



HAL
open science

”La critique doctrinale des droits de l’homme”

Xavier Dupré de Boulois

► **To cite this version:**

Xavier Dupré de Boulois. ”La critique doctrinale des droits de l’homme”. *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, 38. halshs-03736750

HAL Id: halshs-03736750

<https://shs.hal.science/halshs-03736750>

Submitted on 22 Jul 2022

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.

LA CRITIQUE DOCTRINALE DES DROITS DE L'HOMME

 revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-critique-doctrinale-des-droits-de-lhomme/

Article par [Xavier Dupré de Boulois](#)

Chronique classée dans [Théorie des droits fondamentaux](#)

RDLF 2020 chron. n°38

Mot(s)-clef(s): [critique](#), [Doctrines](#), [droit subjectif](#)

Le présent article s'efforce de rendre compte et d'analyser les critiques formulées au sein de la doctrine juridique française à l'égard des droits de l'homme. Il constitue une version allongée d'un article qui sera publié dans l'ouvrage de mélanges offert à Dominique Rousseau. Cet ouvrage devrait être remis à son dédicataire en novembre 2020. L'auteur remercie ses maîtres d'œuvre, les professeurs Jordane Arlettaz et Julien Bonnet ainsi que les éditions Lextenso d'avoir autorisé la publication de ce texte.

Par [Xavier Dupré de Boulois](#), Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (ISJPS UMR 8103)

Projet. Les droits de l'homme n'ont plus bonne presse. Au zénith dans le champ intellectuel et politique à la fin des années 1970, ils ont largement perdu de leur superbe. S'ils n'ont jamais été épargnés, – les critiques de Burke à Marx en passant par Bonald et Maistre sont bien connues –, l'époque contemporaine a vu ressurgir la critique au sein de courants philosophiques très divers¹. L'année 2018 est topique à cet égard puisque deux philosophes, l'un catholique², l'autre socialiste³ ont publié des ouvrages stigmatisant à un titre ou à un autre la place et le rôle des droits de l'homme dans les sociétés modernes. Le néologisme « droit-de-l'hommeisme »⁴ rend compte désormais d'une tare, mélange de naïveté, de pensée simpliste et de prétention. Le projet de cette contribution est de s'intéresser à la critique des droits fondamentaux au sein du discours de la doctrine juridique à travers ses productions éditoriales⁵. Il s'agit donc de s'inscrire dans un champ intellectuel particulier, les juristes universitaires, avec ses références et ses registres de discours. Ce champ est en général plutôt imperméable à l'égard des débats intellectuels de son temps. Du moins leur écho est-il atténué. Il est aussi déformé au contact de la « matière juridique » c'est-à-dire en fonction de problématiques propres aux juristes. La critique des droits de l'homme ou des droits fondamentaux (Expressions utilisées ici comme synonymes) n'en n'est pas moins courante au sein de la doctrine juridique. La controverse récente sur le déploiement du contrôle *in concreto* et de proportionnalité dans les jurisprudences judiciaire et administrative en est l'illustration contemporaine la plus évidente. L'analyse de cette critique doctrinale suppose d'abord de déterminer ses différents registres puisque le discours du juriste universitaire n'est pas univoque (I). Sa compréhension implique aussi de mobiliser différentes focales formulées ici à travers une série de distinctions utiles (II).

I. REGISTRES DE LA CRITIQUE

L'unité du discours critique ne doit pas être surestimée. La diversité des discours critiques est d'abord liée à la variété des disciplines du droit. « Chacun voit midi à sa porte » pourrait-on dire. Si toutes les disciplines, et donc les doctrines, pensent les droits fondamentaux, elles en ont une expérience diverse. On imagine bien qu'elle n'est par exemple pas la même en droit constitutionnel et en droit des affaires. Cette diversité n'empêche pas une certaine communauté de critiques. Par ailleurs, l'office de la doctrine est diversement perçu par les juristes universitaires⁶. Au total, il est possible d'identifier trois registres de discours critique.

A. Droits de l'homme et droit : une menace pour le système juridique

L'irruption et la diffusion des droits de l'homme dans les différentes branches du droit sont souvent analysés comme menaçant l'intégrité même du système juridique français. Des universitaires de renom ont dénoncé une « destruction du droit par les droits de l'homme »⁷, « un démantèlement de la méthode juridique »⁸ et encore « la négation même du droit »⁹ et une machinerie qui « défonce notre système juridique »¹⁰. Ce registre de critique est donc interne en ce qu'il est le regard de juristes sur l'évolution du système juridique. Il est le monopole de la doctrine juridique. Il peut être appréhendé à l'aune de sa construction générale (1) ou au regard des différentes disciplines du droit (2).

