



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

Université Nancy 2

ECOLE DOCTORALE « LANGAGES, TEMPS ET SOCIETE »

Laboratoire d'histoire des sciences et de philosophie (UMR 7117)

Convention de cotutelle avec l'Université Libre de Bruxelles

Centre Perelman de philosophie du droit

Doctorat de philosophie

**Procès et sociabilité
en matière de droits de l'homme :**

*Analyse institutionnelle, épistémologique et argumentative des
fondements et des techniques de protection des droits de l'homme au
Conseil de l'Europe.*

Jean-Claude K. Dupont

*Thèse en cotutelle dirigée par
MM. Pr. Gerhard Heinzmann et Pr. Benoît Frydman*

Soutenue le 05 décembre 2009

Résumé

J'examine les conditions de transposition du modèle de la « communauté épistémique » au domaine de la délibération et des évaluations pratiques. Je réponds ainsi à la question suivante : *comment les droits de l'homme acquièrent-ils une signification objective dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme ?* Dans la première partie (analyse institutionnelle), je montre que la « sociabilité » est le premier enjeu de la protection des droits de l'homme au Conseil de l'Europe (ch. 1). Cet objectif de « sociabilité » n'est pas étranger à la question de leur « signification objective » car, au minimum, l'effectivité du système européen est suspendue à la réalisation d'un « ordre public » en la matière (ch. 2). Dans la deuxième partie (analyse épistémologique), je montre qu'une perspective épistémique sur les droits fondamentaux permet de rendre compte de l'effectivité (« praticabilité », rationalité) du système européen mais suppose le développement d'un critère dynamique (« d'acculturation ») de la rationalité d'un système de droit international (ch. 3) ainsi qu'un modèle épistémologique dans lequel « l'acceptabilité sociale » vaut comme instance d'adjudication rationnelle, et non seulement d'acceptation empirique, d'une définition des droits (ch. 4). Je teste, dans la troisième partie (analyse argumentative), les conditions de réalisation d'une telle « communauté épistémique » à la Cour européenne des droits de l'homme à travers l'analyse critique du contrôle des ingérences par les juges européens (ch. 5). Je défends enfin la valeur opératoire d'une théorie philosophique de l'argumentation pour la protection des droits de l'homme en Europe (ch. 6).

Mots clés :

droits de l'homme – Conseil de l'Europe – proportionnalité – balance des intérêts – philosophie du droit – épistémologie pratique – délibération – argumentation – rhétorique – interprétation – réfutation – justification

Summary

I consider the conditions of adaptation of a model of « epistemic community » to the field of practical deliberation and evaluations. By doing so, I am able to answer the following question: *how do human rights acquire an objective meaning within the system of the European Convention of Human Rights?* In the first part (institutional analysis), I show that “sociability” is what is primarily at stake in the protection of human rights within the Council of Europe (ch.1). This goal of ensuring “sociability” is not foreign to the issue of the “objective meaning” of human rights, for in that regard, the mere efficiency of the European system depends on the implementation of a “public order” in the field of human rights (Ch. 2). In the second part (epistemological analysis), I show that an epistemic perspective on fundamental rights allows one to account for the efficiency (“practicability”, rationality) of the European system, but that it presupposes the development of both a dynamic criterion (“acculturation”) for the assessment of the rationality of an international system of rights (ch. 3) and of an epistemological model in which “social acceptability” would not only serve as a benchmark for the empirical acceptance of a definition of rights but also as a benchmark for their rational adjudication (Ch. 4). In the third part (argumentative analysis), I test the conditions in which such an “epistemic community” is carried out by the European court for human rights, through a critical analysis of the way European judges deal with interferences in human rights (Ch. 5). Eventually, I defend the operating value of a philosophical argumentation theory for the protection of human rights in Europe (Ch. 6).

Key Words:

Human Rights – Council of Europe – Proportionality – Balance of interests – Legal Philosophy – Practical Epistemology – Deliberation – Argumentation – Rhetoric – Interpretation – Refutation – Justification

Table des matières

Résumé	2
Summary	3
Table des matières.....	4
Table des figures et des tableaux.....	8
Figures.....	8
Tableaux.....	8
Remerciements	9
Introduction générale.....	10
Thèse	11
Objet	17
Méthode.....	22
Plan	25
PREMIERE PARTIE : ANALYSE INSTITUTIONNELLE	27
Chapitre un. Droits de l'homme, sociabilité des Etats : deux enjeux du projet européen.	28
1. Lier droits de l'homme et sociabilité internationale : une hypothèse axiologique, ou non, sur les droits ?	31
Les droits de l'homme : entre jusnaturalisme et positivisme ?.....	32
Entre valeurs et contraintes : l'écueil culturaliste.....	34
Les droits de l'homme comme construction politique.	37
2. Le fondement des droits de l'homme dans la « volonté » des Etats	40
Les droits de l'homme : une problématique nationale.	41
L'union plutôt que la fédération : « l'ordre public » comme enjeu	44
Renouer avec une conception axiologique des droits ? L'hypothèse moniste.....	48
3. « L'ordre public » par les contraintes et non par les valeurs ?	50
Les « moyens » du droit international : se départir du regret civiliste.....	51
1ère étape : les principes généraux de procédure en droit international.	54
2ème étape : la construction des obligations en matière de droits de l'homme.	57
3ème étape : L'applicabilité des droits de l'homme dans l'ordre international.	62
Conclusion.	66

Chapitre deux. Les droits de l'homme, instruments des relations internationales ?.....	69
1. L'explication « courte » de la CEDH à l'épreuve de la complexification des relations internationales.	72
L'explication "courte" : les horreurs de la guerre et le communisme.....	73
Un élément de complexification : la mutation des relations internationales.	79
2. Les droits de l'homme comme enjeux des comportements contractuels des Etats.	85
Un projet d'ingénierie des relations internationales ?	86
La négociation de la CEDH : l'explication par le « balancing »	91
La « praticabilité » de la CEDH à l'aune du ralliement des Etats	96
3. L'acceptabilité de la Convention par les Etats : limite ou garantie de succès ?	101
Conclusion.	108

DEUXIEME PARTIE : ANALYSE EPISTEMOLOGIQUE.....112

Chapitre trois. Une sociabilité fondée sur le conflit des revendications.....	113
1. Un changement de paradigme dans l'appréhension des relations internationales.	118
La CEDH : un design rationnel ?	120
Juger de la rationalité du « contrôle social »	124
Retour sur la rationalité d'une mise en œuvre des droits de l'homme	133
a. Le droit comme pratique langagière et « communication ».....	134
b. Le droit comme « acculturation ».....	137
c. Quelle approche, ou méthode d'analyse ?	140
conclusion intermédiaire	143
2. Questionner le « procès » en matière de droits de l'homme.	145
Se garder de tout maximalisme juridictionnel ?.....	146
a. Le niveau universel, simplement supplétif ?.....	148
b. La spécificité des modes de mise en œuvre des droits de l'homme.....	151
Approche descriptive et quantitative de la jurisprudence européenne	157
a. Description du processus européen de contrôle de l'effectivité des droits de l'homme	159
b. Procédures d'admissibilité et traitement des requêtes.	166
c. Le traitement des incertitudes concernant les droits de l'homme.	172
Synthèse.	180
Conclusion.	182

Chapitre quatre. Monter des revendications à la communauté. Une épistémologie.....	184
1. Des croyances individuelles à la connaissance : le modèle d'une « communauté épistémique ».	188
Le concept de « croyance » en épistémologie	188
a. Un concept épistémique (vs. psychologique) de la « croyance ».	189
b. La croyance comme contenu propositionnel.....	190
c. Un concept propédeutique (vs. heuristique) de la justification.	192
La communauté épistémique entre les « croyants »	194
a. Délimiter la « communauté épistémique ».	194
b. L'agrégation des croyances, un enjeu « saltationniste »	197

La « communauté épistémique », communauté idéale ou empirique ?.....	201
a. Le « collectif de pensée ».....	202
b. La « communauté officielle ».....	205
Synthèse sur la notion de « communauté épistémique ».....	208
2. Une « communauté épistémique » aussi pour la délibération ? Une épistémologie pour le « domaine de l'argumentation ».....	210
disciplines descriptives <i>vs.</i> disciplines normatives.....	210
L'aporie de « l'auditoire » comme critère de rationalité :.....	216
Les deux conditions d'une théorie philosophique de l'argumentation.....	222
a. La structure des arguments.....	223
b. La relation argumentative.....	227
3. La « communauté épistémique » dans le cadre du procès et de la délibération sur les droits de l'homme.....	232
L'incidence épistémique des controverses.....	233
Légitimité de la controverse en matière de droits de l'homme.....	238
« L'opposabilité » des droits de l'homme : <i>contra</i> Peter Haas.....	243
a. Position du problème.....	243
b. La forme d'une « communauté épistémique » pour les droits de l'homme opposables (DHO).....	246
Conclusion.....	255

TROISIEME PARTIE : ANALYSE ARGUMENTATIVE257

Chapitre cinq. Argumenter pour s'imposer et vivre sans trop de liberté ?.....258

1. Les figures variables du procès : formes et finalités de la confrontation judiciaire.....	262
Approche subjective (<i>vs.</i> objective) d'un contentieux.....	264
Deux exemples "composites" de contentieux.....	269
Le cas des droits de l'homme en Europe.....	273
2. Les droits de l'homme doivent-ils composer avec les nécessités démocratiques ?.....	279
La quête d'optimalité à la Cour européenne.....	281
Discussion des critiques de la proportionnalité.....	287
Un gain de rationalité par un abaissement de la finalité du contrôle ?.....	290
a. Le gain de rationalité du point de vue des débiteurs de droit et de la sécurité juridique.....	290
b. Le gain de rationalité du point de vue des bénéficiaires de droits et de l'équité.....	298
i. Un contrôle injuste et trivial des ingérences dans les droits de l'homme ? ...	298
ii. La liberté d'interprétation des juges européens.....	301
iii. Limitations du contrôle et effectivité des droits.....	307
Conclusion.....	311

Chapitre six. Une forme éristique de sociabilité ? Structure et efficacité des arguments.317

1. Structure des rapports concurrentiels dans les débats sur les droits de l'homme en Europe.....	320
Une logique opératoire du raisonnement de proportionnalité ?.....	322

configuration « arithmétique » de la proportionnalité (R. Alexy).....	326
a. Structure du raisonnement de proportionnalité	327
b. Deux « lois », matérielle et épistémique, de la proportionnalité	329
c. Traduction dans le contexte européen	334
Configuration dialogique du « procès » en matière de droits de l'homme.	340
2. « L'adjudication » des raisons à la Cour européenne. Approche argumentative et rhétorique.	346
Sortir du paradoxe de « l'adjudicateur-challenger »	348
Application au contexte européen	351
a. Se poser en adjudicateur rationnel : stratégies d'invention	351
b. Le cas particulier des juges : « l'adjudication rationnelle » dans la décision	355
c. Poser l'autre comme « adjudicateur rationnel » ? Stratégies de réfutation à la Cour européenne.	363
i. Modifier « l'efficacité » des arguments : une manière de raisonner ?	364
ii. Deux stratégies « quelconques » de réfutation dans les opinions dissidentes.	367
Conclusion	378
Conclusion générale.	382
Résultats.....	388
i. résultat 1 : un état de convergence théorique	389
ii. résultat 2 : une valeur épistémique de la réfutation	391
iii. résultat 3 : différenciation des « rôles » dans la controverse sur les droits de l'homme	394
Arrêts cités.....	399
Références bibliographiques	405

Table des figures et des tableaux

FIGURES

Figure 1 : carte du Conseil de l'Europe.....	20
Figure 2 : représentation schématique des relations entre légalité et sociabilité en droit international.....	65
Figure 3: la corrélation entre régime politique et soutien à la CEDH.....	94
Figure 4 : premiers soutiens à la Convention et régime politique (signature et ratification)	97
Figure 5 : soutien à la Convention selon la rapidité de sa mise en œuvre en droit interne	99
Figure 6 : temps moyen entre la signature de la Convention et sa mise en œuvre en droit interne (en mois).....	100
Figure 7 : Représentation des stratégies de mise en œuvre des engagements interétatiques.	162
Figure 8 : évolution du nombre d'arrêts rendus par la Cour européenne.	164
Figure 9 : une réponse très limitée aux incertitudes exprimées par les bénéficiaires de droits. .	165
Figure 10 : une bonne réponse aux requêtes jugées admissibles.	166
Figure 11 : schéma du traitement d'une affaire devant la Cour européenne (www.echr.coe.int)	168
Figure 12 : le modèle ECT de la communauté épistémique (P. Haas).	247
Figure 13 : modèle de la communauté épistémique pour les DHO.	252

TABLEAUX

Tableau 1 : les différents modes de formation en droit international	106
Tableau 2 : typologie des modes de contentieux, dont européen des droits de l'homme (EDH).	277
Tableau 3 : Principaux arguments des juges dans l'arrêt <i>Pretty</i>	306
Tableau 4 : différenciation des rôles dans les débats sur les droits de l'homme en Europe.	396

Remerciements

Faire une thèse est un travail ingrat... pour tous les autres !

Plus je me suis approché de son dénouement, plus je me suis senti convaincu d'aboutir au résultat personnel d'un processus collectif.

Résultat d'années de formation dont il me serait difficile de reconnaître à sa juste valeur ce que je dois à mes professeurs et à mes condisciples. Je mentionnerai simplement ma dette à la Pr. Nanine Charbonnel, pour ses encouragements précoces.

Résultat, aussi, d'années de collaboration au regard desquelles je me sens redevable d'une reconnaissance plus explicite. Je veux exprimer ici ma reconnaissance aux personnes avec qui j'ai eu l'occasion de travailler à Bruxelles, d'abord et à Paris, ensuite. Je pense, par ordre chronologique, aux membres du Centre de théorie politique de l'ULB, à son directeur, le Pr. Jean-Marc Ferry, qui m'a permis de m'initier à la vie académique et très personnellement à Virginie Pirard, avec laquelle j'ai partagé plus qu'un bureau. Je ne saurais oublier de mentionner tous les membres du Centre Perelman de philosophie du droit grâce auxquels je peux parler *du* droit, dans un profond respect pour la matière et une véritable autonomie philosophique. Je veux enfin saluer mes collègues parisiens, Vincent Guillin, Marc Kirsch et Aude Bandini. Je déroge à la galanterie car c'est dans cet ordre qu'ils m'ont permis de compléter ce qui manquait à ce travail avant de les rencontrer : l'assurance que la pratique philosophique peut être collaborative, que l'épistémologie peut être sociale et que la discussion peut être épistémique ; tout cela, bien sûr, en s'amusant !

Ma thèse n'aurait pas été sans soutiens. Soutien de la part de mes directeurs, le Pr. Gerhard Heinzmann depuis qu'il m'a envoyé en Allemagne en 2001, le Pr. Benoît Frydman depuis qu'il m'a accueilli à Bruxelles en 2002. Ni l'un ni l'autre n'ont considéré leur tâche comme achevée après le DEA et je les en remercie. Un soutien a beaucoup compté aussi dans ma vie de jeune chercheur : celui de la Pr. Anne Fagot-Largeault, parce que j'ai appris à questionner le « normal ». Les soutiens de la recherche ne sont pas que personnels : le Fonds National belge de la Recherche Scientifique m'a soutenu par l'attribution d'un mandat d'Aspirant et le Collège de France par la possibilité d'y travailler comme ATER.

Si, dans ce processus collectif, certains collègues sont devenus des amis, des amis sont devenus des collègues : Valérie Gateau et Fabrice Gzil se reconnaîtront. Pour ma famille et tous ceux qui ne sont pas devenus des collègues mais sont restés des amis, le mérite n'en est que plus grand. Et le mérite d'une seule ne peut être tu car il occulte celui de tous les autres : Marie, merci.

Ce travail est pour toi, et pour notre fils.

Introduction générale

« [...] si les personnes habitaient un monde accepté comme allant de soi, si elles étaient travaillées et dominées par des forces s'exerçant sur elles à leur insu, on ne pourrait comprendre ni le caractère éminemment problématique de l'environnement social que révèle l'inquiétude permanente de la justice, ni la possibilité même de la remise en cause et de la critique¹. »

On connaît l'hypothèse de Jean-Jacques Rousseau selon laquelle la sociabilité des hommes trouverait son fondement dans une forme de crédulité : « *Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile*². » On considérera peut-être que c'est là aller vite en besogne et ignorer d'autres ressorts possibles de la sociabilité parmi lesquels la crainte, le conformisme ou même (pourquoi pas ?) la bonne volonté des membres...

Je m'attache dans cette étude à l'hypothèse du fondement de la « sociabilité » dans la croyance moins la simplicité d'esprit, c'est-à-dire à l'idée que tant l'existence que l'efficacité de certains faits sociaux reposent sur un type particulier de croyance, une croyance qui est « rationnelle » car on aura des « raisons » de l'accorder ou de la refuser, de l'augmenter ou de la diminuer. Contre la crainte ou la coercition, cette hypothèse postule que la vie en société requiert l'adhésion des « personnes » vis-à-vis des règles qu'elles doivent observer ; cette adhésion se

¹ Luc Boltansky, *L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Métailié, 1990, p. 50.

² Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, (1755), Paris, Flammarion, coll. "GF", 1992, p. 222.

traduit en termes « d'acceptabilité » tant dans le moment de l'élaboration que dans celui de l'application des règles de comportement en société, particulièrement des règles de droit. L'atavisme ou le conformisme ne suffisent pas non plus à résumer tout le processus (cf. citation en exergue) : au contraire, les membres de la « société civile » doivent avoir, et produire, de *bonnes raisons* de croire en l'autorité des conventions qui les régissent, raisons par lesquelles les opinions individuelles peuvent être discutées ou critiquées et les croyances qui les constituent se trouver renforcées ou révisées. Par ailleurs, l'hypothèse d'un fondement de la sociabilité dans des croyances « rationnelles » promet de conférer aux liens de sociabilité une *inertie* et une *réciprocité* à même de les préserver des fluctuations de la seule bonne volonté et de leur garantir à la fois une forme de stabilité et une certaine prévisibilité.

