, psychologiques et autres. Or, le droit a précisément pour objet de limiter les facteurs à prendre en considération.²⁵ Le tort et la raison sont distingués et attribués aux protagonistes de façon entière : légal - illégal, coupable - non coupable, marchandise entachée d'un vice ou sans vice, instance compétente ou incompétente, etc. Ces couples binaires permettent une organisation manichéenne du monde par le droit. Cela correspond d'ailleurs au caractère dichotomique de la culture occidentale (civilisation - barbarie, science - idéologie, individu - communauté, homme - femme, ...).

Certes, cette structure dualiste est assouplie et rendue maniable dans la pratique, notamment des tribunaux, grâce à des solutions intermédiaires. Ainsi, la responsabilité d'une personne peut être atténuée en cas de faute de la victime. Toutefois, cela ne supprime pas la prémisse et la prétention juridiques de base de pouvoir donner entièrement raison à l'un et entièrement tort à l'autre. Le droit consacre ainsi les qualifications de bien et de mal effectuées par la morale.

Or, cette simplification par rapport à la vie "matérielle" n'est pas fortuite. Elle a pour fonction de libérer l'action notamment économique des hommes de toute entrave communautaire²⁶, afin de pousser à

23 Jean-Jacques URVOAS, "Les droits de l'homme. Entre idéologie et politique", *Etudes*, déc. 1998, p. 601 à 610 (604, d'après Pierre Bouretz); de même L. FRANÇOIS qui propose de les remplacer par des « devoirs envers l'homme », op. cit., p. 46 et s.

24 Alessandro MANZONI, *Les fiancés. Une histoire milanaise du XVIII^e siècle* (1840, nous traduisons de l'allemand).

25 Cf. Klaus GÜNTHER, "Kampf gegen das Böse ? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik", *Kritische Justiz* 1994, p.135 à 157 (149 et s.).

26 V. E. B. PAŠUKANIS, op. cit., p. 142 et s. ; Hans Georg FLICKINGER, *Neben der Macht. Begriff und Krise des bürgerlichen Rechts*, Syndikat : Frankfurt/M. 1980, p. 8, 56 et s.

l'accumulation du capital. Elle vise donc à créer et à régulariser des positions de pouvoir en atténuant les scrupules de ceux qui l'exercent et en rabaisant les raisons de s'y opposer de ceux qui le subissent. Par exemple, elle permet qu'un automobiliste roulant à la vitesse réglementaire de 50 km/h risque de tuer un enfant qui court soudainement sur la rue²⁷, et cela à cause de l'exigence d'une circulation rapide. « Où est le droit il n'y a plus d'affection. »²⁸

II. L'abstraction juridique, organisateur d'un individualisme destructeur

Le paradoxe du droit et des droits humains consiste en ce qu'ils organisent l'expression et le déroulement des conflits d'intérêts en les niant. Ils instituent une logique de discrimination par le biais même de leur abstraction, c'est-à-dire de l'égalité – abstraite – de leur destinataires. En faisant abstraction de toute circonstance concrète, ils permettent que les élites puissent s'imposer au reste de la population.²⁹ « Le droit ne va pas sans le passe-droit »³⁰, il légitime la double mesure dans les situations concrètes. Ou comme l'affirmait Honoré de BALZAC : « Les lois sont des toiles d'araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites »³¹. Et un proverbe chinois de confirmer : « Un chef de district peut provoquer un incendie, mais le peuple n'est pas autorisé à allumer une bougie ».

La possibilité de cette double mesure dans le cadre du droit s'explique probablement par une ambiguïté fondamentale du droit qui se réfère à la force tout en dissimulant cette référence³² : « Dans le monde des hommes, les arguments de droit n'ont de poids que dans la mesure où les adversaires en présence disposent de moyens équivalents et que, si tel n'est pas le cas, les plus forts tirent tout le parti possible de leur puissance tandis que les plus faibles n'ont qu'à s'incliner. »³³

Les droits humains ne nient pas seulement les oppositions présentes dans toute société. Plus fondamentalement, ils sont fondés sur la croyance en l'existence d'une essence humaine universelle et en la possibilité d'un discours et d'une instance neutres par rapport à la

27 K. GÜNTHER, op. cit., p. 150.

28 Paul CLAUDEL, *L'Otage*.

29 Cf. le dossier « Menschenrechte – unter der Schirm-Herrschaft des Westens » des *blätter des informationszentrums 3. welt* n° 232, octobre 1998, et notamment Wolf-Dieter NARR, « Die behauptete Allgemeinheit. Menschenrechte in Geschichte und Gegenwart », p. 21 à 23 ; puis Walter BENJAMIN, « Zur Kritik der Gewalt », in : idem, *« Zur Kritik der Gewalt » und andere Aufsätze*, avec une postface de Herbert Marcuse, Suhrkamp : Frankfurt/M. 1965, p. 29 à 65 (57 et s.) ; H. G. FLICKINGER, op. cit., p. 56 et s.