1. Approche générale

Subjectivisme et objectivisme. L'idée que le système juridique pourrait tout entier être fondé sur le primat de l'individu et structuré autour des droits subjectifs a été contestée de longue date par d'importants auteurs à l'instar de Jhering¹¹, Josserand¹² ou encore Batiffol¹³. Cette critique a connu une nouvelle vigueur à l'époque contemporaine avec l'avènement des droits fondamentaux. Son promoteur le plus fameux fût Jean Carbonnier. Partant du constat qu'une « caractéristique du droit de notre époque aura été la tendance à se subjectiviser, à se résoudre en une averse de droits subjectifs », il regrettait la fragilisation du droit objectif qui seul serait selon lui à même d'assurer la stabilité des institutions et des situations juridiques¹⁴. Il a donc pointé l'impuissance des droits subjectifs et désormais des droits de l'homme, à pourvoir aux besoins juridiques de la vie collective. Cette impuissance procède d'une chaîne de constats. Ces droits ont un contenu flou et volatile. « Les promesses des déclarations ont d'autant moins de chance d'être tenues que leurs formules sont incertaines, indéterminées » relevait Michel Villey¹⁵. Ensuite, ces droits connaissent une inflation galopante, le besoin et le désir individuels étant devenus le nouveau principe de création du droit¹⁶. En troisième lieu, ces droits subjectifs « n'ont pas la force immédiate des règles de droit, mais seulement accès à cette force »¹⁷. Puisqu'ils sont indéterminés et ont vocation à entrer en concurrence, rien ne permet de définir *a priori* celui d'entre eux qui se réalisera. « Quand nous est attribué un droit, nous attendons pour notre part que ce droit nous soit vraiment dû, et puisse être revendiqué avec quelque chance de succès. Ce que ne sont pas les droits de l'homme »¹⁸. En conséquence, « l'approche en termes de droits fondamentaux n'offre qu'un guide incertain pour régler les conflits »¹⁹. Enfin, la primauté des droits subjectifs est une « robinsonnade » en ce que le droit a pour fonction de régir des relations entre individus. Elle conduit à un effacement des contraintes liées à l'intérêt général, au bien commun et autrement dit, aux nécessités de la vie en société. « Ce qui rend la position individualiste inapte à répondre aux problèmes juridiques » est qu'elle « se refuse à considérer la société comme un tout et le droit comme un instrument de régulation de ses interactions » relève Rémy Libchaber²⁰. Jhering a donné une représentation suggestive d'un système juridique fondé sur la primauté de l'individu : « une série de sphères de liberté, délimitées comme les cages d'une ménagerie, entourée de barreaux pour que des bêtes féroces ne puissent s'entredévorer »²¹.

Règle de droit et balance des intérêts. Le débat autour du développement du contrôle de conventionnalité *in concreto* et du contrôle de proportionnalité a réactualisé cette réflexion sur le plan des méthodes de résolution des litiges. Il se transfigure alors dans l'antinomie entre la règle de droit et la balance des intérêts. La première, expression du droit objectif et pensée ici comme la loi votée par le Parlement, aurait vocation à déterminer les principes juridiques qui régissent la vie en société. Sa mise en œuvre repose sur « un cheminement déductif, partant de la règle pour lui faire gouverner les faits »²². Ce modèle fait écho au projet révolutionnaire « de construire une science du droit unifiée et rationnelle [comme] une réponse à l'imperfection croissante des juges » sous l'Ancien régime²³. De son côté, la balance des intérêts repose sur l'habilitation du juge à opérer un arbitrage entre droits fondamentaux en conflit à travers le recours au principe de proportionnalité, quitte pour cela à négliger voire à écarter la règle de droit. « La généralité de la règle cède le pas à une application casuistique, tantôt autorisée, tantôt refusée, en fonction d'une balance des intérêts dont personne ne peut à l'avance prévoir l'inclinaison »²⁴. Il est aussi question d'un droit qui assurerait « un équilibre par micro-compromis toujours remis en cause »²⁵.

2. Disciplines

L'intensité et la prégnance du discours critique varient selon les disciplines du droit. Sans surprise, elles dépendent de l'impact des droits fondamentaux sur le champ disciplinaire de référence. L'offense faite au « vrai » droit est exprimée de manière diverse comme en atteste un sondage dans les disciplines.

L'essence : le droit international privé. La doctrine dédiée a souvent exprimé des réserves à l'égard de la référence aux droits fondamentaux en ce qu'elle menacerait la finalité même du droit international privé ²⁶. Ce dernier a pour ambition d'assurer une coordination d'ordres juridiques qui ne reposent pas toujours sur le même système de valeurs et un principe d'égalité entre le droit national et les droits étrangers. Or, la mobilisation sans nuance des droits fondamentaux dans le domaine des conflits de juridictions et surtout des conflits de lois serait de nature à entraver la réalisation de cet objectif en ce qu'elle conduirait trop régulièrement à l'éviction de la loi étrangère ou au refus de donner effet à des situations juridiques nées à l'étranger. Elle reviendrait donc à imposer le respect de principes et de valeurs qui ne sont pas universellement reconnus et donc à promouvoir une logique impérialiste aux dépens d'une recherche de cohabitation harmonieuse des différents systèmes juridiques. « Qui a pu croire que les droits fondamentaux étaient pacifiques ? » s'est interrogé Pascal Puig ²⁷. Le risque serait pour finir de parvenir à un recloisonnement des ordres juridiques de nature affecter la continuité de traitement des relations privées internationales ²⁸. Aussi les auteurs promeuvent-ils souvent un cantonnement ou du moins, une mobilisation raisonnée des droits fondamentaux en droit international privé ²⁹.