THESE

J'entends décrire, sur cette base, une approche « épistémique³ » de la sociabilité qui se définit par une conception de la coexistence pacifique sur la base de « croyances » individuelles éprouvées et validées collectivement. Ce point de vue « épistémique » prend le contrepied de « stratégies de fondement » en vertu desquelles la justice ou la rationalité d'une organisation sociale dépendent de principes ou d'axiomes dont on peut démontrer la valeur d'objectivité pour ensuite en déduire les règles d'une fondation rationnelle de la société civile. Un tel « cartésianisme politique » (E. Gilson) est incompatible avec la perspective adoptée dans cette étude. Je montre qu'il est intenable en pratique (*infra*, ch. 1) et qu'il est intenable en théorie (*infra*, ch. 4). Il ne s'agit pas, cependant, de relativiser la « rationalité » des règles de sociabilité aux contextes sociaux dans lesquels elles se trouvent établies. *Je veux au contraire documenter et justifier, au niveau de la théorie du droit, la thèse selon laquelle l'approche épistémique de la sociabilité (fondée sur le concept de « croyances rationnelles ») constitue une voie médiane entre le formalisme d'une fondation axiomatique et le culturalisme d'une fondation essentialiste des ensembles sociaux.*

³ Le terme « épistémique » désigne ce qui est relatif à la formation des croyances, étant entendu que j'assume dans cette étude une définition de la connaissance comme une forme particulière de croyance (certitude). Autrement dit, une approche « épistémique » ne distingue que des degrés de croyance et décrit toute activité (scientifique, juridique) comme une activité visant la formation de croyances (ou pratique doxastique).

Un bras de cette alternative, le formalisme, présente l'avantage d'explicitement une forme de la sociabilité indépendante des différences entre ses différentes réalisations juridiques. L'autre bras, le culturalisme, insiste avec raison sur le caractère interpersonnel des réalisations sociales et sur l'illégitimité de les réduire à un ensemble de règles indépendantes des valeurs et des convictions sur la base desquelles se définit l'identité collective d'un groupe social. Je défends dans cette étude qu'une approche épistémique des ensembles sociaux peut être développée qui, à la fois, permet de conserver l'exigence rationaliste d'une comparabilité des structures sociales (modèle logique du droit comme système de contraintes normatives) et l'exigence pragmatique de l'assise de tout système juridique dans des relations interpersonnelles spécifiques (modèle relationnel du droit comme culture).

Une conception épistémique du droit vise à rendre compte de l'articulation de ces deux dimensions, normative et interpersonnelle, sous le régime d'un processus dynamique qu'on peut désigner par commodité sous le terme « d'acculturation ». Un tel terme présente bien des inconvénients ; les anthropologues tendent à en condamner l'ethnocentrisme et les sociologues, à le relier à une forme d'instance de prédétermination de nos croyances. Je le retiens néanmoins car il s'affirme progressivement dans la littérature pertinente pour cette étude (*infra*, ch. 3) et permet d'apercevoir nettement les dilemmes pratiques et politiques qu'une conception « épistémique » du droit nous oblige à affronter. Selon Richard Rorty,

Our acculturation is what makes certain options live, or momentous, or forced, while leaving others dead, or trivial, or optional. We can only hope to transcend our acculturation if our culture contains (or, thanks to disruptions from outside or internal revolt, comes to contain) splits which supply footholds for new initiatives [...] So our best chance for transcending our acculturation is to be brought up in a culture which prides itself of *not* being monolithic – on its tolerance for a plurality of subcultures and its willingness to listen to neighboring cultures.⁴

Cet extrait permet de distinguer deux enjeux relatifs à « l'acculturation » : tout d'abord (*contra* formalisme), il s'agit de distinguer une situation de départ qui

⁴ Richard Rorty, *Objectivity, Relativism and Truth*, (1991), Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 13-14.

s'impose à tout système en vertu de laquelle aucune « sociabilité » entre les personnes n'émerge d'une table rase ; ensuite (*contra* culturalisme), une condition « d'ouverture » ou de pluralisme du système est nécessaire sans laquelle on ne pourrait s'affranchir des déterminations initiales pour introduire des modifications (progresser ?) dans le processus de « socialisation ».

J'entends (parce que c'est dans cette acception qu'il s'impose dans la littérature pertinente) le terme « d'acculturation » non dans le seul sens d'un héritage culturel, d'une situation de départ, mais essentiellement dans le sens d'un processus continu *d'intégration* des croyances individuelles au sein d'un collectif *et de mise à l'épreuve* de ces croyances au regard de leur « acceptabilité sociale » dans ce collectif. Il ne s'agit plus dès lors de se demander seulement quelles sont les « options » disponibles au sein d'un groupe social, mais comment cette situation de départ peut évoluer par l'émergence de « nouvelles initiatives », et si elle peut évoluer de manière rationnelle, c'est-à-dire sur la base d'une évaluation objective des options en concurrence. Un traitement « épistémique » de tels processus d'acculturation repose sur la prise en compte de deux questions principales :

- *premièrement*, qu'est-ce que cela signifie pour une « croyance » ou une « opinion » individuelle de valoir comme une « option » plausible au sein d'un groupe social ?
- *deuxièmement*, qu'est-ce que cela signifie pour une « option », c'est-à-dire pour une « croyance » acceptée collectivement, d'être souhaitable, triviale ou indifférente socialement ?

La première question touche à la possibilité de distinguer dans « l'acceptabilité sociale » d'une « nouvelle initiative » une instance d'adjudication collective des contenus de croyance individuels ; la deuxième touche à la possibilité de qualifier rationnellement cette instance d'adjudication collective, c'est-à-dire d'y distinguer une forme de délibération incluant une discussion rationnelle sur les critères de choix entre différentes options (selon l'utile, le préférable, l'optimal, l'efficace, etc.).

Ce faisant, je défends la thèse philosophique que la « sociabilité épistémique » des personnes, c'est-à-dire la description d'un processus de socialisation à l'œuvre dans le mouvement critique d'appropriation collective des contenus de croyance individuels,

peut être traitée du point de vue d'une épistémologie. Ceci consiste à affirmer, contre le formalisme, que la validité d'une thèse juridique ne s'apprécie pas seulement à l'aune d'une *logique* (via la possibilité, ou non, de la déduire rationnellement d'un système de normes valides) mais aussi matériellement, à l'aune d'une conception sociale de la rationalité pratique. Ceci revient par ailleurs à affirmer, contre le culturalisme, que la validité d'une « croyance » est le résultat d'un processus d'adjudication rationnelle qui porte sur sa « plausibilité » à l'intérieur d'un système de contraintes épistémiques irréductibles à de simples valeurs, ou contraintes axiologiques, qu'une *éthique* prétendrait dégager, soit en décrivant le système des valeurs admises dans une société donnée (éthique descriptive), soit en décrivant un système de contraintes morales ou déontologiques (éthique normative).

L'épistémologie des sciences dispose d'un modèle de sociabilité fondé sur les relations épistémiques qui s'établissent entre les savants dans le mouvement de constitution d'une « science ». Ce modèle vise à rendre compte de l'émergence, entre eux, d'un état de « *communauté épistémique* » à travers les procédures d'accord entre les hypothèses et théories concurrentes avancées par les participants aux débats scientifiques. La question que je pose dans cette étude porte sur la possibilité et les modalités d'une transposition au domaine pratique d'un tel modèle où les procédures visant à gérer les incertitudes dans un contexte non plus scientifique mais délibératif peuvent être traitées comme des instances d'une « adjudication rationnelle » (J. B. Freeman) des opinions ou « convictions » individuelles. J'en traite comme d'une question « d'épistémologie sociale⁵ », c'est-à-dire fondée sur une définition de la rationalité comme la résultante d'un processus collectif régulant l'acceptabilité des croyances individuelles, mais dans le contexte spécifique d'une « épistémologie pratique », c'est-à-dire d'une réflexion portant sur la rationalité ou la validité des choix qui ne peuvent être appuyés sur des méthodologies scientifiques (quantifications) mais sur des interprétations ou des

⁵ Voir, pour le contexte anglo-saxon, Steve Fuller, *Social Epistemology*, (1988), Bloomington, Indiana University Press, 2002, ou Frederick F. Schmidt (Ss. Dir.), *Socializing Epistemology. The Social Dimensions of Knowledge*, Boston, Rowman & Littlefield, 1994, par ex. Pour le contexte européen, voir Alban Bouvier, Bernard Conein (Ss. Dir.), *L'épistémologie sociale. Une théorie sociale de la connaissance*, Paris, éd. de l'EHESS, coll. "raisons pratiques", 2007, ou Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2004, p. 27 et suivantes.

argumentations concurrentes (évaluations). Confrontée à celles-ci, l'épistémologie pratique entend répondre à cette question :

Mais *pour quoi faire*, ces constructions ? Pour nous aider à comprendre, sans doute, les ressorts ou les significations cachés du comportement humain ; mais comment vérifions-nous que les mécanismes ou les sens proposés sont les bons ?⁶

La réflexion que je propose s'insère dans un débat large en philosophie qui trouve des développements importants dans le contexte anglo-saxon. Je m'attache cependant à en distinguer une formulation particulière dans le contexte européen, tant au niveau des sources théoriques que des pratiques délibératives. Au niveau des sources, j'entends défendre l'existence d'un traitement épistémologique (et non seulement logique ou éthique) de « l'engagement » ou de la « responsabilité » d'un locuteur lorsqu'il argumente pour justifier une opinion et la rendre acceptable par ses interlocuteurs. Cette « stratégie d'engagement » traduit l'ambition épistémique de conférer à une thèse particulière une plausibilité plus forte qu'à d'autres thèses elles-mêmes acceptables mais concurrentes. Cette « stratégie d'engagement » s'oppose à toute ambition axiomatique visant à contraindre l'adhésion d'un auditoire à une thèse particulière par la disqualification des thèses concurrentes. Cette opposition entre « stratégie d'engagement » et « stratégie de fondement » a été développée en philosophie des sciences par Ferdinand Gonseth :

L'intention dominante d'une stratégie de fondement est de dégager une situation de connaissance- α , une situation qui ne comporte que des connaissances absolument et définitivement sûres, – et d'en tirer le reste par des procédures d'une égale sécurité. L'axiomatique offre, semble-t-il, la mise en œuvre modèle d'une telle stratégie.

[...] La stratégie idonéiste ne prend pas une situation- α comme situation de départ ; elle s'accommode, au contraire, d'une situation initiale en somme quelconque. Les procédures qu'elle met alors en œuvre n'en sont pas moins capables d'assurer le progrès de la connaissance. Par opposition à une stratégie

⁶ Jean-Claude Gardin, *La logique du plausible. Essais d'épistémologie pratique en sciences humaines*, (1981), Paris, éd. de la Maison des Sciences de l'Homme, 1987, p. 10.

de fondement, on pourrait l'appeler une stratégie d'engagement et de cheminement.⁷ (je souligne)

La transposition de cette conception « idonéiste » de la rationalité dans le domaine pratique est problématique pour deux raisons principales :

- le premier écueil d'une telle transposition est relatif aux méthodologies employées dans l'un et l'autre domaine : tandis que les méthodes scientifiques s'appuient sur une ambition d'objectivité, une telle pierre de touche du jugement collectif sur les croyances semble faire défaut dès lors que la plausibilité d'une thèse se trouve seulement étayée par des interprétations et des argumentations concurrentes. N'y a-t-il pas là un élément d'affaiblissement de nature à contrarier toute ambition épistémologique dès lors que l'appropriation (ou le caractère « idoine ») d'une thèse à une situation donnée ne peut être assise sur aucun élément « objectif » mais seulement sur des évaluations qualitatives (en termes de valeurs, de cohérence, de pertinence) ?
- le deuxième écueil touche au statut de « l'évidence » dans l'un et l'autre domaine. En matière scientifique, « l'évidence » peut être vue comme un cas-limite de la méthode scientifique où l'accord des chercheurs entre eux se trouve forcé par la référence à un élément empirique qui impose un point d'arrêt à la discussion (« fait vérificateur ») ; le danger de « l'évidence » dans ce contexte touche au fait qu'elle peut masquer la dimension sociale des concepts et des théories scientifiques (dont la notion même de « fait »). En matière de délibération, « l'évidence » constitue elle-même un cas-limite où l'acceptation sociale d'un contenu de croyance est acquise indépendamment de tout argument. Cela signifie-t-il que les contenus de croyance sont évalués en dernière instance en fonction des valeurs, de l'idiosyncrasie d'un groupe social ? Une délibération rationnelle peut-elle s'établir par-delà la « normalité » des croyances ou des préférences dans une société ?

Je réponds à la première question en montrant que la délibération sur des « options » alternatives ne repose pas sur une discussion « libre » (spontanée, désordonnée) mais implique la mise en œuvre de méthodes d'évaluation des

⁷ Ferdinand Gonseth, "Stratégie de fondement et stratégie d'engagement", *Dialectica*, 22-(3-4), 1968, p. 175.

« croyances » en contexte d'incertitude qui imposent une « structure » aux argumentations concurrentes et permettent la comparaison des « options » envisageables. Je réponds à la seconde question en établissant que le débat ou la controverse dans le domaine pratique impliquent des résultats épistémiques qui se manifestent à travers une modification de « l'acceptabilité sociale ». Autrement dit, la concurrence des « options » ou des « opinions » ne se limite pas à une articulation différentielle des accords préexistants dans une société, mais emporte un changement dans leur définition, voire une « quête des fondements » (C. Perelman) lorsque la légitimité de ce qui apparaît comme « normal » dans une société se trouve questionné.

OBJET

Il serait curieux de proposer une transposition *in abstracto* d'un modèle épistémologique qui se caractérise par l'intérêt qu'il porte à la description des progrès de la connaissance dans les différentes disciplines scientifiques : la représentation de la sociabilité entre chercheurs sur le modèle d'une « communauté épistémique » émerge dans le cadre d'une réflexion sur la constitution des connaissances en médecine tandis que Ferdinand Gonseth assied sa conception idonéiste de la science sur un examen approfondi des mathématiques (*infra*, ch. 4). Ce souci de la pratique est constitutif de la perspective épistémologique dans laquelle j'inscris cette étude :

Dans une stratégie d'engagement et de cheminement, [...] la garantie d'un énoncé lui vient d'avoir été et de rester engagée dans l'activité de recherche. Elle s'éprouve constamment à nouveau en demeurant engagée dans la poursuite de cette activité. Toute affirmation reste donc anticipatrice du maintien de sa validité, reste en attente de la confirmation qu'elle pourra trouver en de nouvelles circonstances.⁸

Je propose de confronter l'idée d'une « communauté épistémique » ou rationnelle dans le domaine de la délibération à la question du développement et du progrès du droit, discipline fondée, s'il en est, sur une pratique normative, herméneutique et argumentative. Je considère dans cette perspective épistémique le cas du développement d'un système de protection des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe. L'opposition de « croyances »

⁸ Gonseth, "Stratégie de fondement et stratégie d'engagement", op. cit., p. 176.

contradictoires sur la signification et la portée des droits de l'homme crée-t-elle les conditions d'une « sociabilité » européenne et peut-on distinguer une « stratégie d'engagement », une rationalité pratique, à l'œuvre dans le mouvement d'application du droit européen des droits de l'homme ?

La protection des droits de l'homme en Europe repose sur un système articulé autour d'un énoncé des droits dans la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*⁹ et d'une Cour européenne des droits de l'homme établie à Strasbourg. *Trois facteurs, au moins, témoignent de l'importance de cette protection.* Un facteur juridique, tout d'abord, à savoir le nombre de droits garantis. Le document de 1950 en recense treize à lui seul, du « droit à la vie » (art. 2) à « l'interdiction de discrimination » (art. 14). S'ajoutent encore à ces droits un certain nombre acquis par l'adjonction de Protocoles additionnels. Au total, le système européen de protection des droits de l'homme engage les Etats membres du Conseil de l'Europe à respecter vingt-sept droits garantis, sans compter la possibilité, toujours ouverte, de l'adjonction de nouveaux droits. Je mentionnerai dans cette étude deux évolutions importantes à ce niveau : l'évolution des Etats européens vers une interdiction de la peine de mort « en toutes circonstances » et l'évolution du mécanisme de mise en œuvre vers un mécanisme exclusivement judiciaire par rapport à tout autre moyen politique ou diplomatique.

Un deuxième facteur attestant de l'importance de la protection des droits de l'homme en Europe est géopolitique et démographique. Au moins dans un premier temps, les Etats signataires de la Convention sont ceux-là même qui l'avaient conçue et préparée. D'autres Etats se sont ensuite ralliés à ses dispositions, particulièrement dans le mouvement d'élargissement du Conseil de l'Europe dans les années 1990, suite au démembrement du bloc de l'Est. Il est ainsi possible de distinguer, entre les périodes 1950-1975, 1976-1990 et 1991-2006, trois phases, que l'on peut dire respectivement de *polarisation*, de *consolidation* et d'*incorporation*¹⁰, dont chacune représente 39%, 11% et 50% des

⁹ Je cite le titre complet de l'instrument européen afin de mentionner les majuscules qui y figurent. Je tiens ces accentuations pour des conventions et opte pour une forme de neutralité de langage en les supprimant et en parlant indifféremment de 'droits de l'homme', de 'droits fondamentaux' ou de 'libertés' (fondamentales, individuelles, etc.).