30 P. BOURDIEU, « Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des règlements », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 81-82, mars 1990, p. 86 à 96 (91).

31 *La Maison Nucingen* ; v. déjà dans le même sens François RABELAIS, *Le cinquième et dernier livre*, et Christoph LEHMANN, *Florilegium politicum* (1662).

32 Cf. W. BENJAMIN, loc. cit.

33 THUCYDIDE, *La Guerre du Péloponnèse*, Gallimard : Paris 2000, p. 439.

diversité des humains.³⁴

Or, l'être humain en tant que tel n'existe sans doute pas³⁵, pas plus qu'il n'est un prototype d'arbre dans la nature. L'un comme l'autre sont des concepts – idéels –, c'est-à-dire des représentations faisant abstraction de la diversité matérielle.³⁶ Ils satisfont le besoin humain d'appréhender le monde en permettant de classer ses phénomènes.³⁷ « C'est la loi qui fait l'homme, pas l'homme qui fait la loi »³⁸. Plus précisément, ce sont notamment les droits humains qui créent l'être humain. Cette abstraction homogénéisante ressort d'ailleurs encore davantage du terme de *personne* puisqu'en grec et latin, "persona" signifie le masque de théâtre dont les acteurs avaient besoin pour être entendus par l'ensemble des auditeurs. La *personne* fait abstraction des caractéristiques et qualités individuels pour ne retenir que la capacité de parler à un public, d'être un acteur juridique.³⁹

Certes, l'être humain, en tant que corps physique, se distingue sans doute davantage des (autres) animaux que les arbres des autres plantes. Mais cette réalité matérielle ne se traduit pas au niveau idéal : les êtres humains ne semblent pas nécessairement éprouver le sentiment d'appartenir à une seule et même espèce et communauté. Les aborigènes d'Australie, par exemple, appartiennent probablement plus à leur environnement géologique et biologique qu'à une espèce humaine.⁴⁰

De la même façon que l'existence humaine est ainsi constituée et diversifiée en fonction du contexte culturel, l'être humain n'existe pas non plus en tant que tel à l'intérieur d'une société donnée comme le Japon ou la France. Le présumé d'une caractéristique commune exprimée notamment dans le concept de citoyen relève de la tentative d'unifier, sur le plan politique voire imaginaire et par le biais du droit, des populations se voyant atomisées dans leur vie quotidienne. Sous le système capitaliste, les êtres humains sont séparés entre eux non seulement par des conditions de vie fort variables, mais surtout par leur existence en tant qu'individus, c'est-à-dire comme plus petites entités d'une société.⁴¹ C'est pour cela qu'il faut du droit : « La fusion

34 I. G. SHIVJI, op. cit., p. 110 et s.

35 Cf. Benoît JORION, "La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif", *Revue du droit public et de la science politique* (RDP), 1999, p. 197 à 233, qui estime impossible de définir la dignité humaine car il serait difficile de savoir ce qu'est l'homme et ce qui fait son caractère humain (p. 215 à 219). V. également Jean-François BAYART, *L'illusion identitaire*, Fayard : Paris 1996.

36 Cf. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée par la loi naturelle* [1755], préfacé et commenté par J.-L. Lecercle, Ed. sociales : Paris 1971, p. 90 ; Derek SAYER, *The violence of abstraction. The analytic foundations of historical materialism*, Basil Blackwell : Oxford/New York 1987, p. 54 et s. Sur la distinction entre le monde matériel et les représentations, idéelles, cf. Maurice GODELIER, *L'idéal et le matériel. Pensée, économies, sociétés*, Fayard : Paris 1984.

37 Cf. C. POLLMANN, "La frontière – horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectif ?", *RDP* 1999, p. 481 à 499 (482 à 486 avec références).

38 Johann Wolfgang von GOETHE, *Journal* (1797).

39 Cf. Susanne LÜDEMANN, "Peut-on changer de sexe ? "[article en allemand], *Frankfurter Frauenschule* (dir.), *Verführungen und Verfügungen*, U. Helmer : Königstein/Taunus 1998, p. 83 à 105 (94).