L'intégrité : le droit de la famille. Le droit de la famille est probablement la branche du droit la plus marquée par le développement de l'individualisme contemporain et l'affirmation des droits de l'homme. Leur influence s'est concrétisée de manière médiate à travers différentes réformes législatives (ex. : loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) et de manière immédiate avec les jurisprudences fondées sur la CEDH et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Il en est résulté d'importantes mutations du droit de la famille qui ont été déplorées par certains auteurs. La principale est le phénomène de « désinstitutionnalisation » et de privatisation de la famille ³⁰. Le législateur a renoncé à imposer un modèle familial de telle sorte que « le droit s'aligne sur les faits qu'il ne peut ou veut endiguer » ³¹. La famille s'analyse désormais comme un agrégat d'individus titulaires de droits subjectifs. Or, « l'individualisme exprimé par les droits [...] s'avère impuissant à ordonner une construction familiale cohérente » ³² et engendre une « normativité de confettis » ³³. De même, François Terré et Dominique Fenouillet ont stigmatisé l'insécurité juridique liée au remplacement de l'institution objective de la filiation par les standards mous des droits fondamentaux et de l'intérêt de l'enfant ³⁴.

L'intégrité : le droit de la propriété intellectuelle. En droit de la propriété intellectuelle, le débat s'est surtout cristallisé sur l'opposabilité de la liberté d'expression et du droit à l'information en droit d'auteur ³⁵. Il a connu une vigueur nouvelle à la suite de l'affaire *Malka / Klasen* à l'occasion de laquelle la Cour de cassation a jugé que quand bien même l'utilisation d'une œuvre protégée n'entrerait pas dans le champ des exceptions figurant dans la loi, il appartient au juge du fond de veiller à assurer un juste équilibre entre les différents intérêts en présence, et en particulier entre droit d'auteur et liberté d'expression ³⁶. Cette transposition du contrôle *in concreto* a suscité les réserves d'une partie de la doctrine intellectualiste. F. Pollaud-Dulian a ainsi stigmatisé « une brèche [...] percée dans l'édifice du droit d'auteur » à travers l'érection d'une sorte de *fair use* à la française et un déclin du droit moral « qui ne cadre pas avec la conception qui anime le code de la propriété intellectuelle » ³⁷.

L'intégrité : le droit des contrats. Le recours aux droits fondamentaux, en particulier dans leur version européenne, dans les relations contractuelles à partir de plusieurs arrêts remarquables de la Cour de cassation ³⁸ a suscité les critiques de plusieurs auteurs. Il a d'abord été relevé qu'il est superfétatoire, le droit des contrats recelant de longue date des instruments (ordre public, cause, clauses abusives, etc.) à même d'assurer la protection des droits fondamentaux ³⁹. Surtout, il a été jugé néfaste. Marie-Elodie Ancel en particulier a souligné que « le champ des droits tirés de la Convention n'est pas adapté au contentieux contractuel ou délictuel, ce qui déséquilibre le raisonnement. Soit alors, on en vient à voir, pour rétablir l'équilibre, des droits fondamentaux des deux côtés, de toute part. Soit les solutions retenues sur la base du droit fondamental d'une seule des parties, sont brutales et inabouties » et en a conclu que mobiliser les droits fondamentaux reviendrait à refaire le droit des obligations avec la sécurité juridique en moins ⁴⁰.

L'efficacité : le droit des affaires. Le droit des affaires est peu affecté par le discours des droits de l'homme ⁴¹ de telle sorte que le discours critique y est discret. Toutefois, il a pu être souligné que leur promotion en ce domaine pourrait avoir des effets délétères en ce qu'elle serait susceptible de nuire à l'efficacité du droit des affaires ⁴².

L'épistémologie : le droit constitutionnel. La critique à l'égard des droits de l'homme connaît une expression particulière en droit constitutionnel. Leur prééminence est analysée par certains auteurs comme affectant la définition même de cette discipline à travers une contraction de son objet. Cette critique est intimement liée au développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et donc à l'émergence d'un droit constitutionnel jurisprudentiel depuis les années 1980. Ce droit, ordonné pour l'essentiel autour d'un contentieux des droits fondamentaux, aurait conduit à l'éviction progressive de l'étude des régimes et des institutions politiques et de l'histoire des idées politiques du champ du droit constitutionnel ⁴³. En témoignerait par exemple la modification de l'intitulé du cours de première année par l'arrêté de 30 avril 1997, devenu « droit constitutionnel » en lieu et place de « droit constitutionnel et institutions politiques ».

B. Droits de l'homme et politique : le gouvernement des juges

Economie. Ce registre de critique est le plus classique. Son point de départ est le constat que l'indétermination et la multiplication des droits fondamentaux donnent un rôle central aux juges dans la résolution des conflits dont ils sont saisis et au-delà dans la définition et l'application du droit. Cette autonomie a pris une dimension proprement politique avec la compétence reconnue aux juridictions de contrôler la loi et, éventuellement d'en empêcher l'entrée en vigueur ou d'en paralyser l'application. Elle est analysée comme un déni de démocratie. La démocratie est donc ici pensée sous sa forme canonique comme reposant à titre principal sur le principe représentatif et la loi de la majorité. Les représentants élus par le peuple se déterminant à la majorité expriment la volonté générale à travers la loi. Elle se défie donc des propositions, à commencer par celle formulée par Dominique Rousseau, visant à renouveler les réflexions sur l'articulation entre démocratie et contrôle de la loi. Les juges usurperaient donc la fonction en principe dévolue aux élus du peuple et donc au pouvoir politique : déterminer les choix collectifs sur les grands sujets économiques et sociaux. Ce registre de critique n'est pas sans lien avec le précédent en ce que le droit objectif et la règle de droit s'incarnent d'abord dans la loi dans la tradition juridique française.