¹⁰ La première phase, de *polarisation*, concerne les pays fondateurs au premier rang desquels les douze signataires (hormis le cas particulier de la Sarre, qui ratifia la Convention en tant qu'entité indépendante avant d'être réintégrée à la République fédérale allemande) de la Convention, à Rome le 4 novembre 1950 (Allemagne, Belgique, Danemark, France, Islande,

ratifications de l'instrument conventionnel¹¹. Ces observations statistiques donnent l'image d'un système statique sur le plan géopolitique et qui n'est pas, en tout état de cause, voué à une expansion indéfinie. Cette affirmation peut sembler paradoxale au regard de l'élargissement considérable du Conseil de l'Europe au cours de la troisième période. Mais la phase de stabilité précédente ainsi que le contexte particulier qui présida alors à l'incorporation massive de nouveaux Etats membres incitent bel et bien à y voir le résultat d'une nécessité politique. Aujourd'hui, nous sommes en présence d'un système de protection des droits de l'homme inscrit dans un ensemble politique, le Conseil de l'Europe, qui a acquis une stabilité et une cohérence géographiques. Ses frontières s'étendent, en diagonale, de l'Islande à la Turquie et du Portugal à la Russie, à l'exception notable de la Biélorussie¹² (voir carte, *infra* figure 1). L'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe sont désormais « Hautes Parties contractantes » à la Convention européenne, soit 47 pays et « 800 millions d'Européens »¹³, puisque les Etats Parties s'engagent à garantir le bénéfice des droits énoncés « à toute personne relevant de leur juridiction » (art. 1).

Irlande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Turquie et Royaume-Uni) et six pays qui les rallient durant la période. La seconde phase peut être dite de *consolidation* dans la mesure où elle constitue essentiellement un moment où des "lacunes" au sein du Conseil de l'Europe se trouvent comblées par l'adhésion de l'Espagne et du Portugal, du Liechtenstein, de San Marin et de la Finlande. La troisième phase, enfin, est authentiquement une phase d'*incorporation* avec l'adhésion des Etats d'Europe de l'Est (plus Andorre et Monaco).

¹¹ En date de l'adhésion du Monténégro en juin 2006.

¹² La Biélorussie (ou Bélarusse) est, à l'instar des autres pays de l'ex-bloc soviétique, candidat à l'adhésion (12 mars 1993). L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe lui a reconnu le statut d'Invité spécial le 16 septembre 1992, ce qui permettait à ses représentants d'assister aux travaux des institutions européennes en vue d'une adhésion prochaine. Suite à une modification, en 1996, de la Constitution évaluée par les instances européennes comme non-conforme aux principes démocratiques relatifs aux droits de l'homme, à l'Etat de droit et à la séparation des pouvoirs, ce statut fut suspendu en 1997 et ne lui a pas été renouvelé depuis. Voir : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 7699, 21 janvier 1997 (Rapport d'information sur la visite à Minsk de la commission *ad hoc*) et Résolution 1371, 28 avril 2004 (Personnes disparues au Bélarusse).

¹³ Estimation du Conseil de l'Europe après l'adhésion du Monténégro le 6 juin 2006.



Figure 1 : carte du Conseil de l'Europe

Un troisième facteur, enfin, retiendra plus particulièrement notre attention. Il s'agit, dans une certaine mesure, d'un facteur « fonctionnel » car il permet de garantir l'effectivité de la protection mise en place et, donc, à la Convention de remplir sa fonction qui est de « prendre les mesures propres à assurer la garantie collective » des droits consacrés. Ce facteur fonctionnel est relatif à l'institution d'un tribunal chargé de contrôler le respect, par les 47 Etats du Conseil de l'Europe, des engagements contractés par la signature, puis confirmés par la ratification de la Convention¹⁴.

C'est là un point essentiel dans la suite de cette étude : *le contrôle du respect des engagements étatiques en faveur des droits de l'homme s'exerce quasi exclusivement sur l'initiative des bénéficiaires de ces droits*. Autrement dit, la « Cour européenne des droits de l'homme », c'est-à-dire le tribunal institué pour contrôler l'application et garantir la mise en œuvre de la Convention, exerce son office à l'occasion de plaintes que lui adressent des personnes qui s'estiment victimes d'une violation d'un ou plusieurs droits garantis. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ne peuvent ainsi se saisir, de leur propre

¹⁴ La Cour européenne des droits de l'homme propose un site internet très complet (www.echr.coe.int) où l'on peut consulter de nombreux documents et, tout particulièrement, l'ensemble de sa jurisprudence (base de données HUDOC). L'ensemble des arrêts cités dans cette étude peut être consulté librement à l'adresse suivante : <http://www.echr.coe.int/>

initiative, d'une question de droit, ou d'une pratique, potentiellement litigieuse et examiner sa conformité aux dispositions de la Convention. Même dans un cas comme l'euthanasie, qui est une problématique importante dans une grande partie des Etats du Conseil de l'Europe, il fallut attendre l'arrivée d'une plainte émanant d'une citoyenne britannique pour "savoir" si une législation en la matière – qu'elle permette ou interdise l'euthanasie – était, aux yeux des juges européens, conforme à la Convention¹⁵. Il existe bien une autre manière de "mettre en branle" ce mécanisme de contrôle ; il s'agit de « requêtes interétatiques », c'est-à-dire de plaintes formées par un Etat Partie à l'encontre d'un autre Etat Partie, mais elles sont, en pratique, extrêmement rares et leur incidence, relativement ténue. Quoi qu'il en soit, et c'est ce sur quoi je voulais insister d'emblée, les modes de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme témoignent, depuis la première élection des juges en 1959, du caractère « réactif » des modes de contrôle et d'application de la Convention au niveau européen (*infra*, ch. 3). Cet aspect de la protection des droits de l'homme en Europe qui est, rappelons-le, essentiel dans cette étude, peut se résumer ainsi :

- les procédures par lesquelles un contrôle est exercé sur le respect des engagements des Etats européens en faveur des droits de l'homme s'exercent exclusivement lorsque surgit un *conflit*, ou un *désaccord*, entre les parties intéressées au respect de ces droits parce qu'il en va pour elles d'*obligations* (c'est le cas des Etats qui se *défendent* d'une violation devant la Cour européenne) ou de *prérogatives* (c'est le cas essentiellement des bénéficiaires qui forment une *requête* devant l'instance strasbourgeoise) ;
- dans des termes plus juridiques, nous retiendrons que la protection des droits de l'homme envisagée est une *protection juridictionnelle* et qu'elle se réalise par le biais d'une *procédure contentieuse* (elle est mise en œuvre par un tribunal).

Des droits garantis qui sont nombreux et couvrent des matières importantes (telles le droit à la vie, l'interdiction de la torture, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée, etc.) ; des bénéficiaires qui le sont en proportion de la population des Etats liés par la Convention ; un système, enfin, construit pour contrôler le respect des engagements et l'effectivité des protections dispensées. Rien de plus ne doit être dit pour justifier l'importance

¹⁵ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni* (4ème Section), req. n°2346/02, 29 avril 2002.

pratique acquise aujourd'hui par la protection des droits de l'homme au Conseil de l'Europe. Cet objet est intéressant d'un point de vue théorique dans la mesure où il se constitue dans une tension fondamentale entre, d'une part, une forme juridique qui lui confère la nature d'une « convention » ou d'un « traité » dans lequel les Etats européens ont manifesté la « volonté » de s'engager en faveur de contraintes communes et, d'autre part, une matière juridique – les droits de l'homme – réputée véhiculer un contenu normatif irréductible à de simples accords entre plusieurs Etats. *Les droits de l'homme sont reconnus comme intangibles*¹⁶.

METHODE

Dans la perspective épistémologique exposée précédemment, je veux examiner les conditions sous lesquelles cette tension peut être résolue d'un point de vue épistémique, c'est-à-dire du point de vue de l'établissement d'une discussion rationnelle sur les droits. J'aborde le système européen de protection des droits de l'homme à l'aune de deux questions :

- les formes institutionnelles, les modalités de mise en œuvre et les méthodes d'évaluation des revendications individuelles permettent-elles l'émergence d'une discussion rationnelle sur les droits de l'homme en Europe ?
- qu'est-ce que cela nous apprend sur les conditions de rationalité d'une opposition entre les croyances individuelles dans un contexte où les controverses opposent des interprétations et des évaluations pratiques ?

Je réponds à la première question en analysant les méthodes et procédures par lesquelles les incertitudes relatives à la définition et au champ d'application des droits de l'homme se trouvent tranchées dans le contexte européen. Mais je considère toujours cette analyse comme une contrainte pour la réponse à la seconde question, c'est-à-dire à la construction d'un modèle philosophique de la discussion rationnelle sur les droits de l'homme dans un cadre contentieux.

¹⁶ Olivier De Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 15-17 : « Les droits de l'Homme en tant qu'expression et garantie de la liberté à l'état civil, possèdent [...] une position particulière dans l'ordre juridique : ni le législateur, ni d'ailleurs même le constituant ne peuvent y porter librement atteinte. Nous dirons qu'ils possèdent un caractère *intangibile*. »

Pour cette raison, je n'oppose pas modèle philosophique et considérations empiriques. A deux moments seulement, je les développe de manière disjointe : au début de l'étude, j'insiste particulièrement sur les considérations empiriques afin de poser le cadre institutionnel dans lequel une protection régionale des droits de l'homme a émergé en Europe ; dans le ch. 4, je prends le temps d'envisager la série de mouvements conceptuels qu'implique la transposition philosophique d'un modèle de la « communauté épistémique » ou de la croyance rationnelle au contexte pratique en général (impliquant des interprétations et des évaluations) et au contexte judiciaire en particulier (impliquant le conflit des revendications). Dans la majeure partie de l'étude, cependant, je choisis de ne pas distinguer l'analyse philosophique des références à son « objet », mais d'entretenir un mouvement continu entre les deux.

Cette démarche trouve une justification externe dans le fait que cette étude n'est pas celle d'un juriste ; je ne revendique à aucun moment pour mon analyse le statut d'analyse juridique des droits de l'homme en Europe. Pour cette raison, lorsque j'aborde de manière isolée un point technique du système européen, j'entends le faire seulement dans le but de garantir la compréhension du lecteur non familier du droit européen des droits de l'homme ou bien dans le but de répondre à une question préalablement posée et motivée par un intérêt philosophique.

Cette démarche trouve aussi une justification interne dans le fait qu'aucune épistémologie ne saurait se constituer a priori, sans description préalable de son « objet ». C'est un fait acquis pour Ferdinand Gonseth s'intéressant aux mathématiques. Nous verrons que c'est aussi un fait acquis pour la philosophie des sciences qu'elle doit s'attacher aux développements de l'activité scientifique (ch. 4). Gilles-Gaston Granger n'en dit pas autre chose pour la logique qui « n'est jamais que transposition et transposition légitime, naturelle, toujours ouverte et progressive » ; elle « dessine à la fois la *figure de l'objet* en général [...] et les contraintes auxquelles toute *manipulation symbolique* de l'objet est soumise »¹⁷. Or il est question dans cette étude de la « figure » des droits de l'homme en Europe, figure institutionnelle à travers la Convention européenne des droits de l'homme et figure procédurale à travers l'instauration d'un droit de recours des individus devant la Cour européenne ; il est aussi question, par

¹⁷ Gilles-Gaston Granger, *Formes, opérations, objets*, Paris, Vrin, 1994, respectivement p. 30 et p. 9.

conséquent, des « manipulations symboliques » opérées sur les droits de l'homme au moyen d'interprétations, d'argumentations et d'évaluations dans un cadre tel celui du « procès ».

Je propose de distinguer, à travers la transposition de la « communauté épistémique » au domaine de la délibération judiciaire, un « modèle » des conditions de rationalité de ces « manipulations » qui interviennent dans le processus contentieux européen. On opposera à cet égard le « modèle » du « procès » en matière de droits de l'homme, que je présente au ch. 4 et que j'affine dans la conclusion générale, au « schéma » (par ex., le schéma du traitement des affaires dans le ch. 3, *infra* figure 11) :

sera dit « modèle » tout appareil formel qui, par sa mise en place, renvoie le schéma [...] à son niveau fonctionnel [qui consiste à] schématiser des données pour rendre leur manipulation plus aisée [...] [le] modèle [...] permet de travailler la décision comme l'« effet social » d'un certain type de discours.¹⁸

La « décision » dans cette étude est celle des juges européens. J'en traite comme d'un effet des controverses qui s'établissent entre les requérants (les personnes) et les défendeurs (les Etats) à la Cour européenne des droits de l'homme. Je cherche à déterminer quelles conditions de rationalité on peut assigner aux « manipulations » respectives des droits de l'homme par les requérants, les défendeurs et les juges de manière à distinguer, derrière le « procès », l'établissement d'une discussion rationnelle sur les droits de l'homme.

Seulement, si la théorie ne se constitue pas a priori, elle ne peut pas non plus naître « directement par une sorte de génération spontanée du vécu quotidien. Son point de passage obligé est la pratique théorisée. C'est-à-dire les tentatives imparfaites qui tendent à justifier idéologiquement l'existant mais qui, au passage prennent de la distance sur l'objet¹⁹. » Pour cette raison, je veux aussi préciser la méthode que j'ai suivie dans l'élaboration et la justification de ce modèle de la « communauté épistémique » pour le contexte judiciaire. Une telle démarche philosophique ne peut être conçue comme une forme de démonstration dont on peut établir, avec un bon degré de vraisemblance, les étapes de raisonnement par lesquelles il *faut* passer pour estimer la « thèse »

¹⁸ Lucien Sfez, *Critique de la décision*, (1972), Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 41.

¹⁹ Sfez, *Critique de la décision*, op. cit., p. 91.

justifiée. Je crois plutôt qu'il en va d'une démarche de réflexion et de prises de positions dans une série de débats théoriques. Ce parti-pris méthodologique a deux conséquences :

- je documente chaque étape de ma réflexion en convoquant les théories susceptibles de m'aider à « prendre de la distance sur l'objet ». Il ne s'agit pas, dans mon esprit, de reléguer les théories non philosophiques au rang de « tentatives imparfaites » ou de « pratiques théorisées », mais de les traiter comme des éléments déterminant d'un état du savoir en sciences humaines sur l'objet « protection des droits de l'homme en Europe » ;
- je ne construis pas le déroulement de ma thèse par une articulation très détaillée en différents points (1.2.3.1.2, par ex.) car je ne veux pas donner le sentiment d'un cheminement forcé. Je crois qu'une réflexion n'est pas une succession d'étapes obligées ; d'autres étapes auraient certainement pu être envisagées et j'ai essayé de conserver une structure la plus simple possible pour cette étude tout en admettant être justiciable de cette économie.

PLAN

L'enjeu de rationalité dans les « sciences de l'homme » (par quoi j'entends ici les théories qui s'intéressent aux pratiques de délibération, d'interprétation et d'évaluation, comme le droit) « peut être [...] décrit comme transmutation des significations vécues en un univers de significations objectives²⁰ ». Je poursuis cette ambition à travers une tentative de répondre à la question suivante : *comment les droits de l'homme acquièrent-ils une signification objective en Europe ?*

Je distingue trois parties dans la réponse à cette question : premièrement, une partie institutionnelle par quoi j'établis que les droits de l'homme en Europe sont consacrés juridiquement sans définition préalable ; deuxièmement, une partie épistémologique où j'envisage les conditions de réalisation d'un accord rationnel sur la signification des droits dans un contexte contentieux ; troisièmement une partie argumentative, où j'étudie l'incidence de ce modèle contentieux pour la question de la construction et de la rationalité des arguments.

²⁰ Gilles-Gaston Granger, *Pensée formelle et sciences de l'homme*, Paris, Aubier - Montaigne, 1967, p. 66.

Dans la première partie, je montre que le premier enjeu de la protection des droits de l'homme en Europe n'est pas la définition des droits, mais la « sociabilité » européenne (ch. 1), sociabilité des Etats mais aussi des peuples dans la mesure où c'est l'absence de la guerre qui est visée. Cet objectif de « sociabilité » associé aux droits de l'homme n'est cependant pas étranger à la question de leur « signification objective » car, au minimum, l'effectivité du système européen est suspendue à la réalisation d'un « ordre public » sur la base d'une soumission commune aux droits fondamentaux (ch. 2). C'est donc une perspective épistémique sur les droits, c'est-à-dire la perspective de la réalisation d'un accord sur leur signification, qu'il faut adopter pour rendre compte de l'effectivité (praticabilité, rationalité) du système européen. Cela suppose l'abandon d'un critère statique (« l'observance ») pour le développement d'un critère dynamique (« l'acculturation ») de la rationalité d'un système de droit international (ch. 3). Cela suppose aussi que l'on dispose d'un modèle épistémologique pour penser « l'acceptabilité sociale » d'une signification des droits de l'homme comme une instance d'adjudication de sa validité, et non seulement comme une instance d'acceptation empirique (ch. 4). La troisième partie de cette étude est consacrée à tester les conditions de réalisation d'une telle pratique épistémique à la Cour européenne des droits de l'homme, notamment à travers l'analyse critique du contrôle des ingérences par les juges européens (ch. 5). J'interroge enfin la valeur opératoire d'une théorie de l'argumentation pour la protection des droits de l'homme en Europe (ch. 6).

PREMIERE PARTIE :
ANALYSE INSTITUTIONNELLE

Chapitre un. Droits de l'homme, sociabilité des Etats : deux enjeux du projet européen.

« [...] le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹. »

Les deux idées, de « droits de l'homme » et de « sociabilité des Etats », sont ancrées profondément dans le projet européen de sauvegarde des droits de l'homme. En témoigne l'extrait cité en exergue de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces deux idées sont pourtant bien différentes. D'une part, les droits de l'homme désignent des prérogatives des individus, dont le respect incombe aux Etats et dépend en premier lieu d'une organisation de leurs ordres juridiques internes² ; ils concernent en ce sens les relations internes entre un Etat et ses sujets, particulièrement les limites de l'action publique vis-à-vis d'eux³. D'autre part, la sociabilité des Etats – c'est-à-dire les rapports qu'ils ont

¹ CEDH, préambule.