40 V. M. GODELIER, op. cit., notamment p. 106 et s., 124 et s., 132, 144.

41 Lat. *individuus* = indivisible. Cf. Michel MIAILLE, *L'Etat du droit*, Presses universitaires de Grenoble 1980, p. 207 à 212 ; Karl MARX, "Principes d'une

miraculeuse de toutes les classes sociales n'est obtenue que par le règne de la loi égale pour tous »⁴². De façon similaire, l'idée des droits humains "essentialise" et parachève, sur le plan juridique, l'idée d'une humanité unique.⁴³

Voilà un autre paradoxe qui mériterait des recherches plus approfondies : En faisant abstraction des réalités concrètes et divergentes, le discours juridique crée à la fois l'illusion d'un être humain modèle – la *persona* – et organise l'atomisation des sociétés en leur plus petites composantes.⁴⁴ En effet, notre horizon imaginaire est toujours plus serré, sans cesse plus dissocié de la vision et des besoins de nos contemporains, des générations passées et à venir, des autres espèces comme de la nature et du cosmos en général. Cette dissolution progressive des communautés humaines primaires – famille, tribu, village, ... – a été annoncée notamment par la philosophie grecque⁴⁵, le droit romain et le christianisme. Accélérée de façon exponentielle par le système capitaliste, elle précède et permet la mise en cause de la vie terrestre.

Les droits humains y sont pour quelque chose : La manipulation de l'énergie nucléaire, l'appropriation du vivant, par exemple le brevetage de semences, la production d'organismes génétiquement modifiés et le clonage obéissent, entre autres, à la liberté et à la propriété privée. Ce sont ces droits humains qui autorisent une emprise de plus en plus totale, et d'ailleurs jamais connues auparavant, de certains individus et pratiques sur le monde. Même l'individualité dans sa dimension psychologique semble menacée par cette évolution.⁴⁶ Du coup, pourrait toujours avoir une valeur prospective ces vieilles métaphores : « Que de misères et d'horreurs, n'eût point épargnés au Genre-humain celui qui arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : [...] "Vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la Terre n'est à personne". »⁴⁷

critique de l'économie politique", in : idem, *Œuvres*, vol. II, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade) : Paris 1968, p. 216 et s. ; "A propos de la question juive", ibidem, vol. III, 1982, p. 356 et s. ; Friedrich ENGELS et K. MARX, "La Sainte Famille", ibidem, p. 559 et s.

42 Germaine DE STAËL (1766 à 1817), *De l'Allemagne*.

43 Cf., dans une approche non critique par rapport à la dignité, Bernard EDELMAN, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", *Recueil Dalloz* 1997, Chronique, p. 185 à 188 (186).

44 Georg SIMMEL réunit ces deux aspects en parlant d'un « individualisme abstrait », *Philosophie des Geldes* (1900), 3^e éd. inchangée, Duncker & Humblot : München und Leipzig 1920, p. 396.

45 Cf. Jannis MILIOS (échange avec C. P.), "Le nationalisme : forme politique du capitalisme. L'exemple de la Grèce", *Raison présente* n° 123, juillet 1997, p. 45 à 57 (53).

46 Cf. Dany-Robert DUFOUR, "Cette nouvelle condition humaine : Les désarrois de l'individu-sujet", *Le Monde diplomatique*, fév. 2001, p. 16 et s.

47 Jean-Jacques ROUSSEAU, op. cit., p. 108.

III. Structure de base du système capitaliste⁴⁸

Bien au-delà des problèmes écologiques évoqués, la liberté, la propriété privée et les prérogatives qui en découlent semblent confirmer « l'épouvantable mensonge de la loi qui permet à tous de mourir de faim tout en autorisant quelques-uns à s'enrichir »⁴⁹. Certes, à l'intérieur des pays industrialisés, les conditions de vie des pauvres ne sont nullement celles qu'avait connues le prolétariat au 19^{ème} siècle. Mais si l'on observe le monde dans sa globalité, il devient clair que l'extension des mécanismes de marché à l'ensemble de la planète a permis d'accroître sensiblement les disparités économiques et politiques. La fortune et le pouvoir d'un Bill Gates, d'un George Soros ou des grands fonds de pension américains sont incomparablement supérieurs à ce que possédaient et pouvaient faire les Rothschild, Thurn und Taxis et autres capitaines d'industrie et banquiers d'autrefois.