Une critique ancienne. Elle a émergé dans les années 1970 consécutivement à la décision *Liberté d'association* et la révision du 29 octobre 1974 à l'origine d'un nouveau Conseil constitutionnel. Canon dirigé contre les empiètements parlementaires, il devient le garant de la protection des droits et libertés proclamés dans la déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Malgré les audaces très mesurées du juge de l'aile Montpensier – « filtrer le moustique et laisser passer le chameau » raillait Jean Rivero ⁴⁴ – ; des auteurs ont très tôt remis en cause le principe d'un contrôle de la loi au regard des textes proclamant des droits de l'homme ⁴⁵. Cette critique a perduré à mesure de l'approfondissement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il s'agisse du recours à certaines techniques de contrôle (à commencer par les réserves d'interprétation) ou de décisions emblématiques (par exemple *Maitrise de l'immigration* du 13 août 1993) ⁴⁶.

Une critique qui s'est européanisée. Cette critique a pris une expression nouvelle avec l'affirmation du droit européen des droits de l'homme. Elle s'est encore diffusée avec l'émergence du contrôle *in concreto* ⁴⁷. La démocratie n'est pas seulement bafouée en ce que des juges s'érigent en censeur de la loi, expression de la volonté générale. Elle l'est aussi en ce qu'une collectivité humaine se retrouve soumise à un droit venu de l'extérieur. « La Cour européenne impose des évolutions auxquelles ni les peuples ni les Etats n'ont besoin de consentir » ⁴⁸. Elle est devenue « l'un des vecteurs principaux de ce triomphe des droits subjectifs sur le droit objectif qui aboutit à substituer les choix d'une aristocratie judiciaire à ceux des peuples des États-membres en imposant la satisfaction d'intérêts individuels ou minoritaires à la majorité démocratique » ⁴⁹. Un auteur en est même venu à « jalouser » implicitement certains Etats d'Europe de l'Est et orientale, – la Russie, la Pologne et la Hongrie –, qui ont récemment refusé de soumettre leur système constitutionnel aux droits et libertés fondamentaux promus par la CEDH et l'Union européenne. « Le soleil se lève à l'est » commence-t-il ⁵⁰.

C. Droits de l'homme et société : une force centrifuge

Le juriste face à la société. Ce registre de critique conduit la doctrine à changer de posture. Elle n'interroge plus l'impact des droits fondamentaux sur son objet : la construction du système juridique et la production du droit. Elle prétend émettre des jugements de valeur sur leur influence sur les rapports sociaux. Le juriste s'exprime alors plutôt en tant que citoyen même s'il ne se présente pas comme tel. Son discours fait alors écho aux écrits d'auteurs non juristes, philosophes en particulier, qui ont réfléchi sur les droits de l'homme et l'individualisme contemporain (à commencer par Marcel Gauchet). Se pose aussi la question de la valeur et de la légitimité d'un tel discours dès lors qu'il ne repose plus sur l'expertise spécifique du juriste ⁵¹. Son expression la plus radicale émane de Anne-Marie Le Pourhiet qui n'a de cesse de stigmatiser l'hyper-individualisme des sociétés occidentales que l'exubérance des droits fondamentaux traduirait : « l'égoïsme et le matérialisme forcenés des sociétés modernes conduisent à ériger en droit n'importe quel besoin considéré comme légitime dès qu'il est formulé, sans qu'on s'interroge véritablement ni sur sa valeur, ni sur son contenu, ni sur l'éventuel danger de sa satisfaction pour l'avenir de la société et de l'humanité » ⁵². Cette critique pointe essentiellement les effets sociaux centrifuges d'un système juridique ordonné autour des droits fondamentaux. Ils sont présentés comme les symptômes et/ou la cause d'un hyper individualisme qui sape les bases de la vie en société. Cette critique se donne à voir lorsque des juristes universitaires sont amenés à écrire sur des sujets impliquant les grands sujets de société.

Le corps. Qu'il s'agisse de sadomasochisme, de transsexualisme ou de gestation pour autrui, des auteurs n'ont pas manqué de déplorer l'exubérance de revendications individuelles et minoritaires qui sapent une certaine conception de l'homme et de l'humanité. La critique s'est focalisée en particulier sur le concept d'autonomie personnelle développé par la Cour EDH entendu comme le droit d'opérer des choix concernant son propre corps⁵³. M. Fabre-Magnan a ainsi souligné qu'il « y a dans ces revendications « modernes » au nom de l'autonomie personnelle un aspect mortifère que le droit n'a pas pour rôle de cautionner »⁵⁴. De son côté, Bernard Edelman s'en est pris violemment au « nouvel homme, égoïste, hédoniste, à la recherche de son seul plaisir », sa préoccupation première étant « l'amour de soi, l'émerveillement de soi, la satisfaction de soi »⁵⁵.

La famille. Les relations familiales sont une autre expression de l'effet centrifuge de l'individualisme moderne et de l'affirmation des droits fondamentaux. La juriste belge Marie-Thérèse Meulders-Klein a ainsi souligné que la liberté, dans le cadre d'une interprétation extensive et évolutive des droits individuels « vient miner de l'intérieur la cohésion familiale »⁵⁶. De son côté, Alain Sériaux a regretté que « l'affirmation constante des droits assassine la vie de famille »⁵⁷.