² C'est la doctrine du « domaine réservé » des Etats, selon laquelle : "For most purposes governments could do what they wished with those under their jurisdiction and international law had no opinion on the matter, much less any means to act" (Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 2).

³ Wilhelm Von Humbolt, *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, (1791), Paris, Les Belles Lettres, coll. "bibliothèque classique de la liberté", 2004, p. 54 : « le premier principe fondamental [...] est celui-ci : Que l'Etat se retienne de tout soin pour le bien positif des citoyens ; qu'il ne s'avance jamais plus qu'il n'est nécessaire pour leur garantir la sûreté entre eux et vis-à-vis des ennemis extérieurs ; qu'il ne restreigne jamais leur liberté en faveur d'un autre but. »

entre eux – implique un autre niveau, celui des relations internationales, régies par un ordre juridique particulier, sans législateur, le droit international :

Le droit international se définit comme le droit applicable à la société internationale. Cette formule [...] implique l'existence d'une société internationale distincte de la société nationale ou société interne, ou encore étatique. Elle délimite, en même temps, les champs d'application respectifs du droit international et du droit interne. Elle confirme enfin le lien sociologique, donc nécessaire, entre droit et société. Toute société a besoin du droit et tout droit est un produit sociétal. *Ubi societas, ibi jus* est un adage qui est vérifié dans le temps et dans l'espace.⁴

Le projet européen visant à conférer aux droits fondamentaux positivité et effectivité en droit international procède d'une innovation, largement commentée par ailleurs, qui consiste à conférer aux bénéficiaires des droits de l'homme, et non aux seuls Etats, la personnalité juridique, le statut de « sujets de droit », en droit international. Il a été précédé en cela par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948, et surtout par des avancées juridiques durant la première moitié du XXe siècle dans les domaines de la protection du droit des minorités⁵, du droit humanitaire (réfugiés, apatrides⁶) et du droit de la guerre (accords internationaux sur les prisonniers de guerre⁷). La reconnaissance

⁴ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, (7e éd.), Paris, L.G.D.J., 2002, p. 35.

⁵ Le droit des minorités s'est essentiellement élaboré au lendemain de la première Guerre Mondiale, notamment du fait du remodelage des frontières européennes après le conflit. Il introduit une innovation fondamentale en droit international, à savoir l'idée que la protection de certains droits personnels nécessite d'assouplir le principe de non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat. Voir Carole Fink, "Minority Rights as an International Question", *Contemporary European History*, 9-3, p. 390.

⁶ Le statut des réfugiés est fixé en 1951 par la Convention de Genève qui représente l'aboutissement d'un processus vers la reconnaissance « d'obligations impératives » des Etats en droit international vis-à-vis de personnes sous leur juridiction, notamment « de garantir une protection au réfugié en ne l'expulsant ou en ne le refoulant pas vers un pays dans lequel il risque de subir des persécutions ». Ce processus est jalonné d'accords internationaux, notamment en 1926, 1928, 1933 et 1938. Voir Christel Cournil, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 291-293.

⁷ Le statut des prisonniers de guerre impose l'idée que le droit international peut réguler la protection des personnes ; dans la Convention de la Haye de 1907, la propriété des prisonniers se trouve protégée (sauf sur leurs armes, art. 4) ainsi que leur liberté de culte (art. 18), entre autres.

aux personnes du statut de sujets de droit dans des branches spécifiques du droit international s'esquissait ainsi depuis quelques décennies au moins.

Le projet européen procède aussi d'une autre innovation, plus rarement soulignée, qui consiste à lier de manière explicite et délibérée respect des droits de l'homme et modification des liens de sociabilité entre les Etats. Présentant, en 1949, le projet d'une Cour européenne des droits de l'homme, Hersch Lauterpacht confie que « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est la caractéristique clé du Conseil de l'Europe et le premier pas vers une intégration plus forte des Etats européens⁸ ». Selon cette liaison, du respect commun des droits de l'homme est censé découler un resserrement des liens entre les Etats au sein du Conseil de l'Europe. Autrement dit, la reconnaissance juridique formelle – la positivité – des droits de l'homme en droit international devrait entraîner la formation d'une communauté politique entre les Etats qui l'acceptent. Si la création d'un « droit européen des droits de l'homme » doit produire des liens spécifiques de sociabilité entre les Etats plutôt que d'en résulter, faut-il en déduire un renversement de l'adage fondateur du droit international ?

Cette question exprime l'ambivalence du lien entre droits de l'homme et sociabilité internationale. J'oppose dans ce chapitre deux perspectives possibles à partir desquelles établir la relation entre les deux termes, une perspective axiologique ou non (les droits de l'homme comme 'valeurs' *vs.* les droits de l'homme comme 'droits'). Dans une perspective axiologique, premièrement, la reconnaissance formelle des droits de l'homme est réputée trouver son fondement dans des aspirations, des valeurs, de la société internationale ; de ce point de vue, la positivité des droits de l'homme refléterait l'adage selon lequel tout système de droit émerge d'une structure sociale (*Ubi societas, ibi jus*). Dans une perspective non-axiologique, au contraire, il convient avant tout d'être attentif aux déterminations du droit international (comme ordre fondé sur la coordination des volontés étatiques) ; les droits de l'homme sont ainsi des prérogatives des personnes voulues par les Etats dans un but de sociabilité internationale (relation instrumentale postulée en préambule de la Convention entre droits de l'homme et union des Etats). De ce point de vue, on postule que

⁸ H. Lauterpacht, "The Proposed European Court of Human Rights", *Transactions of the Grotius Society for the year 1949*, 35-1, 1949, p. 28.

l'élaboration de nouvelles règles juridiques permet d'établir de nouvelles relations entre les Etats (*Ubi jus, ibi societas*).

Cette dernière perspective est intrinsèquement problématique : « *l'affirmation qu'une société ou qu'une communauté pourrait tenir par le seul jeu des règles de droit surestime les possibilités du droit et, inversement, sous-estime la nécessité d'un consensus social comme condition première à la formation, et surtout au respect, des règles de droit*⁹. » Mais la perspective axiologique, malgré des apparences d'évidence, s'expose aux arguments critiques à l'encontre des droits de l'homme. Je défends dans ce chapitre que la perspective non-axiologique sur les droits de l'homme peut être considérée comme pertinente d'un point de vue méthodologique mais nous engage cependant dans une approche emprunte d'un positivisme dont il convient de mesurer les contours afin de ne pas faire des déterminations empiriques du droit international des déterminations normatives (une doctrine) des droits de l'homme.

1. *Lier droits de l'homme et sociabilité internationale : une hypothèse axiologique, ou non, sur les droits ?*

Les droits de l'homme sont-ils liés à une évolution de la sociabilité des Etats parce qu'ils constituent des *valeurs* ou bien parce qu'ils constituent simplement des *contraintes* juridiques ?

Le préambule de la Convention européenne livre peu d'indices pour trancher cette alternative. La relation instrumentale où les droits de l'homme sont définis comme un « moyen » de réaliser une « union plus étroite » entre les Etats suggère une priorité du respect des droits de l'homme sur la formation d'une communauté politique à l'échelle du Conseil de l'Europe. Quelques lignes plus loin, cependant, se trouve affirmé que les Etats européens se coalisent en faveur d'une « garantie collective » des droits de l'homme car ils sont « animés d'un même esprit et [possèdent] un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ». La relation de

⁹ Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", Patrick Juillard (éd.), *Recueil des Cours à l'Académie de droit international de la Haye (1994)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 245. Voir aussi Rein A. Müllerson, *Ordering anarchy: international law in international society*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 87-91.

priorité semble inversée, et la positivité des droits de l'homme, une conséquence de l'existence d'une communauté de valeurs entre les Etats.

LES DROITS DE L'HOMME :
ENTRE JUSNATURALISME ET POSITIVISME ?

Le droit international reste largement emprunt, certainement plus que le droit interne, d'un paradigme positiviste. Or les droits de l'homme figurent, parmi les matières susceptibles d'être réglées par le droit, un point de résistance à une telle perspective positiviste. Doit-on chercher à résoudre cette tension ?

Le droit interne serait peu emprunt de positivisme car il intégrerait, à travers les valeurs et les aspirations des individus composant la société, un élément matériel, sociologique, qui tempère toute ambition de trouver le fondement du droit dans la seule volonté du législateur. C'est, en tout cas, la thèse que défend Michel Villey lorsqu'il lit l'œuvre de François Gény : tandis que, pour Gény, la théorie du droit s'apparente à une « sociologie appliquée », Villey voit dans le travail du Professeur de Nancy une étape intermédiaire, le « commencement d'un *retour au droit naturel* » dans l'ordre interne¹⁰. Peut-être la consécration juridique des droits de l'homme dans l'ordre international après la seconde Guerre Mondiale participe-t-elle d'un mouvement analogue, les aspirations de la société internationale venant insuffler un élément matériel dans la forme vide des conventions internationales ?

Selon cette hypothèse, les Etats n'auraient eu d'autre échappatoire que la voie néo-naturaliste pour répondre aux horreurs de la guerre : « si l'on veut s'échapper de la pure factualité de l'accompli, du monstrueux déterminisme du monde causal, on ne peut se passer de revenir vers une valeur. C'est alors s'ouvrir aux doctrines de droit naturel¹¹. » Je reviendrai au prochain chapitre (ch. 2) sur cette explication « courte » à l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme ; elle constitue la trame même sur laquelle un néo-naturalisme se justifie par-delà un formalisme alors tenu pour discrédité : tandis que les sources formelles du droit ne permettent plus de garantir son adéquation aux aspirations profondes de la société internationale, il paraît nécessaire rechercher des principes normatifs substantiels permettant de prévenir ou

¹⁰ Michel Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, p. 126.

¹¹ Robert Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 44.

corriger ce qu'on peut tenir, dès lors, comme des dévoiements de la volonté étatique¹².

La définition du fondement du droit international dans la volonté des Etats, malgré sa prégnance, serait ainsi insuffisante pour justifier l'engagement des Etats en faveur des droits de l'homme. Sa faiblesse explicative serait due à son inspiration positiviste. Seulement, il n'est pas certain qu'une définition axiologique des droits de l'homme comme valeurs de la société internationale au lendemain de 1945 soit véritablement plus robuste.

Considérons les trois grandes options théoriques disponibles. L'approche formaliste figure un extrême, l'approche naturaliste, son pendant et l'approche sociologique, une forme de voie médiane. Les débats entre les tenants de ces approches, manifestent un balancement qui nous invite à relativiser le rôle de repoussoir qui semble intuitivement devoir échoir à l'approche formaliste lorsqu'il s'agit de droits de l'homme. Michel Villey imprime une direction au passage d'une option à l'autre : à l'arbitraire du positivisme¹³ succéderait la spontanéité du sociologique jusqu'au retour à l'ordre normatif des principes du droit naturel. Or, Hans Kelsen semble bien décrire la même ligne, *mais à rebours*, lorsqu'il justifie son évolution vers un plus grand formalisme juridique, incarné dans sa « théorie pure du droit » et rendu nécessaire du fait des insuffisances des théories naturalistes ou sociologiques du droit : les doctrines du droit naturel ne sauraient aboutir, au mieux, qu'à l'énoncé de « vaines tautologies » ou « formules vides » et la quête d'une théorie normative du droit (c.-à-d. d'une théorie de la signification juridique) serait vouée à l'échec car la sociologie du droit est limitée à décrire la réalité de systèmes particuliers et à retranscrire leur « idéologie »¹⁴.

¹² « La réaction universelle devant les crimes nazis obligea les chefs d'Etat alliés à instruire le procès de Nuremberg, et à interpréter l'adage *nullum crimen sine lege* dans un sens non-positiviste, la loi violée en l'occurrence ne relevant pas d'un système de droit positif mais de la conscience de tous les hommes civilisés. La conviction qu'il était impossible de laisser impunis ces crimes horribles, mais qui échappaient à un système de droit positif, a prévalu sur la conception positiviste du fondement du droit » (Chaïm Perelman, *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1976, p. 69).

¹³ Le positivisme juridique assume ce terme d'arbitraire qu'il fait valoir comme la racine étymologique de la « volonté ». Voir Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, (1979), Paris, PUF, coll. "Léviathan", 1996, p. 5.

¹⁴ Voir respectivement : Hans Kelsen, "Justice et droit naturel", *Annales de philosophie politique* (III), 1959, p. 14 et Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, (1934, 1961), Paris, Dalloz, coll. "philosophie du droit", 1962, p. 146-148.

Ce balancement appelle une forme de prudence méthodologique. Il ne me semble pas souhaitable de partir d'une hypothèse doctrinale, uniment positiviste ou jusnaturaliste, sur les droits de l'homme : ne serait-ce pas, en effet, se contraindre à regarder le droit international (ici, le droit européen des droits de l'homme) depuis une « île »¹⁵ ?

ENTRE VALEURS ET CONTRAINTES :
L'ECUEIL CULTURALISTE

Il convient néanmoins de prendre au sérieux la réponse du positivisme au naturalisme. Malgré le caractère séduisant d'une perspective axiologique sur les droits de l'homme (comme valeurs), se pourrait-il qu'elle les condamne à ne constituer que de vaines « tautologies » ? Il est vrai que, si nous considérons l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – qui s'avérera central dans cette étude (*infra*, ch. 3) –, il peut être vu comme une « formule vide » à celui qui n'aura jamais lu aucun arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme l'appliquant dans un cas concret :

Article 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Rien, dans la formulation de cet article, n'indique ce qu'il faut entendre par l'idée d'une « vie privée », d'une « vie familiale » ou d'un « domicile ». Dira-t-on que ces notions sont claires, qu'il suffit de renvoyer à leur acception ordinaire ?

¹⁵ Voir, à cet égard, le constat dressé par Michel Villey : « [...] je me mis à la lecture des cours dits de philosophie du droit. [...] Il n'est pas de bibliographie plus décourageante. Tous ces livres indéfiniment remettent en chantier les mêmes problèmes [...] Tous nos philosophes du droit – les Kelsen, les Maihofer, les Cossio, les Reale – sont comme esseulés chacun sur son île, où chacun suit obstinément son idée fixe » (Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, op. cit., p. 9).

Cela renforcerait l'objection formaliste, en réalité : dans ce cas, la proposition « toute personne a droit au respect de sa vie privée, etc. » vaudrait comme un lieu commun, un *topos*, ce qui est finalement le propre d'une « tautologie » : signaler un point d'accord entre des locuteurs sans pour autant apporter aucune information quant au contenu d'une proposition. Il y a là un danger sérieux pour les droits de l'homme, à savoir qu'aucun lieu commun n'aide à trancher les désaccords (au mieux il les dissimule). Il est fort probable que l'ensemble de ceux qui s'accordent sur la proposition « toute personne a droit au respect de sa vie privée, etc. » éclatera lorsqu'il s'agira de s'accorder sur ce qu'est « le bien-être économique du pays » et sur la mesure dans laquelle ce « bien-être économique » justifie une ingérence de l'autorité publique dans la « vie privée » d'un individu.

C'est une critique externe du concept de droits de l'homme comme valeurs. L'objection formaliste en fonde aussi une critique interne dans la mesure où l'on peut même douter, partant, que la positivité des droits de l'homme et leur reconnaissance explicite en droit international constituent véritablement des « mesures propres à [en] assurer la garantie collective¹⁶ ». Ernst Topitsch décrit à cet égard une situation délicate où deux conceptions de la société, deux « paradigmes » pourrait-on dire, tendent à se superposer, l'une officielle en direction des gouvernés, l'autre officieuse à l'usage des gouvernants. Les Etats communistes ont, selon Topitsch, connu cette dissimulation étant entendu qu'on ne demande pas la révision du marxisme, on n'en parle même pas, mais qu'on la fait¹⁷. Les valeurs communes, au sens de principes généraux, favorisent une telle dissimulation de la part des gouvernants bien plus qu'elles ne dirigent leur action :

Là où ces principes constituent des formules à la vérité marquantes mais fortement indéterminées quant à leur contenu ou bien absolument vides, cette double interprétation est particulièrement facile. Presque toutes les théories de

¹⁶ Préambule de la CEDH.

¹⁷ Ernst Topitsch, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1961, p. 132 : « Les membres dirigeants du parti furent en général très réservés à l'égard des tentatives des théoriciens réformateurs pour imposer une réévaluation ou une réorganisation officielles de la doctrine marxiste quand bien même ils n'avaient, dans le cercle de confiance, pratiquement pas à discuter leur légitimité objective [*sachliche Berechtigung*]. Ignaz Auer écrivait ainsi à Eduard Bernstein, qui avait revendiqué pour une reconnaissance officielle des thèses réformatrices par le Parti : "Mon cher Camarade, cela même que tu demandes, on ne le décide pas, on n'en parle pas, on le fait." » (traduction personnelle).

la société contiennent de telles *formules vides* (*Leerformeln*), c'est-à-dire qui tolèrent quasiment n'importe quelle interprétation.¹⁸

Comme principes de justice, les droits de l'homme se trouvent autant exposés à ce risque de double discours que le furent en leur temps les idéaux communistes. Paradoxalement, une conception axiologique des droits de l'homme n'aurait aucune incidence normative¹⁹ ; les droits de l'homme comme valeurs seraient dépourvus d'effectivité car de telles valeurs communes, formules vides, « ne contraignent pas le moins du monde les gouvernants dans leurs décisions concrètes ; de par leur formulation intangible, elles offrent aux gouvernés l'illusion d'une continuité inaltérable des principes fondamentaux et suscitent partout le reflet d'une unité idéologique de tout le groupe²⁰ ».

Là se trouverait peut-être le principal danger des droits de l'homme comme « valeurs » de la société internationale : non seulement, ils offriraient un voile de dissimulation aux gouvernements mais, réduits à la dimension de principes de justice, ils entreraient aussi nécessairement en concurrence avec d'autres principes de justice, laissant ainsi prise aux critiques des droits de l'homme comme marqueurs culturels ou idéologiques.