D'où l'hypothèse que le capitalisme ne naît et n'existe que sous la forme juridique, institutionnalisée dans l'Etat.⁵⁰ Y est centrale la propriété productive qui permet à certains de s'approprier les résultats du travail d'autrui. Cette propriété a pour corrélat la liberté. Or, comme l'avaient déjà suggéré MONTESQUIEU et HEGEL, le principe de liberté ne garantit que la formation et l'expression de la seule volonté, mais nullement les moyens matériels de sa réalisation.⁵¹ De son côté, l'égalité, loin de s'opposer à la liberté, en est le cadre de reproduction. En tant que concepts juridiques, formels, liberté et égalité permettent donc de perpétuer les disparités économiques, sociales et culturelles.⁵² *Au-delà de leur signification purement formelle*, on peut d'ailleurs se demander

48 Cf. I. G. SHIVJI, op. cit., notamment p. 109 ; déjà Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie* (posthum 1922), Kiepenheuer & Witsch : Köln/Berlin 1964, vol. 2, p. 921 et s.

49 Ernst TOLLER, *Une jeunesse en Allemagne* [1933], Ed. l'Age d'homme : Lausanne 1974, p. 94 (traduction de l'allemand revue) ; de même Jean-Jacques ROUSSEAU : « Les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisible à ceux qui n'ont rien » (*Du contrat social*).

50 Cf., entre autres, M. MIAILLE, op. cit., p. 235 ; D. LOSCHAK, « Le droit, discours de pouvoir », op. cit. (note 14) ; Wolf-Dieter NARR & Roland ROTH, « Menschenrechte und globaler Kapitalismus. Anmerkungen zu einer notwendigen Neubestimmung der Menschenrechte », *Widerspruch* n° 35 : « Menschenrechte », juillet 1998, p. 113 à 128 ; bref mais percutant Franz SCHANDL, « Kapital, Emanzipation & der Menschen Rechte », *Juridikum* n° 5/1994, p. 20 à 23.

51 « Dans les démocraties [...], on a confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple » ; « la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), livre XI, chapitres 2 et 3. « La liberté est la volonté, la volonté sans liberté n'est qu'un mot creux, de même que la liberté n'est réelle qu'en tant que volonté », HEGEL, « Grundlinien der Philosophie des Rechts », *Œuvres*, Suhrkamp : Frankfurt/M. 1979, vol. 7, § 4 et son supplément, p. 46 et s. (notre trad.) ; de même § 106, p. 203 et s. Comp. l'affirmation du député au Reichstag MALLINCKRODT, cité par M. WEBER, op. cit., p. 921 : « La liberté de conscience du catholique consiste en cela : pouvoir obéir au Pape ».

52 Pour une critique des concepts de propriété, de liberté et d'égalité, cf. K. MARX, « A propos de la question juive », op. cit., p. 352 et s. ; Albert KRÖLLS, *Grundgesetz und kapitalistische Marktwirtschaft. Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik*, Haag + Herchen : Frankfurt/Main 1994, notamment p. 253 à 294, et ma note de lecture : « Das Grundgesetz – zugleich als Text mystifiziert und in seiner Funktion enthüllt », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1998, p. 529-545 (540 à 543). V. également A. KRÖLLS, « Grundgesetz und Kapitalismus. Zum politökonomischen Zusammenhang von Eigentum, Freiheit und Sozialstaat », *Leviathan* 1990, p. 349 à 374.

si la validité des deux principes n'est pas nécessairement limitée à des populations privilégiées : par exemple, en France, aux seuls ressortissants français.⁵³ En effet, liberté et égalité n'auraient plus d'utilité, si tous les individus du monde étaient partout libres et égaux. Toujours est-il que les droits de l'homme, « généraux dans leur proclamation, spécifiques dans leur application », ne s'appliquaient jamais à tous les êtres humains : en étaient exclus tantôt les femmes, tantôt les esclaves, les noirs, les indigènes, les étrangers.⁵⁴

Les droits humains sont fréquemment opposés à l'Etat. En effet, depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la croyance en un droit naturel, battu en brèche ailleurs par le positivisme, s'est réfugié et maintenue dans l'idée que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », ces droits étant « naturels, inaliénables et sacrés »⁵⁵. Or, en creusant, on se rend compte que les droits humains et plus particulièrement la propriété privée, la liberté et l'égalité sont la prémisse et la prolongation individuelles de la souveraineté étatique.⁵⁶ Sans doute toute prérogative juridique est à la fois créée et garantie par un pouvoir politique, car le droit est la parole effective et l'agencement discursif de l'Etat.⁵⁷