La collectivité. La logique des droits fondamentaux favoriserait le communautarisme entendu comme le fractionnement (la désintégration) de la société en de multiples communautés ethniques, religieuses, sexuelles, etc. de nature à saper l'idéal républicain. La logique des droits fondamentaux « exacerbe ce qui sépare les individus au détriment de ce qui les unit »⁵⁸. Bertrand Mathieu a développé une charge particulièrement lourde contre l'effet centrifuge des droits fondamentaux : « la conception subjective des droits fondamentaux correspond à un cancer des systèmes démocratiques » et « la fragmentation engendrée par ce communautarisme conduit à une rupture dans l'identité culturelle »⁵⁹. De son côté, Rémy Libchaber a relevé que « la pensée droits-de-l'homme est parvenue à faire admettre que toute insatisfaction juridique est constitutive d'une discrimination » ce qui pourrait tendre à un accroissement sans limite des statuts particuliers⁶⁰.

II. CONTRECHAMPS

Plusieurs distinctions peuvent être mobilisées en vue d'appréhender de manière plus fine le discours critique.

A. Droit français et droit européen

« **C'est la faute à l'Europe** ». Comme il a déjà été vu, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité de la loi au regard des droits fondamentaux a parfois été contestée. Toutefois, la CEDH et son juge cristallisent spécifiquement les critiques doctrinales. Les auteurs ne manquent d'ailleurs pas d'opposer le Conseil constitutionnel et la Cour EDH, le premier étant souvent jugé plus respectueux de l'identité du système juridique français et de la volonté du pouvoir politique que la seconde⁶¹. Il est vrai que la Cour de Strasbourg cumule les « tares »⁶². Les auteurs stigmatisent d'abord le pouvoir créateur de la Cour qui, en s'attelant à interpréter le texte de la Convention « à la lumière des conditions d'aujourd'hui »⁶³, a développé une interprétation constructive de la CEDH. Les auteurs visent aussi bien l'interprétation libérale de certaines dispositions à commencer par son article 8 (promotion de l'autonomie personnelle par exemple), que la consécration de droits absents de la Convention (notamment en matière sociale), le développement de la technique des obligations positives (qui conduit à imposer son respect dans les relations entre particuliers) ou encore le recours à la technique des arrêts-pilotes (qui affecte la définition des politiques publiques de l'Etat). Et les contempteurs de la Cour de reprendre comme une antienne le célèbre constat de Jean Carbonnier : « la Cour de Strasbourg est sortie de son lit. L'ennui est que l'on ne voit pas trop comment l'y faire rentrer »⁶⁴. La critique de la Cour EDH porte aussi sur ses méthodes qui jurent avec la tradition française. Il est classique de railler une motivation des arrêts qui confinerait au bavardage⁶⁵. Surtout, la jurisprudence de la Cour reposerait sur une casuistique inspirée du modèle anglo-saxon et donc étrangère à la culture juridique française⁶⁶. Le pire étant que les juridictions internes se soient converties à la méthode européenne notamment avec l'avènement du contrôle de conventionnalité *in concreto* en 2013. Au total, la CEDH et son juge sont donc critiqués au titre des trois registres précédemment identifiés : une menace pour le système juridique français, un droit anti-démocratique et une promotion de l'hyper-individualisme.

« **Enfin presque** ». Les prémisses de la critique des droits de l'homme sont toutefois bien antérieures à l'avènement du droit de la CEDH en France (ratification de la convention en 1974 et acceptation du droit de recours individuel en 1981). La montée en puissance du subjectivisme avait été perçue et critiquée dès les années 1960 par certains

auteurs. En 1963, Paul Roubier s'inquiétait déjà de la prolifération de « droits douteux » liée aux revendications démocratiques et relevait que « bien des promesses n'ont abouti qu'à une faillite retentissante »⁶⁷. Le doyen lyonnais s'en prenait aux droits subjectifs énoncés dans les lois et non aux déclarations constitutionnelles qui n'avaient pas encore donné leur pleine mesure juridique. La même remarque s'impose au sujet de la figure tutélaire de la critique au sein de la doctrine civiliste à savoir Jean Carbonnier. Comme il a déjà été vu, ce dernier s'est montré réservé à l'égard de la jurisprudence de la Cour EDH. Mais lorsqu'il stigmatise « la pulvérisation du droit en droits subjectifs », il n'illustre son propos qu'en se référant à des droits subjectifs institués par le législateur⁶⁸ : loi du 6 juillet 1989 sur le bail d'habitation, loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, etc. Autrement dit, il s'en prend plus aux politiques législatives qu'aux déclarations constitutionnelles ou européennes des droits de l'homme et à leur application par les différentes juridictions. Cette présence législative dans la subjectivisation du droit est évidente dans le champ du droit civil dans lequel les droits fondamentaux sont censés avoir fait le plus de dégâts, c'est-à-dire le droit des personnes et de la famille. Plusieurs auteurs ont ainsi relevé que « la Cour EDH a davantage amplifié et accéléré que provoqué un processus que le législateur avait déjà engagé sous la pression des faits et de l'évolution sociale »⁶⁹.

B. Doctrine de droit privé et doctrine de droit public

Une critique privatiste ? La critique des droits de l'homme est un bon point d'observation de la *summa divisio* doctrinale. Il n'est qu'à se référer aux notes de bas de page de la présente contribution pour constater que la critique est plus présente au sein de la doctrine du droit privé, civiliste en particulier. L'affirmation récente du contrôle de conventionnalité *in concreto* en est une autre illustration. D'éminents auteurs de droit privé ont fortement critiqué la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation (F. Chénéde, P.-Y. Gautier, A. Bénabent, P. Puig, Ph. Malaurie, etc.) alors qu'il ne s'est trouvé qu'un auteur publiciste, Pierre Delvolvé, pour contester la solution retenue par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Gonzalez Gomez*⁷⁰. Ce premier constat doit être affiné à plusieurs égards.