L'inscription du système de la Convention européenne des droits de l'homme dans un espace géopolitique limité et (relativement) statique prend ici toute son importance. Hors d'un tel contexte spécifique, la perspective d'une réalisation des droits de l'homme au niveau international engage une réponse à la question éthique qui consiste à se demander si la référence aux droits de l'homme permet, ou non, de fonder universellement des jugements d'évaluation portant sur des comportements individuels ou collectifs²¹. La question qui se pose généralement

¹⁸ Topitsch, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, loc. cit.

¹⁹ « Ces expressions (*Formulierungen*) conviennent à toute organisation ou direction possible et imaginable de l'économie et de la société » (Topitsch, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, loc. cit.).

²⁰ Topitsch, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, loc. cit.

²¹ Voir André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, (1926), Paris, PUF, coll. "Quadrige", vol. 1, 1993, art. « Ethique ». L'éthique se distingue de la morale car elle ne constitue pas un ensemble de normes de comportement ; il s'agit d'une « science qui prend pour objet immédiat les *jugements* d'appréciation sur les actes qualifiés bons ou mauvais », et ce quelle que soit cette qualification : « quelque hypothèse qu'on adopte sur l'origine et la nature des principes de la morale, il n'est pas douteux que les jugements de valeur portant sur la conduite sont des faits réels, dont il y a lieu de déterminer les caractères, et que l'étude de la conduite ne peut être substituée à l'étude directe [...] des prescriptions admises à une époque et dans une société déterminées [c.-à-d. à la morale] ».

sous cet aspect est la suivante : peut-on traduire, dans les concepts et référents de chaque culture, un contenu intangible des droits fondamentaux ? En d'autres termes : les droits de l'homme peuvent-ils, ou non, constituer une référence universelle pour qualifier certains actes de bons ou mauvais²² ?

Insister sur la positivité des droits de l'homme, leur dimension de contraintes juridiques à l'intérieur d'un système particulier permet de parler d'universalité des droits de l'homme indépendamment de cette question. L'engagement des Etats européens suffit à leur conférer une portée juridique effective. Il permet de présumer une *universalité de fait* des droits garantis à l'échelle régionale du Conseil de l'Europe, à la différence de l'*universalité de droit* proclamée par la Déclaration des Nations Unies au niveau mondial. Il s'ensuit que le questionnement éthique sur les droits de l'homme (peuvent-ils constituer un index commun des bonnes ou des mauvaises actions publiques par-delà les différences culturelles ?) perd de sa pertinence dans l'enceinte du Conseil de l'Europe.

LES DROITS DE L'HOMME COMME CONSTRUCTION POLITIQUE.

Discuter la critique culturaliste des droits de l'homme sur le fond serait l'objet d'une autre étude car il s'agit d'une conception doctrinale sur les droits de l'homme (*c.à-d.* une thèse sur leur nature : des valeurs, particulières de surcroît). Si l'on se réfère au balancement évoqué précédemment, objecter à l'objection impliquerait l'adoption d'un parti-pris concurrent (des valeurs universelles)²³.

²² Dans cette perspective, Guy Haarscher estime que « montrer que l'universalité des droits de l'homme n'est pas l'effet d'un ethnocentrisme européen, mais constitue, pour ainsi dire, un patrimoine de l'humanité dans son ensemble est une tâche très difficile – mais non impossible ». L'auteur envisage les principales critiques à l'encontre de cette ambition et identifie les trois types d'arguments sur lesquels elles se prétendent se fonder : un argument culturaliste, tout d'abord, fondé sur le présupposé d'un caractère occidental irréductible des droits de l'homme ; un argument pragmatique, ensuite, conditionnant l'application des droits à certaines conditions sociales ou niveaux de développement (économique, notamment) ; un argument d'autophagie, enfin, selon lequel les principes libéraux des droits de l'homme les priveraient de la possibilité même de condamner leur non-respect. Voir : Guy Haarscher, "Can Human Rights Be Contextualized?", Andràs Sajò, *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 103-120.

²³ Je veux néanmoins souligner qu'il ne faut en aucun cas réduire la problématique culturaliste aux rapports entre Islam et droits de l'homme : « Contrairement aux anciennes cultures africaines ou sud-américaines qui furent dévastées par les ravages du colonialisme, les civilisations asiatiques maintinrent un lien direct avec les cultures et traditions de leurs ancêtres

Suspendre la critique substantielle de la thèse culturaliste sur les droits de l'homme ne signifie pas, cependant, qu'on doit l'ignorer complètement car c'est aussi, d'une certaine manière, une thèse sur la liaison entre positivité des droits et sociabilité des Etats. Dès lors que la reconnaissance formelle des droits de l'homme est présumée reposer sur l'appartenance des Etats à une communauté de valeurs, leur positivité est prise dans une forme d'étau et toute expansion éventuelle des droits de l'homme n'est possible qu'en violation des voies du droit (par la domination politique). Cette thèse critique prête à la fois trop et trop peu à la reconnaissance formelle des droits de l'homme comme obligations des Etats en droit international, à la fois trop d'intentions expansionnistes et trop peu de capacités véritables d'extension géographique.

En premier lieu, le projet d'une reconnaissance juridique des droits fondamentaux en droit international (*a fortiori* dans le contexte européen) ne participe pas d'un projet expansionniste. Il présuppose, bien entendu, l'universalité des droits de l'homme ; mais si l'universalité est un principe à la positivité des droits de l'homme, ce n'est en aucune façon un principe téléologique (une fin, un *telos*). En témoigne le fait que l'universalité des droits n'est pas adossée à un critère dynamique, « l'expansion », mais à un critère statique, la « juridiction ». Ce critère statique intervient également dans les deux instruments, universel (ONU) et régional (Conseil de l'Europe). Il est question de « reconnaissance et [d'] application universelles et effectives » des droits dès lors qu'une personne se trouve dans la sphère d'action de l'Etat qui s'est engagé à respecter les droits de l'homme (exceptionnellement en dehors du territoire de cet Etat). Cette clause de « juridiction » non seulement restreint absolument le champ d'application des droits (c'est un critère statique) mais elle contrevient même à la thèse selon laquelle la politique en matière de droits de l'homme sur

[...] Certains commentateurs suggèrent que ce n'est pas l'Islam que l'Occident doit craindre comme son nouveau grand concurrent idéologique après la chute du Communisme, mais l'Ouest devrait plutôt craindre l'idéologie d'un "autoritarisme soft" venue des Etats asiatiques les plus prospères » (Christina M. Cerna, "Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts", *Human Rights Quarterly*, 16-4, Nov. 1994, respectivement p. 743 et 751-752). Voir O. Yasuaki, "In Quest of Intercivilizational Human Rights : Universal vs. Relative Human Rights Viewed From an Asian Perspective", Daniel Warner (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law. The quest for Universality*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 43-78 et V. P. Nanda, "Hinduism and Human Rights", Daniel Warner (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law. The quest for Universality*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 29-42 ; Christina Cerna évoque aussi les déclarations de San José (1993) et de Tunis (1992) où s'expriment les préoccupations latino-américaines, caribéennes et africaines concernant l'universalité des droits de l'homme (Cerna, "Universality of Human Rights and Cultural Diversity...", op. cit., p. 742).

la scène internationale serait intrinsèquement une politique expansionniste. Sous cet aspect de la « juridiction », l'extension du bénéfice des droits de l'homme à de nouveaux bénéficiaires se révèle même très problématique : de nombreux Etats actifs dans la négociation des instruments en matière de droits de l'homme (Royaume-Uni, France, par ex.) avaient encore des colonies et n'entendaient pas étendre le bénéfice des droits au-delà de leur territoire national au sens restreint. A tout le moins, la question de l'expansion des droits à d'autres aires culturelles n'était pas au premier plan des intentions des Etats au moment de s'engager dans la protection des droits de l'homme ; elle constituait même plutôt un point de résistance : la France, prise dans les guerres de décolonisation, particulièrement en Algérie, différa de 20 ans la ratification de la Convention européenne après l'avoir signée (voir *infra*, ch. 2).

En second lieu, l'objection culturaliste à la possibilité d'une extension géographique du bénéfice des droits de l'homme repose sur une conception que l'on peut dire « essentialiste » des ensembles politiques ainsi que des valeurs qui les caractérisent. Cela signifie notamment que les tenants de ces positions « [identifient] les communautés à de "grands individus"²⁴ », à des ensembles politiques stables, définis par des valeurs spécifiques, et qu'ils considèrent les droits de l'homme comme indissociables de telles communautés. Dans le cas le plus favorable du point de vue des droits fondamentaux, cette approche nous incitera à distinguer des droits de l'homme occidentaux, des droits de l'homme musulmans, asiatiques, etc. ; dans le cas le plus défavorable, les droits de l'homme seront présumés grevés d'occidentalisme, ce qui empêche d'en envisager la diffusion à d'autres aires politiques et culturelles. Dans l'un et l'autre cas, les droits de l'homme sont appréhendés du point de vue d'un conflit entre les civilisations, conçues comme des communautés de valeurs. A l'inverse de cette position et en totale contradiction avec elle, l'attention portée à la positivité des droits de l'homme conduit tout d'abord à relativiser la fermeture des ensembles politiques : les conflits et les désaccords qui se manifestent dans l'histoire de la Convention européenne et de ses institutions montrent que le Conseil de l'Europe est le résultat d'une *construction* politique tant dans son

²⁴ Voir Etienne Balibar, *L'Europe, l'Amérique, la guerre. Réflexions sur la médiation européenne*, Paris, éd. de La Découverte, 2003, p. 125. Selon l'auteur, il résulte de cette appréhension essentialiste des communautés le danger d'un ancrage ontologique des différences ou d'une substantialisation des identités. Dans le premier cas, les conflits de civilisation tendent à se naturaliser et à ne jamais voir de fin ; dans le second, l'enjeu pour chaque civilisation consiste à s'affirmer autant que possible, soit par la résistance, soit par la conquête.

extension (de 10 à 47 Etats aujourd'hui) que dans sa cohésion (comme en atteste, par exemple, l'évolution des Etats vers une interdiction de la peine de mort en toute circonstance²⁵). Ensuite, l'extension du bénéfice des droits de l'homme aux ex-pays communistes, et particulièrement son extension très rapide après la chute du mur de Berlin, nous incite à envisager plutôt qu'à rejeter l'idée que les droits de l'homme peuvent être reconnus dans des espaces réputés jusqu'alors hermétiques²⁶.

D'une certaine manière, la politique des droits de l'homme est plus une question de « volonté » que de « valeurs » lorsqu'il s'agit d'établir un lien entre leur positivité et la sociabilité internationale. La question qui se pose à cet égard consiste à examiner sous quelles conditions la reconnaissance formelle des droits de l'homme implique une forme de contenu impératif permettant de distinguer dans la « communauté » créée une forme de « solidarité des peuples en dépit de la persistance des identités et des rivalités étatiques²⁷ ». Le critère de la « volonté » des Etats suffit-il à garantir les bases d'un tel contenu impératif ou bien devons-nous renouer avec une conception axiologique des droits ?

2. *Le fondement des droits de l'homme dans la « volonté » des Etats*

S'agissant d'expliquer l'engagement des Etats à respecter les droits de l'homme, on peut considérer que l'intérêt souverain reste un principe indépassable des

²⁵ La plupart des pays ont adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme alors qu'ils appliquaient encore la peine de mort. De fait, celle-ci est permise dans le cadre de la Convention dans sa version de 1950 (l'article 2, concernant le « droit à la vie », stipule que « la mort [...] peut être [...] en exécution d'une sentence capitale [...] où le délit est puni de cette peine par la loi »). En 1985, un protocole n°6 (Strasbourg, 28 avr. 1983 – 1^{er} mars 1985, STCE n°114) entre en vigueur qui prévoit « l'abolition de la peine de mort », *sauf* « en temps de guerre ». En 2002, les Etats du Conseil de l'Europe se déclarent « résolus à faire le pas ultime afin d'abolir la peine de mort en toutes circonstances » ; ils adoptent dans ce sens un protocole n°13 (Vilnius, 3 mai 2002 – 1^{er} juil. 2003, STCE n°187). L'abolition de la peine de mort dénote ainsi une évolution des Etats européens vers une plus grande cohésion de leurs systèmes juridiques sous l'égide de la Convention. Cet exemple montre cependant qu'il s'agit là d'un mouvement progressif, ce que j'entends par le terme de « construction » : le protocole n°6 est signé par 46 Etats (sur 47) et la Russie ne l'a pas ratifié ; le protocole n°13 est signé par 41 Etats, dont 4 ne l'ont pas ratifié.

²⁶ Sur 22 Etats anciennement communistes aujourd'hui parties à la Convention, 18 l'étaient moins de dix ans après l'effondrement du bloc soviétique, dont 10 avant même cinq ans.

²⁷ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 9^e édition, Paris, Dalloz, 2008, p. 818.

relations internationales, le droit international un « ordre de coordination », et les relations des Etats, sinon antagonistes, du moins concurrentielles. Après 1945, le droit international persiste à naître de la « volonté » des Etats :

L'organisation internationale telle qu'elle est conçue aujourd'hui ne nie pas la souveraineté ni même ne la limite : c'est dans la volonté des Etats qu'elle trouve son fondement et elle vise seulement à permettre une coexistence *des* souverainetés aussi harmonieuse que possible.²⁸

Si l'ordre juridique international repose ainsi sur un principe réaliste (au sens large), la positivité des droits de l'homme à l'échelle européenne peut paraître reposer sur une base bien fragile : en effet, ce que la volonté fait, ne peut-elle le défaire ? Et, dans ce cas, peut-il jamais découler du respect des droits de l'homme la constitution d'une forme de communauté entre les Etats ?

LES DROITS DE L'HOMME : UNE PROBLEMATIQUE NATIONALE.

Un premier élément d'opposition entre droits de l'homme et droit international a été mentionné en introduction : les uns concernent « l'union civile », les autres « l'union des Etats » (pour emprunter une terminologie kantienne²⁹). Dira-t-on qu'il suffit de sortir de la doctrine du « domaine réservé » pour réduire cette opposition³⁰ ? Une anecdote suggère que la consécration des droits de l'homme en Europe ne participe d'aucune volonté de réforme du droit international sur ce point.

Durant les négociations qui précédèrent l'adoption de la Convention européenne, Henri Rolin (qui fut ensuite premier juge belge à la Cour européenne) suggéra de supprimer le terme « garantie » et de le remplacer par celui de « protection ». Il craignait que le fait de conserver le terme « garantie » crée une solidarité des Etats européens face à l'obligation de respecter les droits de l'homme : « la garantie, en droit, impose une obligation pour le garant de se substituer éventuellement au débiteur principal pour assurer à la personne bénéficiaire de la garantie la jouissance intégrale et certaine de ce qui a été

²⁸ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 65 ; voir aussi p. 35, 83.

²⁹ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, (1797), Paris, Flammarion, coll. "GF", vol. 1, 1994, p. 120 et p. 177.

³⁰ Voir *supra*, note n°2.

promis³¹. » Or, il le précise, l'intention des promoteurs de la Convention n'est certainement pas de lever à ce point l'écran, ou le voile, de l'Etat en droit international : en cas de manquement d'un Etat, il n'est pas question pour les autres Etats de se substituer à lui ; le respect des droits de l'homme reste une problématique nationale, y-compris dans le système conventionnel.

Cela se manifeste dans les règles de procédure qui gouvernent la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme : la requête d'une personne qui s'estime victime d'une violation des droits de l'homme n'est recevable « qu'après l'épuisement des voies de recours internes » (CEDH, art. 35) ; dans la jurisprudence de la Cour, cette règle est expliquée de la manière suivante :

La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme [...] La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre.³²

Ou encore, réaffirmé avec force dans une opinion séparée :

[...] c'est aux autorités nationales qu'il incombe au premier chef de mettre en œuvre les garanties de la Convention, la Cour européenne ayant seulement un rôle de surveillance qui n'entre en jeu qu'une fois épuisées les voies de redressement internes. Il est par conséquent de la plus haute importance du point de vue du mécanisme conventionnel de protection des droits de l'homme que les autorités nationales, et notamment les tribunaux, se voient

³¹ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR\(77\)9-FR1290827.PDF](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR(77)9-FR1290827.PDF), p. 23.

³² Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°5493/72, 07 déc. 1976, §48. Voir aussi, plus explicite, l'extrait suivant : « Les Etats n'ont [...] pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. Cette règle se fonde sur l'hypothèse [...] que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée, que les dispositions de la Convention fassent ou non partie intégrante du système interne. De la sorte, elle constitue un aspect important du principe voulant que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revête un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme » (Cour EDH, *Akdivar et autres c. Turquie* (Grande Chambre), req. n°21893/93, 30 août 1996, §65). Voir June M. Ross, "Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *Human Rights Quarterly*, 6-2, , p. 210 : "the European Convention machinery is seen as a secondary vehicle for protection of rights and freedoms."

donner l'occasion de corriger l'objet de la plainte avant que n'entre en jeu le contrôle de Strasbourg.³³ (Je souligne.)