Il n'est dès lors pas surprenant que la protection que les droits humains accordent contre l'oppression, l'exploitation et l'abaissement reste doublement limitée. D'une part, la servitude est toujours possible dès lors qu'elle s'effectue dans le cadre de formes et de procédures régulières et légitimes, c'est-à-dire acceptées par la majorité. Par exemple, les gains de productivité du travail salarial sont appropriés, le plus souvent, par le seul détenteur du capital ; les habitants d'un pays qui sont d'origine étrangère et auxquels on refuse la nationalité de cet Etat – et donc les droits politiques – sont néanmoins soumis à son autorité qui peut aller jusqu'à l'expulsion de leur lieu de vie.

D'autre part, même là où les droits humains sont en principe applicables, de multiples obstacles peuvent les rendre inopérants. Ils sont principalement de deux types : la marginalité et l'absence de ressources. En effet, les garanties juridiques et juridictionnelles de l'Etat de droit ne s'appliquent qu'avec réticence aux individus et groupes

53 Peter LEUPRECHT, ancien directeur des droits de l'homme au Conseil de l'Europe, identifie cette exclusion comme « one of the most serious, and at the same time most widespread, departures from the principle of the universality of human rights », « Reflections on human rights », *Human rights law journal* 1988, p. 163 à 174 (165 et s.).

54 I. G. SHIVJI, op. cit., p. 119, 112 et s. V. déjà, sur la signification variable du concept de justice, Friedrich ENGELS, « Zur Wohnungsfrage » (1887), *Marx-Engels-Werke*, Dietz : Berlin-Est 1956 et s., vol. 18, p. 277.

55 Article premier et préambule de la Déclaration. Contre une telle substantialisation G. SIMMEL, op. cit., p. 95. Critique déjà J. BENTHAM, chez M. E. SHAKANKIRI, op. cit., p. 146, 149 avec références.

56 V. E. B. PAŠUKANIS, op. cit., p. 70 et s., 83, 100 et s. ; avec de nombreuses références, cf. les travaux suivants : M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, F. Maspero : Paris 1980 ; A. KRÖLLS et C. POLLMANN, op. cit. (note 52). V. également J. BENTHAM chez M. E. SHAKANKIRI, op. cit., p. 147, 149 et s. avec références.

57 C'est pourquoi Hans Kelsen a pu affirmer l'identité entre droit et Etat, cf. Jacques CHEVALLIER / D. LOSCHAK, *Science administrative*, L. G. D. J. 1978, t. 1, p. 62 et s. ; D. LOSCHAK, « Le droit, discours de pouvoir », op. cit. (note 14), passim ; P. LEGENDRE, op. cit., p. 166.

situés à l'extérieur du consensus social et politique de la majorité. Réfugiés, immigrés, tsiganes, minorités religieuses ainsi que les personnes considérées comme ennemis de l'Etat peuvent, plus facilement que la majorité des citoyens, devenir l'objet de discriminations, voire de persécutions, parfois de la part des agents de l'Etat concerné.⁵⁸ On pourra y objecter que cette inégalité de traitement ne relève pas du droit mais de pratiques, policières par exemple, défaillantes et contraires à la loi. Or, le droit n'existe qu'à travers son application, la pratique est une partie intégrante de la norme.⁵⁹ En d'autres termes, la norme naît dans le conflit.⁶⁰ C'est d'ailleurs pourquoi « l'Etat n'existe qu'en raison des contradictions qui traversent une société »⁶¹.

Puis, même le citoyen moyen a peu de chances à faire valoir ses droits à l'encontre d'un adversaire obstiné s'il ne possède pas les ressources financières et le capital culturel nécessaires pour engager et gagner une procédure en justice. A cet effet, trouver un avocat compétent n'est déjà pas facile et requiert une capacité d'appréciation que ne possède qu'une petite frange de la population. Bref, « bon droit a besoin d'aide » et « tort bien mené rend bon droit inutile ». ⁶² Si le droit est ainsi ouvert à l'exercice du pouvoir, le pouvoir conditionne à son tour l'existence de prérogatives : « Nul, jamais, n'eut d'autres droits que ceux qu'il prit – et sut garder »⁶³. Le droit est à la fois outil et cadre de pouvoir : instrument de domination complémentaire à – et organisateur de – la violence, mais aussi structure de pouvoir elle-même, auto-légitimatrice et reproductrice de la distance entre dominants et dominés.⁶⁴ La perspective féministe va dans le même sens : « Aux yeux de la femme, la force crée le droit, car les droits qu'elle reconnaît à l'homme reposent sur sa force »⁶⁵.