Hétérogénéité interne des doctrines. Il convient de ne pas surestimer l'homogénéité des doctrines privatiste et publiciste et de prendre en compte la fragmentation des deux grandes disciplines du droit. Il a déjà été relevé que la nature et l'intensité de la critique varie selon les disciplines en fonction de l'influence des droits fondamentaux sur elles. Ainsi, la critique des droits de l'homme est quasiment absente dans certaines branches du droit privé et du droit public. Tel est le cas en droit du travail⁷¹ et en droit administratif. Il n'est pas indifférent de relever que tous deux ont pour finalité première et historique d'encadrer l'exercice d'un pouvoir (de l'employeur et de l'administration). La mobilisation des droits et libertés fondamentaux constitue alors une ressource importante dans la normalisation de ces rapports de domination. Elle ne sous semble pas avoir susciter d'objections de principe des spécialistes de ces deux disciplines.

Réception variable des registres de discours critique. Les registres de critique sont inégalement répartis entre les deux doctrines. La doctrine privatiste est ainsi plus sensible à l'impact de la promotion des droits fondamentaux sur la construction du système juridique (premier registre de critique). La raison en est que le droit civil s'inscrit dans une tradition ancienne et repose sur un cadre conceptuel qui plonge ses racines jusque dans le droit romain. Il se « sert de qualifications que des siècles de contentieux et de réflexions ont rodées et affinées » soulignait Christian Atias⁷². Le développement des droits de l'homme signifierait « le congé officiel donné au droit civil »⁷³. La doctrine publiciste est quant à elle surtout sensible à la problématique du gouvernement des juges (second registre de critique). Elle est ancienne puisque les grands auteurs (Hauriou, Duguit, Carré de Malberg) se sont saisis du débat dans la première moitié du XXe siècle. Le discours critique s'est affirmé avec la mise en place progressive d'un contrôle de la loi à partir des années 1970. Du côté de la doctrine du droit privé, il a pris de l'ampleur avec le déploiement du droit de la CEDH puis du contrôle de conventionnalité *in concreto*. Il est d'autant plus prégnant aujourd'hui que ce contrôle *in concreto* sape aussi les bases du modèle civiliste à travers la promotion de la balance des intérêts aux dépens de la règle de droit. Au demeurant, la doctrine privatiste, civiliste en particulier, est traditionnellement plus réservée à l'égard de l'émancipation des juges considérée *a minima* comme un facteur d'insécurité juridique.

C. Doctrine progressiste et doctrine conservatrice

Les juristes universitaires prennent encore peu part au débat public de telle sorte qu'il est délicat de les classer en fonction de leurs convictions politiques supposées. Ce classement est moins difficile dès lors qu'ils s'engagent dans la critique des droits de l'homme.

Une critique de gauche ? Les facultés de droit ont longtemps été des bastions du conservatisme. La démocratisation de l'enseignement supérieur a conduit à une diversification sociale et politique importante du corps des enseignants-chercheurs de telle sorte qu'il est possible de parler d'une gauche ou de gauches universitaires⁷⁴. Or, force est de constater que le discours critique sur les droits de l'homme est rarement porté par des juristes universitaires « estampillés » de gauche. Leur terrain de jeu est plutôt le combat pour les droits de l'homme : les droits sociaux, les droits des femmes, les droits des minorités, etc. Il est donc surtout question de promouvoir les droits de l'homme voir de revendiquer la reconnaissance de nouveaux droits. Ils s'inquiètent peu de l'intégrité du système juridique ou d'un hypothétique gouvernement des juges. On ne trouve pas encore d'écho à la pensée critique des droits de l'homme tel que développée par un Jean-Claude Michéa⁷⁵ si ce n'est chez un auteur au profil atypique (avocat et penseur), Bernard Edelman⁷⁶. L'idée que la logique des droits de l'homme servirait les desseins du marché et contribuerait à perpétuer la domination capitaliste se trouve finalement plutôt chez des auteurs conservateurs⁷⁷.

Une critique de droite. Il existe de manière évidente une doctrine de droite critique des droits fondamentaux. Elle est ancienne et associe des auteurs connus. Elle est aussi bien privatiste (Jean Foyer, G. Cornu, F. Terré, Y. Lequette, etc.) que publiciste (A.-M. le Pourhiet, B. Mathieu, G. Lebreton) sans parler des historiens du droit⁷⁸. Elle marie la défense du modèle juridique français (avec un culte certain pour le Code civil), un souverainisme ombrageux (avec une détestation évidente de la Cour EDH) et un conservatisme social (sur les sujets de la filiation, de la famille). Les droits de l'homme sont parfois assimilés à une religion néfaste voire totalitaire⁷⁹. Bertrand Mathieu a évoqué une religion laïque dont la CEDH serait la bible ou le Coran, et les juges les grands prêtres. Il ajoute que « de ce point de vue, les droits et libertés fondamentaux représentent une forme de totalitarisme [...] ce d'autant plus que cette religion n'est pas séparée de l'Etat »⁸⁰. Cette critique de droite a des relais importants dans le champ politique comme l'atteste les prises de position des deux principaux candidats de la droite aux élections présidentielles de 2017. François Fillon a menacé que la France dénonce la CEDH si cette dernière ne se réformait pas⁸¹. Quant à Marine Le Pen, elle a récemment réclamé le retrait de la France de la CEDH⁸².