D'un côté, cela montre que les droits de l'homme ne constituent pas un objet spécifique des relations internationales ; au contraire, l'affirmation du caractère de « subsidiarité » du tribunal européen poursuit deux objectifs : d'abord privilégier la soumission des personnes à leur juge naturel, ensuite ménager par là aux instances nationales l'opportunité d'éviter ou de réparer une violation des droits de l'homme. De l'autre côté, la règle d'épuisement des voies de recours internes montre que les droits de l'homme procèdent d'une conception classique du droit international³⁴. Pour Frédéric Sudre, la règle de la subsidiarité trouve son fondement dans un instrument traditionnel du droit international « appartenant au domaine classique de la protection diplomatique³⁵ ». Ainsi, dans le système des immunités, il est tenu pour acquis que les agents d'un gouvernement en fonction dans un pays tiers ne peuvent être poursuivis par les juridictions de celui-ci. Cette disposition a aussi « pour objet de protéger les souverainetés nationales des procédures internationales intempestives³⁶ ». Frédéric Sudre conclut que la transposition d'une telle forme d'immunité au domaine des droits de l'homme « peut sembler [...] une scorie qui affaiblit les garanties procédurales offertes aux individus³⁷ ». Elle traduit en réalité l'enjeu de la positivité des droits de l'homme en droit international, à savoir de nouer un équilibre fragile entre innovations juridiques et contraintes formelles, entre effectivité de la protection et souveraineté des Etats :

En réalité, sa présence [de la subsidiarité] dans la CEDH, sécurisante pour les Etats, contrebalance et rend possible l'audace de la reconnaissance d'un droit de recours individuel [devant la Cour européenne].³⁸

³³ Cour EDH, *Raninen c. Finlande* (Chambre), req. n°20972/92, 16 déc. 1997, opinion partiellement dissidente par M. le juge Pekkanen, §6, p. 25.

³⁴ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 431 : « La présomption de régularité des actes étatiques est une autre conséquence directe de la souveraineté de l'Etat [qui] bénéficie d'une sorte de "privilège du préalable" (contrôle *a posteriori* seulement de ses comportements). »

³⁵ Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, (5e éd. màj), Paris, PUF, coll. "droit fondamental", 2001, p. 423.

³⁶ Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 422.

³⁷ Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 423.

³⁸ Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, loc. cit.

Le tout est, de ce point de vue, de ne pas décourager la volonté des Etats à reconnaître des engagements internationaux en matière de droits de l'homme par un instrument, sinon trop ambitieux, du moins par trop directif ou injonctif³⁹. Cela est bien clair dans la réponse du négociateur français à la proposition d'Henri Rolin « de renoncer à l'expression 'garantie' » tant « par un souci de modestie, par un souci d'exactitude aussi [et] par un souci politique⁴⁰ ». S'il ne s'y oppose pas⁴¹, Pierre-Henri Teitgen ne juge pas le remplacement du terme de « garantie » par celui de « protection » nécessaire car il ne saurait y avoir d'analogie entre la « garantie » en droit privé (impliquant une solidarité du garant avec le débiteur) et en droit public, *a fortiori* international ; en effet, « en droit public, il n'y a ni débiteur, ni créancier : il y a des situations légales et réglementaires⁴² ». Le rôle de la Cour européenne reste à cet égard de « surveillance » (*supra*) : il lui appartient de juger *a posteriori* du caractère licite ou illicite des actions de l'Etat au regard des dispositions de la Convention, non de se prononcer *a priori* sur l'opportunité d'une pratique relevant de l'organisation juridique interne. La différence, parfois ténue, est essentielle.

L'UNION PLUTOT QUE LA FEDERATION :
« L'ORDRE PUBLIC » COMME ENJEU

Cette position dualiste – où le droit international fixe des conditions de légalité formelles tandis que la mise en œuvre des droits de l'homme dépend des Etats – fut, en somme, la conclusion de l'anecdote rapportée précédemment puisque le mot « garantie » subsista dans la version finale de la Convention. Elle a deux conséquences remarquables pour cette étude :

- la reconnaissance des droits de l'homme en droit international dans le contexte européen ne peut être vue comme la transposition d'un modèle

³⁹ Voir Cour EDH, *De Clerck c. Belgique* (Chambre), req. n°34316/02, 25 sept. 2007, §98 : « la Cour rappelle qu'il appartient à l'Etat lui-même de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour redresser une situation ayant donné lieu à une violation, et que la Convention, en principe, ne confère pas à la Cour compétence pour adresser aux Hautes Parties contractantes des *directives* et des *injonctions* » (je souligne).

⁴⁰ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 24.

⁴¹ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 26 : « Nous pourrions [...], je crois, maintenir ce terme. Mais nous avons mieux à faire que de nous quereller à propos d'un mot [...] je suis d'accord pour que l'Assemblée adopte l'amendement de M. Rolin. »

⁴² Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 25.

civiliste au niveau du Conseil de l'Europe : « l'union » recherchée n'est pas un analogon de « l'union civile » interne aux Etats ;

- dès le début, dans le moment où il s'agit de s'accorder sur les linéaments d'une protection spécifique des droits de l'homme, ceux-ci se trouvent définis comme des contraintes juridiques (« des situations légales et réglementaires ») et non comme des valeurs injonctives.

La première conséquence mérite un bref examen philosophique car elle obère certaine hypothèse maximaliste sur la nature de la sociabilité (« l'union ») recherchée par les Etats européens par le « moyen » des droits de l'homme. Tout, dans ce qui précède, concourt à considérer que les canons du droit international classique prévalent. L'inspiration kantienne à ce niveau est connue. Or, il convient de souligner à cet égard deux choses : premièrement, l'instauration d'un régime de légalité publique (c.-à-d. d'une « constitution politique ») à l'intérieur d'un Etat n'implique pas la formation d'une « société » entre les membres de « l'union politique » (les individus, ou sujets de droit) et le souverain (l'Etat, le gouvernement) ; les uns restent « subordonnés » à l'autre et les libertés publiques ne visent pas à l'instauration d'une sociabilité à ce niveau⁴³. Quant à « l'union des Etats », Kant souligne qu'elle peut être étroite et favoriser « un véritable état de paix » ; même, « on peut appeler une telle *union* de quelques *Etats*, en vue de maintenir la paix, le *congrès permanent des Etats* auquel il reste loisible à chaque Etat voisin de venir s'associer », mais cette union n'a pas de forme politique, elle n'est pas fondée sur une « constitution », « comme celle des Etats américains »⁴⁴. La CEDH peut ainsi contribuer à promouvoir la paix entre les Etats européens mais elle ne remet pas en cause dans son principe la relation de subordination des personnes aux Etats dont elles dépendent juridiquement et ne présente pas non plus des caractéristiques originales de nature à conférer à la sociabilité des Etats une dimension « civile ». En particulier, l'engagement à respecter les droits de l'homme ne prélude pas à la formation d'une « fédération » des Etats européens car :

⁴³ Kant, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, op. cit., §41, p. 120 : « L'union civile (*unio civile*) elle-même ne peut certainement pas être désignée comme une *société* ; car entre celui qui *commande* (*imperans*) et le *sujet* (*subditus*), il n'y a pas de communauté ; il ne s'agit pas d'associés, mais ils sont *subordonnés* l'un à l'autre, et non pas *coordonnés*. »

⁴⁴ Kant, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, op. cit., §61, p. 176-178.

L'union des Etats ne peut être celle des individus. En s'unissant les individus créent autre chose qu'eux-mêmes : une institution qui est l'Etat. En s'unissant, les Etats-institutions vont encore créer une institution. [...] Une institution des institutions peut créer un Etat comme dans la constitution d'un Etat fédéral. [...] Mais il ne s'agit pas d'une organisation internationale.⁴⁵

Ce point est essentiel ; il nous amène à considérer la seconde conséquence évoquée précédemment. Conformément aux intentions limitées des négociateurs de la Convention, il est question, dans les travaux préparatoires, de « règles d'un club » pour définir quelle sera « la base politique de cette association de nations européennes » et la fonction des droits de l'homme dans cette union des Etats en train de se construire⁴⁶. On peut se demander, cependant, s'il n'y a pas une contradiction entre la matière visée, les droits de l'homme, et la forme juridique que les Etats européens entendirent lui conférer, à savoir la forme de conventions internationales.

Le projet européen s'élabore, en effet, sur la base d'un dualisme entre sociabilité civile et sociabilité interétatique. Les droits de l'homme sont réputés concerner par nature le régime civil, en quoi la Convention européenne procède d'une philosophie classique des droits de l'homme⁴⁷. Dans le cadre civil, les droits de l'homme encadrent les rapports de droit dans l'ordre interne (ce sont des normes de nature constitutionnelle). Ils conditionnent ainsi à la fois la possibilité de règles conventionnelles (les lois, les contrats) dans une société donnée et en limitent par principe l'objet ou la portée (la loi ne peut permettre l'esclavage, je ne peux aliéner des parties de mon corps, par ex.). Selon Olivier de Frouville, « les droits de l'Homme en tant qu'expression et garantie de la liberté à l'état civil, possèdent [...] une position particulière dans l'ordre juridique : ni le législateur, ni d'ailleurs même le constituant ne peuvent y porter librement atteinte⁴⁸ ». Les droits de l'homme sont ainsi considérés dans leur acception moderne et contemporaine comme des attributs antécédents à l'établissement de toute convention juridique, dont ils constituent autant un

⁴⁵ Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité*, Paris, PUF, 1999, p. 193.

⁴⁶ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 26 et p. 67 (Lord Layton).

⁴⁷ Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 18-19.

⁴⁸ Voir Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, op. cit., p. 15-17.

fondement, qu'une condition logique et une finalité politique. Le principe « d'intangibilité » des droits offre, selon cet auteur, une synthèse intéressante de cette conception : conformément à l'étymologie est intangible ce dont on ne peut disposer et, par extension, « tout droit de l'Homme est intangible en tant qu'il est mis hors d'atteinte de toute volonté⁴⁹ ».

On peut dès lors s'étonner que, dans l'esprit des négociateurs de la CEDH, les droits de l'homme puissent faire l'objet d'une « liste », d'une « sélection », d'un engagement volontaire de la part des Etats européens, même si, de l'aveu de Lord Layton, « nous avons établi cette liste avec soin et, ceci fait, nous l'avons présentée comme un groupe de droits sur lesquels nous étions prêts à accepter une forme quelconque de tutelle commune ; cette sélection constituait en elle-même, automatiquement, une pierre de touche pour les Etats désireux de se joindre à nous. Elle devenait le premier article du règlement de notre club⁵⁰ ».

Les droits de l'homme sont ainsi, dans l'union civile, des principes « d'ordre public », c'est-à-dire des conditions de possibilité d'une sociabilité entre les individus et, dans la mesure où le législateur ne peut y déroger, d'une coexistence légitime avec l'Etat. La positivité des droits de l'homme semble dès lors paradoxale⁵¹, à plus forte raison en droit international. Soumettre les droits de l'homme au régime commun de simples droits implique-t-il une forme de dénaturation ? Quelle valeur « d'ordre public » peuvent-ils conserver dès lors

⁴⁹ Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, op. cit., p. 17, en note. L'auteur précise que la transposition de l'intangibilité dans les catégories du droit implique un saut sémantique de ce qu'on ne peut à ce qu'on ne doit pas toucher ; ce hiatus est fondateur, par ex., de principes juridiques tel le principe d'inviolabilité ou d'indisponibilité du corps en droit.

⁵⁰ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 67 (Lord Layton). Voir Karel Vasak, "Les différentes typologies des droits de l'homme", Emmanuelle Bribosia et Ludovic Hennebel, *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 11-12 : « Aussi longtemps que la typologie ne représente qu'un moyen pédagogique, elle reste sans conséquences pour la valeur et la portée pratique des droits de l'homme. Elle devient inquiétante à partir du moment où elle traduit en fait, sinon en droit, une hiérarchisation des droits de l'homme, permettant de distinguer des droits "essentiels" d'autres droits moins importants. »

⁵¹ Voir, par ex., Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. "TEL", 2002, p. 331 : « Fondements, c'est-à-dire non pas simplement la portée de barrières infranchissables à opposer aux pouvoirs ; mais la position et la portée de principes de définition, à la fois premiers et exhaustifs. » Il y aurait ainsi un cercle logique dans le fait de concevoir les droits de l'homme comme les éléments qui délimitent tout l'espace du juridique en démocratie (c.-à-d. l'ensemble des relations de droit légitimes) et de reconnaître en même temps la nécessité de les définir eux-mêmes à l'intérieur de cet espace.

qu'ils sont ainsi suspendus à la « volonté » des Etats comme fondement de toute prérogative juridique ?

RENOUER AVEC UNE CONCEPTION AXIOLOGIQUE DES DROITS ?
L'HYPOTHESE MONISTE.

Une stratégie pour résoudre ce paradoxe consiste à considérer le dualisme du système européen comme apparent et l'introduction des droits de l'homme comme la cause d'une modification qualitative du droit international. Il y aurait à cet égard une fausse continuité entre les évolutions du droit international (cf. *supra*, en introduction) et la reconnaissance des droits de l'homme.

Prenons, par exemple, l'extension de la catégorie « sujets de droit ». En droit international public, seuls les Etats sont titulaires de droits ou d'obligations mais on enregistre après 1945 une évolution marquée par le développement d'une justice pénale internationale (où il s'agit de juger des individus) et par la reconnaissance, depuis 1949, d'une « personnalité internationale objective » aux organisations internationales⁵². Il s'agit cependant de personnalités juridiques « dérivées » : elles ne sont qu'en vertu d'une volonté expresse des Etats⁵³. Au contraire, la matière juridique particulière des droits de l'homme introduirait « une mutation fondamentale du droit international contemporain » : « inhérents » ou « immanents », les droits des individus « sont la conséquence non de la volonté des Etats mais du fait que constitue leur existence ; ils s'imposent aux Etats même contre leur volonté⁵⁴. » Un tel effet de l'introduction des droits fondamentaux dans l'ordre international tendrait à encourager une lecture moniste de la *Convention*, laquelle insisterait sur un effet de socialisation, ou de civilisation, du droit international par l'affirmation axiologique et le développement des droits fondamentaux⁵⁵. Le but du Conseil

⁵² Suite à un avis consultatif de la Cour Internationale de Justice concernant l'ONU. Voir Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 595-597. Sur la complexification des termes du droit international, notamment par l'introduction de nouveaux « sujets » du droit international, voir Dupuy, *Droit international public*, p. 27-30 et 190-192.

⁵³ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 571-572.

⁵⁴ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, loc. cit.

⁵⁵ Cf. cette expression de la position moniste in Georges Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 18-19 : « La société internationale résulte non pas de la coexistence et de la juxtaposition des Etats, mais au contraire de l'interpénétration des peuples par le commerce international [...] Les rapports entre particuliers sont l'essence même de la communauté internationale. »

de l'Europe (« réaliser une union plus étroite entre ses membres ») se distinguerait d'une simple coalition des intérêts étatiques et ferait signe vers une « communauté » (au sens fort) européenne fondée sur les droits de l'homme⁵⁶.

Cette hypothèse moniste est séduisante. Elle postule une *liaison causale* entre droits de l'homme et sociabilité des Etats : l'introduction des droits de l'homme change le droit international. En ce sens, la relation fin-moyens assumée en préambule de la Convention est tout à fait compatible avec une définition axiologique des droits de l'homme ; on peut tabler sur leur efficace sans les instrumentaliser pour autant. La position moniste requalifie cependant la sociabilité internationale en sociabilité des peuples à travers l'idée d'une « humanité » irréductible aux rapports conventionnels entre Etats⁵⁷.

La perspective moniste révèle une condition pour conserver aux droits de l'homme leur valeur de règles d'ordre public lors de leur transposition en droit international : la non-réciprocité⁵⁸. En droit international, les Etats ne sont généralement liés par leurs engagements que dans la mesure où les autres parties s'y tiennent elles-mêmes. Les droits de l'homme constituent, en contrepoint, une matière juridique particulière, fixant « des obligations absolues, dues en toute circonstance, non à un Etat, mais à des individus⁵⁹ ». « L'union étroite »

⁵⁶ Pour Georges Scelle, « la société internationale entendue comme société universelle » consiste en un grand « potentiel de sociabilité » (Scelle, *Manuel de droit international public*, loc. cit.). Le droit international est pour les peuples, au même titre que le droit interne pour les nationaux, une manière d'établir des « relations juridiques » entre eux. Il parle donc de « communauté internationale » en ce sens. Il distingue néanmoins cette « société universelle » (plus qu'embryonnaire) de « communautés internationales particulières » caractérisées par « des phénomènes de solidarité plus étroits » (*ibid.*). Cette thèse concernant la « sociabilité internationale » s'inscrit sur un arrière-fond polémique : « Notre conception de la société internationale est très différente de la notion traditionnelle d'une Société d'Etats » (Scelle, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 506).

⁵⁷ Scelle, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 398. Cf. Didier Renard, "L'idée politique de solidarité et la construction de la théorie du service public", Jean-Claude Béguin, *et al.*, *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 53 : « Georges Scelle, sans procéder à sa théorisation, fait référence à l'Humanité comme étant la réunion des individus solidaires au sein de la société internationale. Selon lui, il faut veiller au progrès de l'Humanité et à sa préservation. L'Humanité, dit-il, ne doit pas "s'entre-détruire". »

⁵⁸ On peut voir là un indice de l'irréductibilité de la Convention européenne des droits de l'homme à tout autre type d'instrument juridique (Andrew Drzemczewski, "The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, 29-1, 1980, p. 54 et p. 61).

⁵⁹ Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, op. cit., p. 329. Georges Scelle analyse dans ce sens les travaux en vue de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 comme

évoquée en préambule de la *Convention* viserait ainsi, au-delà des seules relations entre les Etats parties, l'établissement d'un « ordre public européen » fondé sur « l'idée croissante de *valeurs* communautaires au sein de la société internationale⁶⁰ ».

Cette perspective moniste, qui réintroduit un concept axiologique des droits de l'homme, rend bien compte de la manière dont la positivité des droits peut être conciliée avec l'idée d'un contenu déontologique, d'une valeur impérative qui leur seraient inhérents. Elle présente néanmoins un inconvénient, celui de redimensionner le droit international aux droits de l'homme⁶¹. Une seconde stratégie, respectant le dualisme explicite du système conventionnel, est peut-être envisageable si l'on peut trouver dans le droit international les conditions d'une positivité des droits de l'homme dotée de moyens suffisants pour préserver la possibilité d'instaurer un ordre public *entre* les Etats. Quel type de liaison peut-on établir, en droit international, entre légalité et sociabilité afin que les droits de l'homme, bien qu'objets de conventions entre Etats, constituent les éléments d'un « ordre public » européen ?