* * *

Le décalage que l'on peut observer entre les droits humains et la réalité sociale n'est finalement qu'apparent. Il appartient à ces

58 A titre d'exemple, cf. les comptes-rendus et analyses chez Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP / Axel CLÉVENOT / Marie-Pia TSCHOPP (dir.), *Asile – violence – exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective*, Groupe de Genève « Violence et droit d'asile en Europe » : Genève 1994.

59 Alessandro BARATTA, « Remarques sur la fonction idéologique du pénitencier dans la reproduction de l'inégalité sociale », *Déviance et société* 1981, p. 113 à 131 (120).

60 Cf. Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 1 : *Règles et ordre*, P. U. F. : Paris 1980, p. 149 et s. ; E. B. PASUKANIS, op. cit., p. 69 à 71, 83.

61 J.-J. URVOAS, op. cit., p. 609.

62 MOLIÈRE, *La Comtesse d'Escarbagnas* et Clément MAROT (1495-1544), *L'Enfer*.

63 Auguste VILLIERS DE L'ISLE-ADAM, *Nouveaux contes cruels : Axel* ; de même Baruch de SPINOZA : « Chacun a autant de droit qu'il a de pouvoir ». Dans le même sens, cf. la critique de J.-J. URVOAS, op. cit., p. 605 et s.

64 Cf. D. LOSCHAK, « Le droit, discours de pouvoir », op. cit. (note 14), notamment p. 432 ; Edward P. THOMPSON, *Whigs and Hunters*, Allen Lane Penguin Books : London 1975, p. 260 à 265, passages traduits sous le titre « Le droit comme médiation spécifique et comme terrain d'opposition des classes » in : *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 2-3, juin 1976, p. 138 et s. ; J. DERRIDA, op. cit., sur les rapports entre droit et violence et l'impossibilité de justice.

65 Simone de BEAUVOIR, *L'autre sexe*.

« divergences entre essence et apparence qui sont la conséquence nécessaire de la nature même de l'essence »⁶⁶. En d'autres termes et pour prolonger la réflexion sur la morale entamée plus haut, nous pensons que l'être, c'est-à-dire la réalité "matérielle", et le devoir-être que sont la morale et l'éthique se conditionnent réciproquement. « Le pathos moral est indissociablement lié à l'immoralité de la pratique sociale et s'en nourrit ».⁶⁷

Appliquée aux droits humains, cette idée débouche sur une conclusion décapante puisqu'elle prive une réalité souvent insupportable de son vernis brillant : Les droits humains naissent de la conjonction de conditions de vie dites inhumaines avec la société capitaliste ; tant qu'ils ne sont pas concrétisés par des prérogatives invocables en justice, des procédures appropriées et des garanties notamment financières⁶⁸, leur fonction objective consiste à faciliter l'exploitation, l'oppression et l'abaissement des êtres humains entre eux, quand bien même les bonnes intentions des promoteurs des droits humains vont dans le sens opposé.⁶⁹ Donc, plus on les invoque pour améliorer le monde, plus on renforce les tendances critiquées. Pour rompre ce cercle vicieux, il faut probablement développer une critique de ces phénomènes qui ne se réfèrent plus à des standards moraux. Mais la première étape consiste probablement à déconstruire les concepts habituels.

Dans cette optique, nous avancerions, en dernière analyse, l'hypothèse suivante : Les droits humains fusionnent l'essence du droit (occidental) qu'est sa vacuité avec la *personne* comme abstraction et caractéristique de l'homme capitaliste. En d'autres termes, ils désignent la qualité de l'être humain en tant qu'acteur et victime simultanés dans la triade que sont marché, droit et Etat.

66 Patrick MURRAY, cité par D. SAYER, op. cit., p. 93 (nous traduisons de l'anglais).

67 E. B. PAŠUKANIS, op. cit., p. 145.

68 Cf. J.-J. URVOAS, op. cit., p. 605 et s.

69 C'est en ce sens qu'ils sont – philosophiquement – idéalistes, cf. I. G. SHIVJI, op. cit., passim.