Conclusion. L'état des lieux présenté ici ne doit pas conduire à surestimer la place du discours critique des droits de l'homme au sein de la doctrine juridique. Elle est d'abord une doctrine des ouvrages de mélanges et des monographies. Elle est plus discrète dans le commun des productions juridiques c'est-à-dire les revues juridiques et les ouvrages d'enseignement. Ce constat confirme l'inclination des juristes universitaires pour les questions techniques et la dogmatique juridique. Ce discours n'en connaît pas moins une vigueur nouvelle à l'époque contemporaine. D'aucuns y verront l'expression de l'indécrottable conservatisme des juristes universitaires. D'autres relèveront qu'il participe aussi de la montée en puissance de la pensée « illibérale » déjà à l'œuvre dans l'Est de l'Europe et ailleurs. La doctrine juridique française n'est pas imperméable à ce vent d'Est.

Notes:

1. Pour des études : J. Lacroix et J.-Y. Planchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Seuil, La couleur des idées, 2016, p. 37 et s ; A. Viala, « De la critique des droits de l'homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'homme », *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, 2015, p. 51. ↵
2. P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, PUF, 2018. ↵
3. J.-Cl. Michéa, *Le loup dans la bergerie*, Climats, 2018. ↵
4. Pour une généalogie de l'expression, A. Pellet, « Droit-de-l'homme et droit international », *Droits fondamentaux* 2001/1, p. 167. ↵
5. Pour un recensement des critiques au sein de la doctrine privatiste : J.-P. Marguénaud, « La doctrine privatiste face à la pluralité des ordres juridiques », dans B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1047. ↵
6. Sur cette variété, X. Dupré de Boulois, « La critique doctrinale », AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Litec, Colloques et débats, 2010, p. 217. ↵
7. F. Terré, « Un progrès du droit ? », *JCP gén.* 2010, n° hors série, 1^{er} juin 2010. ↵
8. P.-Y. Gautier, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau » », *JCP* 2016, n°7, 189. ↵
9. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016 p. 137. ↵
10. G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, Domat-Monchrestien, 13^e éd., 2007, p. 153. ↵

11. R. Von Jhering, *L'évolution du droit*, Trad. O. de Meulenaere, Chevalier-Marescq, 1901, p. 355. ↵
12. L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 1939, n°4. ↵
13. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979. ↵
14. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Champs, Essais, 1996, p. 124-125. ↵
15. M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Questions, 1983, p. 11 ↵
16. R. Libchaber, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique » in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 505. ↵
17. J. Carbonnier, *Op. cit.* ↵
18. M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, rééd. 2001, n°88. ↵
19. Y. Lequette, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Litec-Dalloz, 2004, p. 171. ↵
20. R. Libchaber, « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018/34 p. 1875. ↵
21. R. Von Jhering, *Op. cit.* Voir aussi, R. Maspétiol, « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », *APD* 1964, T.9, p. 71 ↵
22. P.-Y. Gautier, « Eloge du syllogisme », *JCP gén.* 2015, n°36, 902. ↵
23. F. Zénati, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTDC* 2016 p. 511. ↵
24. P. Puig, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTDC* 2016 p. 70. ↵
25. B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure*, LGDJ, Forum, 2015, p. 38. ↵
26. Pour un état des lieux : L. Gannagé, « A propos de l'absolutisme des droits fondamentaux », in *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008 p. 265. ↵
27. P. Puig, note sous Civ. 1, 28 janvier 2015, n°13-50.059, *RTDC* 2015 p. 91. ↵
28. Y. Lequette, note sous CA Paris, 14 juin 1994, *RCDIP* 1995/2 p. 308 ; B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, n°52/4 p. 797. ↵
29. Ex. : L. D'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010 p. 165 ; Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux » in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 25^e éd., 2019, p. 135. ↵
30. H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu. Réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle » in P. Courbe (coord.), *Le Monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008 p. 395. ↵
31. P. Catala, *Famille et patrimoine*, PUF, coll. Doctrine juridique, 2000, p. 273. ↵
32. F. Dekeuwer-Defossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTDC* 1995 p. 249. Egalement, J. Hauser, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle », in *Mélanges en l'honneur de Danièle Huet-Weiller*, PU Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 235. ↵
33. J. Hauser, « Dieu nous garde de l'équité des parlements » in E. Burgaud et a. (dir.), *Histoire, théorie et pratique du droit. Etudes offertes à Michel Vidal*, PUB, 2010, p. 591. ↵
34. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. La famille*, Dalloz, 9^e éd., 2018, n°444. ↵
35. Par ex. les notes de A. Françon (*RTDCom.* 2000 p. 96) et B. Edelman (*D.* 2000, p. 455) sur le jugement rendu par le TGI Paris (23 février 1999) dans l'affaire Utrillo. ↵
36. Cass. civ. 1, 15 mai 2015, n°13-27.391, Bull. I n°116. ↵
37. F. Pollaud-Dulian, note sous Civ. 1, 15 mai 2015, *RTDCom.* 2015 p. 515. ↵
38. Notamment, Cass. civ. 3, 6 mars 1996, *Mel Yedei*, Bull. III n°60 ; Cass. civ. 3, 12 juin 2003, *Soc. Arlatex*, Bull. III n°125. ↵
39. Ex. F. Chénéde, « Quelle constitutionnalisation pour le droit civil des contrats ? » *Juspoliticum* 2018, n°20-21. ↵
40. M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in G. Pignarre (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 121. ↵
41. Pour un état des lieux un peu ancien : R. Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008. ↵
42. F.-X. Lucas, « Feu sur les droits de l'homme », *Bull. Joly soc.* 2007/2. ↵
43. Voir le n°2000/32 de la revue *Droits* intitulé « Repenser le droit constitutionnel » et en particulier les textes de J.-M. Denquin et de E. Desmons (p. 21). Egalement, X. Magnon et A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique », *Les cahiers Portalis*, n°6, déc. 2019, p. 107. ↵
44. Note sous Cons. const., 20 janv. 1981, *AJDA* 1981 p. 275. ↵