3. « *L'ordre public* » par les contraintes et non par les valeurs ?

Le principe de cette seconde stratégie est de respecter les deux choix explicites desquels procède la Convention, à savoir : le dualisme assumé entre les affaires internes (dont ressortissent les droits de l'homme) et les relations internationales, d'une part, et, d'autre part, la conception des droits de l'homme comme des contraintes juridiques à l'action de l'Etat, c'est-à-dire comme des « règles du jeu » consenties pour appartenir à un « club » plutôt que comme des valeurs extra-juridiques et injonctives. Peut-on simplement considérer les droits

une problématique engageant « des devoirs des Etats à l'égard de l'Homme » (Scelle, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 516).

⁶⁰ Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, op. cit., p. 328-329 (je souligne).

⁶¹ Deux grandes lectures, moniste et dualiste, s'opposent ainsi en droit international, selon que l'on tend à réunir ou à opposer l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Actuellement, les auteurs semblent pencher plutôt pour la seconde lecture – dualiste – qui serait plus proche de la pratique juridique et aussi plus souple, jusqu'à « considérer le monisme comme une "modalité du dualisme" » (Denis Alland, *Droit international public*, Paris, PUF, coll. "droit fondamental", 2000, p. 355-357). Voir aussi, dans un sens proche, Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 23 et Andrew Drzemczewski, *European human rights convention in domestic law: a comparative study*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 35.

de l'homme comme un cadre de légalité, comme les éléments « de la configuration du système juridique⁶² », sans pour autant abandonner la possibilité de les lier à une forme de sociabilité internationale, c'est-à-dire sans les départir d'une dimension impérative indépendante des variations de la volonté étatique ?

LES « MOYENS » DU DROIT INTERNATIONAL :
SE DEPARTIR DU REGRET CIVILISTE.

C'est là une question ouverte car, nous l'avons vu, l'ordre international n'est pas un analogon de l'ordre civil ; il trouve son fondement dans la volonté des sujets de droit (des Etats) sans qu'aucune subordination ne vienne verrouiller a priori les obligations, au point que la question se pose de savoir s'il existe un « droit international en tant que droit unique, distinct du droit étatique », ou bien seulement une collection du « droit public externe » de chaque Etat⁶³. Comment la Convention européenne des droits de l'homme peut-elle fonder un ordre de sociabilité entre les Etats si, contrairement à l'ordre civil, le « contrat » ou la « convention » ne sont pas assortis d'une contrainte fixant dans le temps l'appartenance à la communauté⁶⁴ ? Peut-on dès lors s'assurer, sans

⁶² Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczuk, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 2. Je parle ici de « contraintes » par opposition aux « valeurs ». Cette approche est différente de celle développée par Michel Troper *et al.* car les auteurs s'intéressent aux contraintes qui s'exercent à l'intérieur d'un système juridique (sur les acteurs) tandis que je m'intéresse ici à l'institution d'un système juridique dans lequel les droits de l'homme sont considérés comme de simples règles de droit. Ainsi définis comme « des obligations juridiques au sens classique », les droits de l'homme tomberaient en dehors du champ d'attention de la « théorie des contraintes juridiques » ; celle-ci entrerait en jeu pour analyser la jurisprudence de la Cour européenne plutôt que le système conventionnel (Troper, Champeil-Desplats, Grzegorzczuk, *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., p. 11 : « L'hypothèse principale de la présente recherche consiste à affirmer qu'en général [les contraintes juridiques ne sont dues] ni à des obligations juridiques au sens classique de ce terme, ni à une simple volonté d'auto-limitation d'un pouvoir discrétionnaire »).

⁶³ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 86-88.

⁶⁴ Pour Hobbes, la « convention » fondatrice d'une « République » ne peut être défaire que par le « monarque » et non par les « sujets » car « ils sont obligés, chacun à l'égard de chacun, de reconnaître pour leur tout ce que fera ou jugera devoir être fait celui qui est déjà leur souverain, et d'en être réputés les auteurs. De ce fait, dès que quelqu'un cesserait d'être d'accord, tous les autres auraient à rompre la convention qu'ils ont faite avec lui, ce qui est une injustice » (Thomas Hobbes, *Leviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, (1651), Paris, Dalloz, 1999, p. 180). Cette dimension de contrainte n'implique pas nécessairement un consentement explicite et ne peut être levée que par la dissolution du gouvernement ou de la société (John Locke, *Traité du gouvernement civil*, (1690), Paris, Flammarion, coll. "G.F.", 1992, p. 234-235 et, p. 298sq.). Pour Rousseau, il en va de

redimensionner le droit international à son nouvel objet, que les Etats n'entrent pas dans le « club » des droits de l'homme comme « Caton au théâtre [...] *seulement pour en sortir*⁶⁵ » ? La Convention européenne des droits de l'homme combine deux handicaps au moment de répondre à cette question.

Premièrement, elle fonde un système qui, par son dualisme et sa subsidiarité, accorde une latitude importante aux Etats dans la mise en œuvre des dispositions de la Convention. Aux yeux de la doctrine, cette priorité aux gouvernements pour déterminer les moyens opportuns pour réaliser leurs obligations en matière de droits de l'homme « obère l'effectivité du contrôle » effectué par les instances européennes dont « l'existence elle-même dépend de la coopération et de la bonne volonté constantes des Etats parties à la Convention⁶⁶ ». Sous cet aspect, le système régional européen présenterait un handicap par rapport à un système constitutionnel. Ce regret civiliste, si l'on peut dire, doit être pris en compte : il montre que le fondement des droits de l'homme dans la volonté des Etats en droit international ne pose pas seulement un problème lié à l'origine de l'engagement des Etats en faveur des droits de l'homme (positivisme *vs.* justnaturalisme) mais qu'il pose aussi un problème de politique juridique au regard duquel le principal enjeu concerne les moyens par lesquels il est possible de favoriser la permanence de l'assentiment des Etats.

Du point de vue de l'origine des droits de l'homme, leur lien avec la sociabilité des Etats semble arbitraire donné le dualisme fondateur du système conventionnel. Une manière commode d'établir une liaison univoque entre les deux niveaux serait d'abandonner ce dualisme pour une perspective moniste. Seulement, l'articulation entre ces deux approches est un élément de politique juridique. Dès lors, peut-être l'importation, en Europe, d'un modèle civiliste figurerait-elle une panacée (sur la voie d'un fédéralisme) ; cependant, les conditions du droit international invitent à se départir de ce regret civiliste. La question qui subsiste peut être formulée de manière seulement pragmatique : “*Is the proposed system practicable?*” Sir Hersch Lauterpacht estime que la réponse à cette question n'est a priori pas plus complexe dans l'ordre international que dans l'ordre civil :

l'impossibilité de « [jouir] des droits du Citoyen sans vouloir remplir les devoirs du sujet » (Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, (1762), Paris, Gallimard, coll. "folio essais", 1995, p. 113).

⁶⁵ Locke, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 216.

⁶⁶ Ross, "Limitations on Human Rights...", op. cit., p. 211.

Everything is practicable that is rational and dependent for its realization on the sovereign decision of human will. An international procedure for the protection of human rights within the states of Western Europe is, in many ways, no less practicable than the enforcement of the Bill of Rights by the Supreme Court of the United States in relation to the forty-eight sovereign States of the American Union.⁶⁷

L'avantage a priori du modèle constitutionnel sur l'ordre international tient à l'existence d'une contrainte pour verrouiller les obligations en matière de droits de l'homme : l'autorité d'un organe constitutionnel ne peut être remise en cause et la souveraineté d'Etats fédérés est moindre que dans une « union » telle que le Conseil de l'Europe⁶⁸. Cela ne veut pas dire que la « contrainte sociale [...] en faveur de l'observation du droit » est inexistante en droit international ; il faut cependant reconnaître qu'elle est plus « diffuse », en tout cas fondée sur le principe de la coordination ou de la « responsabilité » plutôt que de la subordination ou de « l'obligation »⁶⁹.

Le système conventionnel présente sous cet aspect un second handicap qui ne pouvait pas apparaître au moment où Hersch Lauterpacht se posait la question de sa « praticabilité ». Les règles « secondaires » du droit international, celles qui déterminent les moyens pour stabiliser les obligations contractées par les Etats⁷⁰, furent formalisées après l'entrée en vigueur de la Convention. Avant la *Convention de Vienne sur le droit des traités* en 1969, les règles de reconnaissance des sources du droit international, des engagements des Etats et de l'établissement des violations n'étaient pas codifiées ; il est d'ailleurs frappant qu'Herbert Hart, introduisant cette distinction, ne l'estime pas applicable au droit international⁷¹. La Convention de Vienne entra en vigueur seulement en

⁶⁷ Lauterpacht, "The Proposed European Court of Human Rights", op. cit., p. 36.

⁶⁸ Voir respectivement : Ross, "Limitations on Human Rights...", loc. cit. ; Lauterpacht, "The Proposed European Court of Human Rights", op. cit., p. 36-37.

⁶⁹ Dupuy, *Droit international public*, op. cit., p. 15.

⁷⁰ « Tandis que les règles primaires se rapportent aux actions que les individus doivent ou non accomplir, [les] règles secondaires [...] déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi » (Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit*, (1961), Bruxelles, FUSL, 1994, p. 119-120).

⁷¹ Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 254 (« Le droit international manque [de] règles secondaires »). Pierre-Marie Dupuy emprunte cette distinction et justifie son applicabilité au droit international (Dupuy, *Droit international public*, op. cit., p. 13 ; aussi p. 491).

1980 et stipule explicitement sa non-rétroactivité (art. 4 : elle « s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats »).

En l'absence de telles « règles secondaires » explicites, le droit international n'est cependant pas dépourvu de moyens pour fixer un régime objectif de légalité des actions étatiques en matière de respect des droits de l'homme ; nous pouvons distinguer trois moyens mis en œuvre dans le système européen pour définir un tel « ordre public ». Indépendamment de la codification des règles procédurales intervenue seulement quelques décennies plus tard, cela passe d'abord par le fait que l'assentiment des Etats n'est pas en tout point du temps révisable (1^{ère} étape), ensuite par une construction particulière des obligations en matière de droits de l'homme (2^{ème} étape) et enfin par une véritable applicabilité du droit des droits de l'homme dans « l'ordre juridique international⁷² » lui-même (3^{ème} étape).

*1ERE ETAPE : LES PRINCIPES GENERAUX
DE PROCEDURE EN DROIT INTERNATIONAL.*

La principale faiblesse, toujours soulignée, du droit international touche à sa « décentralisation » : il est édicté, et généralement appliqué, par les sujets de droit eux-mêmes. S'ensuivent une « absence de détermination objective de la légalité » internationale et un « caractère aléatoire des conséquences de la violation du droit »⁷³. Cette horizontalité, opposée à la structure hiérarchisée du droit interne, se retrouve aussi au niveau des sources de droit. Il est, en effet, impossible par principe d'établir une hiérarchie entre les sources en droit international, que ce soit sur la base de leur mode d'édition, du nombre des sujets qui les reconnaissent ou même de leur caractère de généralité⁷⁴. Ce faisant, la Convention de Vienne sur le droit des traités ne codifie pas les règles de procédure du droit international à la manière des rédacteurs du Code civil au XIX^e siècle (on a parlé de « cartésianisme méthodologique » à propos des intentions des rédacteurs, sinon des conditions de réalisation⁷⁵) ; elle procède

⁷² Voir respectivement Dupuy, *Droit international public*, op. cit., p. 15-16 et p. 488sq.

⁷³ Dupuy, *Droit international public*, op. cit., p. 16-17.

⁷⁴ Dupuy, *Droit international public*, op. cit., p. 18-19.

⁷⁵ Jean-Luc Chabot, "Cartésianisme méthodologique et Code civil", Jean Luc Chabot, *et al.*, *Le Code civil et les Droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 29-31 et 37-39. Parlant de

seulement à la reconnaissance formelle de principes généraux du droit international dont la validité était reconnue en droit international avant l'élaboration de la Convention européenne.

Si l'on admet que la reconnaissance des droits de l'homme en droit international s'inscrit dans une continuité, on peut distinguer des principes généraux qui jouaient le rôle de « règles secondaires » avant leur codification explicite et sur la base desquels il était possible, au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, de déterminer un régime objectif pour les obligations relatives aux droits de l'homme. Parmi ces principes, nous pouvons en distinguer cinq fondamentaux :

- le principe du libre consentement (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) : ce principe garantit en quelque sorte l'authenticité du consentement d'un Etat aux obligations qui lui incombent ; en vertu de ce principe, l'assentiment d'un Etat aux obligations qui découlent d'un traité international peut être présumé tant qu'il ne le dénonce pas et pour toute la période antécédente à cette dénonciation ;
- le principe de la bonne foi (*bona fide*) : dans un système où l'interprétation du droit dépend essentiellement des sujets de droit (les Etats), cette clause est essentielle car elle fixe une présomption pour une application normale, raisonnable, « suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité⁷⁶ » ; ce principe permet de postuler qu'il y a une forme d'objectivité ou d'évidence des obligations internationales ainsi que de leurs violations ;

« l'esprit géométrique du Code », l'auteur fait référence, pour rendre compte des ambitions de ses rédacteurs, à l'idée développée par Etienne Gilson d'un « cartésianisme politique », particulièrement dans la philosophie de Hobbes, qui « est une transposition à l'homme politique de ce que le début du Discours de la méthode dit de l'homme intellectuel » (Etienne Gilson, *Le réalisme méthodique*, (1935), Paris, Pierre Téqui, 2007, p. 77). Le « cartésianisme » de Hobbes, pour reprendre cette expression de Gilson, se retrouve dans sa conception axiomatique du droit naturel où il dérive de la loi fondamentale de la nature deux lois primaires puis une série de lois secondaires. Voir Hobbes, *Leviathan*, op. cit., p. 128 : « Une loi de la nature (*lex naturalis*) est un précepte, une règle générale, découverte par la raison, par laquelle il est interdit aux gens de faire ce qui mène à la destruction de leur vie ou leur enlève le moyen de la préserver, et d'omettre ce par quoi ils pensent qu'ils peuvent être le mieux préservés. »

⁷⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31-1.

- le principe de l'engagement (*pacta sunt servanda*) : l'élément essentiel de ce principe réside dans le fait qu'un Etat ne peut pas invoquer des dispositions de droit interne pour justifier le non-respect d'obligations auxquelles il a librement consenti ;
- le principe des circonstances exceptionnelles (*rebus sic standibus*) : littéralement, ce principe pose que les obligations des Etats cessent devant des circonstances exceptionnelles ; en réalité, ce principe protège plutôt les obligations dans la mesure où il opère une répartition de la charge de la preuve : il incombe à l'Etat de justifier la non-observance d'une obligation internationale ;
- le principe de la conservation des engagements (*favor contractus*) : il stipule, qu'en général, les obligations dues au titre d'un traité ne s'éteignent pas même si le nombre d'Etats parties devient, par le jeu des dénonciations, inférieur à celui requis pour qu'il entre en vigueur ; ce principe garantit une forme de permanence à la forme de société qui émerge *de facto* entre des Etats qui souscrivent à des engagements communs.

Ces cinq principes peuvent être vus comme des moyens de verrouiller les engagements en droit international et d'instaurer par là les bases d'un « ordre public » (c.-à-d. d'un cadre de légalité pour les actions étatiques), sinon dans la société internationale dans son ensemble, du moins entre les Etats qui ont souscrit des obligations en vertu de traités communs. Ils se trouvent formalisés dans la Convention de Vienne en préambule (2. *bona fide*), dans les articles 22 (5. *favor contractus*), 26-27 (3. *pacta sunt servanda*), 34 (1. *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) et 62-61 (4. *rebus sic standibus*).

Même s'ils n'étaient pas codifiés en 1951, ces principes procéduraux du droit international sont formulés dans la Convention européenne : l'art. 56 prévoit que « tout Etat peut [...] déclarer [...] que la présente Convention s'appliquera [à tout ou partie] des territoires dont il assure les relations internationales » (1.) ; si la « bonne foi » n'est pas mentionnée explicitement dans la Convention, nous la trouvons néanmoins sous-jacente dans « l'interdiction de l'abus de droit » et la

limitation de l'usage des restrictions aux droits » (2.)⁷⁷ ; au titre de l'art. 52, les Etats doivent pouvoir donner les « explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de [la] Convention » (3.) ; si, en cas de circonstances exceptionnelles, un Etat peut déroger à ses obligations au titre de l'art. 15, il doit s'en justifier et indiquer lorsque ces circonstances ont cessé (4.) ; enfin, si la Convention fixe à dix le nombre de ratifications nécessaires pour son entrée en vigueur (art. 59), elle ne prévoit aucun nombre minimum d'Etats parties, ce qui signifie que tout Etat reste lié à la Convention tant qu'il ne l'a pas dénoncée et quel que soit le nombre de dénonciations par ailleurs (5.).

*2EME ETAPE : LA CONSTRUCTION DES OBLIGATIONS
EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME.*

Des dispositions spécifiques renforcent encore cet effet d'objectivation des obligations des Etats vis-à-vis des droits de l'homme et vient montrer de manière plus prononcée combien, malgré les faiblesses relatives du droit international par rapport au cadre civil, leur assentiment à la protection des droits de l'homme n'est pas en tout point du temps révisable. Par exemple, l'art. 58 sur la dénonciation de la Convention prévoit des contraintes importantes pour tout Etat tenté de se dégager de ses obligations : tout d'abord, il ne peut le faire « qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard et moyennant un préavis de six mois » ; ensuite, cette dénonciation n'est pas rétroactive, ce qui signifie que l'Etat reste justiciable de violations antérieures et qu'il ne peut se délier arbitrairement de son consentement⁷⁸.