45. R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *Pouvoirs* 1990/13 p. 14. ↵
46. Ex. : J. Foyer, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *Rev. adm.* 1998, n°301, p. 97 ; J. Foyer, « Le droit civil dominé », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes Pierre Catala*, Litec, 2011, p. 13 ; F. Terré, « Conclusions », G. Drago et a. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998, p. 401. ↵
47. A commencer par F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016. p. 796. ↵
48. B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie*, Lextenso, coll. Forum, 2017, p. 129. ↵
49. A.-M. Le Pourhiet, « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *Constitutions* 2018 p. 205. ↵
50. S. Caporal-Greco, « Propos conclusifs », *Politéia* 2016/30 p. 331. ↵
51. Sur ce débat, voir la polémique survenue au moment de la loi relative au mariage pour tous : X. Dupré de Boulois, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2012, chro. n°23 ; P. Brunet et a., « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler au nom du droit », *D.* 2013 p. 784 et B. Dageron et a., « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns ? *Tu patere legem quam ipse fecisti* », *D.* 2013 p. 784. ↵
52. A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, « A propos de la bioéthique : la démocrate selon Ponce Pilate », *Pouvoirs* 1991/59 p. 159. ↵
53. CEDH, 29 avril 2002, *Pretty / Royaume-Uni*, n°2346/02. ↵
54. M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme ». *D.* 2005 p. 2973. ↵
55. B. Edelman, « Naissance de l'homme sadien », *Droits* 2009/49, p. 107. ↵
56. M.-Th. Meulders-Klein, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », dans F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, p. 179. ↵
57. A. Sériaux, « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.* 2001/6 chron. 13. ↵
58. A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme », dans G. Lebreton (dir.), *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, L'Harmattan, 2000, p. 25. ↵
59. B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie*, préc., p. 160-161. ↵
60. R. Libchaber, « Réflexions sur le désordre juridique français », dans *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 405. ↵
61. Ex. : A.-M. Le Pourhiet, « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *Constitutions* 2018 p. 205 ; F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme » dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139. ↵
62. Ex. : Y Lequette, « des juges littéralement irresponsables », *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Héron*, LGDJ, 2008 p. 309. ↵
63. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx / Belgique*, Série A, n°31. ↵
64. *Op. cit.* p. 56. ↵
65. Ex. : Ph. Malaurie, « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Defrénois* 2007/5 p. 348. ↵
66. Ex. : Ph. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP gén.* 2016, n°12, 318 ; Ch. Bigot, note sous Cass. AP, 25 oct. 2019, n° 17-86.605, *JCP gén.* 2019/48, 1223. ↵
67. Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n°6. ↵
68. *Op. cit.* p. 121 et s. ↵
69. P. Murat, « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? », dans B. Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 793. Egalement, V. Larribau-Terneyre, « Libre propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Lexisnexis 2015, p. 279. ↵
70. P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif (note sous CE Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n°396848) », *RFDA* 2016/4 p. 754. ↵
71. Voir par ex. un dossier récent de la revue Droit social qui comprends quatre contributions consacrées aux droits fondamentaux et qui ne font guère écho à la critique civiliste (*Dr. Soc.* 2019/6 p. 503 etc.). ↵
72. Ch. Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC* 1991/7 p. 435. ↵
73. R. Libchaber, « Le dépassement du droit civil » in F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Lextenso, Coll. Contextes, 2018, p. 243. ↵
74. Des entrées en matière : X. Dupré de Boulois et M. Kaluszinski, *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, L.G.D.J, Droit et société, 2011 ; E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007. ↵
75. *Op. cit.* ↵

76. B. Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D* 2011 p. 897. ↵
77. Par ex. : Y. Lequette, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », préc. ↵
78. J.-L. Harouel, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Desclée De Brouwer, 2016. ↵
79. F. Terré, « Destinée du Code civil », *JCP gén.* 2004, n°52, doc. 193. Également, Y. Lequette, art. préc. aux mélanges J. Héron. ↵
80. B. Mathieu, « De l'objectif au subjectif : les droits et libertés ont-ils fait oublier l'intérêt général ? », *Politéia* 2016/30 p. 279. ↵
81. 25 octobre 2016, Toulouse. ↵
82. 17 janvier 2019, Nanterre. ↵

Xavier Dupré de Boulois, «La critique doctrinale des droits de l'homme»
RDLF 2020 chron. n°38 (www.revuedlf.com).