Mais l'exemple le plus marquant à ce niveau concerne les réserves à l'instrument conventionnel. A priori, il n'y a aucune limite à la capacité d'un Etat d'assortir de réserves ses engagements en droit international. Seulement, cette capacité des Etats à moduler leurs engagements nuit à la cohérence du droit international. Potentiellement, même s'agissant des obligations relatives à un seul traité, il

⁷⁷ Respectivement art. 17 et art. 18 de la Convention dans lesquels nous retrouvons l'idée d'une interprétation normale, raisonnable, des dispositions de la Convention.

⁷⁸ Peter Van Dijk, Fried Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Antwerpen, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 11 et p. 15. La Cour européenne reste, de plus, compétente pour connaître de toute allégation de violation antérieure à la dénonciation de la Convention et ce même après que celle-ci est effective.

pourrait devenir impossible d'identifier suffisamment de clauses communes aux Etats pour envisager une quelconque « détermination objective de la légalité » en la matière ; il ne serait plus possible que de distinguer des « droits publics externes » des Etats concernés (*supra*). Le risque d'un tel morcellement des obligations étatiques est bien réel et, particulièrement en matière de droits de l'homme, il doit s'accompagner d'une réflexion sur la *légitimité* des réserves étatiques ; il souligne la tension, voire l'opposition, entre les deux volontés de sociabilité et de légalité, dans l'ordre international :

Le problème de la légitimité des réserves est un problème de choix entre deux objectifs : le rapprochement des peuples par l'extension de la communauté des parties aux traités multilatéraux *ou* l'uniformisation du droit.⁷⁹

Cette question des réserves nous introduit dans les ambivalences du conventionnalisme juridique en droit international : si la liberté du consentement se présume, et avec elle la capacité d'émettre des réserves, on doit aussi admettre la faculté des « parties contractantes [...] d'interdire, ou de limiter, ou de faciliter à leur gré la formulation de réserves⁸⁰ » ; qu'en est-il de la Convention européenne des droits de l'homme et que peut nous apprendre cette pratique conventionnelle des réserves entre les Etats européens sur le statut « d'ordre public » des droits de l'homme ?

Principal élément de la pratique des réserves dans le droit européen des droits de l'homme, l'art. 57 de la Convention. Nous y lisons que les réserves sont autorisées, de manière plutôt libérale de surcroît : « Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. » Au regard de l'alternative précédente, la Convention favorise donc sur ce point la sociabilité (c.-à-d. la facilité pour les Etats à se rallier à la Convention) par rapport à la légalité (c.-à-d. l'affirmation des droits de l'homme comme dispositions impératives). On peut imaginer, en effet, que les Etats européens se fussent accordés à interdire les réserves. Le tableau n'est pas "tout noir" cependant : il ne peut être question de « réserves de caractère général » qui « ne sont pas autorisées aux termes du présent article » ,

⁷⁹ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 180 (je souligne).

⁸⁰ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 180-181.

ce qui implique non seulement qu'elles doivent concerner une disposition légale particulière, mais encore qu'elles ne doivent faire place, sous peine de nullité, à aucune ambiguïté⁸¹. De plus, les organes de la Convention sont compétents pour décider de la validité d'une clause réservataire⁸². Il convient surtout de remarquer, à cet égard, que l'interprétation des réserves étatiques conduit, finalement, les organes de la Convention à adopter une attitude antinomique par rapport aux principes du droit international classique. En effet, il est d'usage, lorsqu'une réserve est déclarée invalide, que l'Etat se trouve alors réputé délié de l'obligation à laquelle il avait entendu souscrire *sous réserve*, justement. Dans le système européen des droits de l'homme, au contraire, l'Etat reste lié par la Convention même si une réserve est déclarée invalide et ne pas produire, par-là, les effets juridiques escomptés⁸³. Il y a là une brèche importante dans la liberté d'un Etat de s'engager comme il le souhaite au niveau international⁸⁴. Les dispositions de la Convention établissent donc bien un verrou dans la mesure où les réserves permettent une modulation seulement limitée des engagements.

Une affaire illustre cette pratique⁸⁵. En 1989, une ressortissante cyprite, Mme Loizidou se plaint d'une violation de son droit au respect du domicile (protégé par l'art. 8, *supra*) en raison de l'impossibilité pour elle de jouir d'un bien-fonds

⁸¹ L'art. 57 prévoit ainsi deux conditions principales à la validité d'une réserve. Tout d'abord, elle ne doit pas être de caractère général, c'est-à-dire « rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts » (Cour EDH, *Belilos c. Suisse* (Cour Plénière), req. n°10328/83, 29 avr. 1988, §55). Ensuite, elle doit comporter un exposé de la disposition légale qui en forme l'objet. Par exemple, la Norvège avait, – elle l'a retirée ensuite, – émis une réserve concernant l'art. 9 relatif à la « liberté de pensée, de conscience et de religion » en précisant que sa Constitution interdisait absolument les jésuites (J. G. Merrills, A. H. Robertson, *Human Rights in Europe. A Study of the European Convention on Human Rights*, (3e éd.), Manchester, Manchester University Press, 1993, p. 205). Pour Philip Leach, « l'obligation de fournir un bref exposé de la loi en cause est considérée à la fois comme un élément de preuve et une garantie de sécurité juridique » (Philip Leach, *Taking A Case To The European Court Of Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2005, p. 395).

⁸² Il est plus courant qu'un traité prévoie qu'une réserve est valide dès lors qu'une majorité (ou, au contraire, un seul) des Etats signataires l'a acceptée.

⁸³ Merrills, Robertson, *Human Rights in Europe*, op. cit., p. 207-208. Les auteurs soulignent ainsi que, dans la pratique, « les réserves peuvent se révéler moins utiles que leurs auteurs ne l'avaient espéré » (*op. cit.*, p. 205).

⁸⁴ Ajoutons que les protocoles n°6 (portant sur « l'abolition de la peine de mort ») et n° 13 (portant sur « l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances ») prévoient une exception à l'article 57 en stipulant qu'aucune réserve ne pourra être formulée par les Etats signataires.

⁸⁵ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)* (Chambre), req. n°15318/89, 23 mars 1995.

qu'elle possédait dans la partie septentrionale de l'île, occupée par l'armée turque. La Turquie objecta de déclarations qu'elle avait formulées dans lesquelles elle déclinait l'application de la Convention en dehors de son territoire métropolitain ; elle contestait sur cette base la compétence *ratione loci* de la Cour européenne des droits de l'homme dans cette affaire. Or, il se trouve que les dispositions pertinentes de la Convention prévoient seulement de manière explicite la possibilité de restrictions *ratione temporis* à la mise en œuvre de la Convention (§68). Peut-on y adjoindre des restrictions *ratione materiae* (relatives au contenu) ou des restrictions *ratione loci* (relatives au territoire) ? La Turquie argue à l'appui de sa position que « le système de la Convention connaîtrait en fait de multiples clauses [...] qui constituent la base d'engagements à la carte des Parties contractantes » (§67). Contre une telle interprétation extensive favorable au principe de souveraineté des Etats (*in dubio, pro mitius*), la Cour estime que les articles incriminés « ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu » (§80). Elle justifie cette interprétation restrictive sur la base de l'art. 57 qui prévoit les réserves à la Convention et qui, selon elle, verrouille la capacité des Etats à tempérer ensuite leur engagement en dehors de dispositions explicites de la Convention :

77. L'existence de pareille clause restrictive concernant des réserves [« au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification » ; « les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article », *cf. supra*] donne à penser que les Etats ne sauraient limiter leur acceptation des clauses facultatives pour soustraire en fait des secteurs de leur droit et de leur pratique relevant de leur "juridiction" au contrôle des organes de la Convention. L'inégalité que pourrait engendrer entre les Etats contractants la tolérance d'acceptations limitées de la sorte irait de plus à l'encontre de la finalité de la Convention exprimée dans son préambule : la réalisation d'une union plus étroite par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme.

Cet extrait est important⁸⁶. A aucun moment les juges n'avancent d'argument sur une dimension axiologique des droits de l'homme pour critiquer la légitimité des réserves turques et réfuter l'idée d'engagements « à la carte ». Quoiqu'elle reste sujette à débat (l'arrêt joint les opinions dissidentes de deux

⁸⁶ Pour une analyse détaillée : Van Dijk, Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 14

juges), leur position se fonde seulement sur la mise en avant de contraintes juridiques propres au système conventionnel pour justifier pourquoi les Etats ne sont pas « libres de souscrire à des régimes distincts de mise en œuvre des obligations conventionnelles selon l'étendue de leur acceptation » car cela « amoindrirait [...] l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (§75).

Cette position nous oblige à dépasser l'opposition précédente entre légalité et sociabilité. Tant que le ralliement des Etats est prioritairement poursuivi, on comprend facilement que le souci de l'uniformisation des obligations des parties puisse constituer un frein. Dans le cadre conventionnel, où il s'agit prioritairement de former un « club » selon des « règles » spécifiques, la légalité devient au contraire un adjuvant de la sociabilité. A partir du moment où la cohésion (« la réalisation d'une union plus étroite ») est visée à travers l'adhésion des Etats, la pratique des réserves, même admise, doit être contingentée car elle devient elle-même un frein à la sociabilité internationale. Les juges européens n'affirment pas autre chose à la fin du §77 de l'arrêt Loizidou cité. De ce point de vue, il est essentiel de pouvoir déterminer de manière objective la légalité d'un traité, c'est-à-dire la valeur « d'ordre public » des obligations qu'il prévoit.

Je ne peux, à cette étape, que formuler une hypothèse que je justifierai dans les chapitres suivants : *les droits de l'homme sont promus au rang d'obligations juridiques parce qu'ils jouent un rôle fonctionnel important : celui de poser les limites d'une communauté entre les Etats européens et d'assurer le fonctionnement de ses institutions.* Toute possibilité laissée aux Etats d'y déroger impliquerait – au moins potentiellement – le délitement de cette communauté, en l'occurrence le Conseil de l'Europe :

Au sein d'organisations internationales – et d'autant plus si elles sont intégrées ou supranationales –, la réciprocité est limitée et disciplinée. En tant que pouvoir d'ajustement unilatéral, elle est largement abolie. Elle fait place à des compétences d'organes communs qui veillent au respect des textes. [...] Les multiples et incertains équilibres *inter partes* sont peu à peu remplacés par une collocation fixe de chacun *erga omnes*, avec son lot de droits et de devoirs régentés par le droit objectif. Le bilatéralisme recule au profit d'un régime

intégré. C'est progressivement l'égalité générale devant la loi, la garantie et l'inconditionnalité des obligations, qui s'imposent.⁸⁷

Erigés au rang de principes d'ordre public, les droits de l'homme se trouveraient donc aussi nantis d'une intangibilité puisqu'aucun Etat ne pourrait y déroger arbitrairement. Mais cette intangibilité ne serait pas morale ou axiologique, elle aurait une portée juridique et fonctionnelle. Je propose de lire en ce sens la définition des droits que donne Robert Kolb : « Les obligations relatives aux droits de l'homme ont été *construites* comme obligations absolues, dues en toute circonstance, non à un Etat, mais à des individus, indépendamment de l'attitude d'autres Etats⁸⁸. » *Les droits de l'homme seraient « construits » de manière à garantir la permanence et la stabilité d'un ordre international régional en Europe ; l'exigence d'un « ordre public » intéresserait donc particulièrement les institutions du Conseil de l'Europe et, au premier rang de celles-ci, la Cour de Strasbourg, car elle détermine l'applicabilité de la Convention.*

3EME ETAPE : L'APPLICABILITE DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE INTERNATIONAL.

On aperçoit ici un motif fort de convergence entre les deux enjeux du projet européen, les droits de l'homme et la sociabilité internationale. Le souci « d'efficacité » de la Convention comme instrument de sociabilité entre les Etats semble de nature à satisfaire l'exigence déontologique attachée à la matière « droits de l'homme » sans présumer d'axiologie au-delà d'une problématique de politique juridique (assurer la permanence de l'assentiment des Etats).

Jusqu'ici, j'ai montré qu'il est possible de lier les deux enjeux du projet européen en empruntant les « moyens » du droit pour rendre « praticable » une protection effective des droits de l'homme sur la base d'une « union » entre Etats. Fonder ainsi la positivité des droits de l'homme dans la volonté des Etats, et non sur leur valeur injonctive, suppose cependant, pour les Etats, la concession d'une part de souveraineté au profit des droits de l'homme. Il s'agit d'un élément politique au sens où il dépend dans une certaine mesure de l'arbitraire des Etats : ils auraient pu s'engager sur une voie fédéraliste mais choisirent de rester en-deçà ; cette prévalence du modèle interétatique sur le

⁸⁷ Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, op. cit., p. 329.

⁸⁸ Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, loc. cit. (je souligne).

modèle civiliste montre qu'ils entendirent limiter l'importance de cette concession⁸⁹. Quoi qu'il en soit, le système juridique issu de la Convention européenne présente une originalité certaine. Nous en avons eu l'illustration dans l'affaire Loizidou ci-dessus : les modes d'interprétation de la Convention restent ceux du droit ; seulement, le résultat reste, quant à lui, irréductible aux « dogmes "classiques" de l'interprétation du droit international, à tout le moins dans leur expression la plus tranchante⁹⁰ » :

A la classique présomption en faveur de la souveraineté des Etats (*in dubio, mitius*), se [voit] clairement substituée une interprétation fondatrice tout entière dédiée à la promotion du but de la Convention (*in dubio, pro libertate*). Les droits et libertés garantis par celle-ci [feront] donc l'objet d'une interprétation extensive, lors que les limitations susceptibles de leur être apportées [seront] au contraire interprétées de manière restrictive.⁹¹

Une interprétation fondatrice de la Convention européenne organisée sur le principe de souveraineté (*pro mitius*) serait certainement aussi délétère pour les droits de l'homme qu'une pratique des réserves permettant un engagement « à la carte ». Or, il n'est pas nécessaire de faire référence à un concept axiologique des droits de l'homme pour la repousser. Au contraire, on obtient le même résultat favorable aux droits de l'homme par les moyens du droit international (et non par une réforme de celui-ci). Tout en respectant le dualisme explicite du système européen, on peut ainsi considérer que les droits de l'homme tendent à circonscrire en Europe les limites d'un « ordre public », c'est-à-dire d'un ensemble de règles impératives qui déterminent les rapports de droit à l'intérieur d'un système juridique et auxquelles personne ne peut s'accorder à déroger par des conventions particulières⁹² ; les règles d'ordre public

⁸⁹ Lauterpacht, "The Proposed European Court of Human Rights", op. cit., p. 36-37 : "The States of the American Union have surrendered most of their sovereignty to the Union [...] Will the States of the Council of Europe agree to any such surrender of sovereignty? It is not within my province to answer that question. On the other hand, it is within our province as lawyers to draw attention to the undeniably large measure of surrender of sovereignty implied in the proposed European Court and Commission of Human Rights."

⁹⁰ Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL, 2001, p. 49.

⁹¹ Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 50-51.

⁹² Voir Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Introduction au droit* (3^e édition), Paris, Litec, 1991, p. 190 : « Il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette expression [...] L'ordre

conditionnent de cette manière un régime *objectif* de droits et d'obligations indépendamment des circonstances ou intérêts.

L'un des rares recours interétatiques dans l'histoire de l'application de la Convention illustre l'importance des droits de l'homme comme « contraintes » (et non comme « valeurs ») dans cette idée « d'ordre public ». En 1960, l'Autriche forma recours contre l'Italie pour violation de la Convention relativement à des faits qui se produisirent alors que l'Italie était déjà partie à la Convention mais que l'Autriche ne l'était pas encore. Pour se défendre, l'Italie souleva une exception d'irrecevabilité en arguant du fait que l'Autriche ne pouvait appeler l'Italie en cause devant les institutions européenne pour des faits s'étant déroulés avant que les deux pays fussent l'un et l'autre partie à la même Convention et, par conséquent, soumis aux mêmes obligations. Pour exprimer simplement la question de droit soulevée, disons qu'il paraissait injuste à l'Italie de pouvoir être attaquée par le gouvernement autrichien pour des faits qui s'étaient déroulés durant une période alors l'Autriche ne pourrait être justiciable de tels faits sur la même période ; le principe de réciprocité dans les relations internationales entre les deux pays s'en trouverait bafoué⁹³. Les instances européennes reconnurent la requête autrichienne comme recevable et affirmèrent notamment que « les obligations souscrites par les Etats Contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif » et ne visent pas « à créer des droits réciproques et subjectifs entre ces derniers ». Il s'ensuit que l'Etat autrichien « ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe⁹⁴ ».

public signifie simplement que certaines règles de droit s'imposent rigoureusement parce qu'elles expriment des principes fondamentaux de notre civilisation. »

⁹³ Les obligations des Etats en droit international sont généralement conditionnées par la réciprocité : un Etat n'est obligé vis-à-vis d'un autre Etat que dans la mesure où celui-ci respecte ses propres obligations par rapport à lui. Cette exception soulevée par le gouvernement italien montre bien la répulsion qu'exercent l'une sur l'autre les notions de réciprocité et d'ordre public ; voir aussi Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, op. cit., p. 329 : « L'ordre public comme exigence juridique inconditionnelle refoule la réciprocité : un certain devoir est toujours dû, eu égard à son importance fondamentale. Il ne dépend plus de l'attitude de l'autre partie, ni du respect qu'elle manifeste de son côté pour le respect de l'obligation en question. Aucun *tu quoque* n'est plus admissible. »

⁹⁴ Commission EDH, *Autriche c. Italie*, req. n°788/60, 11 jan. 1961. L'instance européenne conclut à la recevabilité partielle de la requête car « le fait que l'Italie n'avait point d'obligations envers l'Autriche, en vertu de la Convention, à l'époque [des faits], n'empêche pas l'Autriche d'alléguer maintenant la violation de la Convention à propos de [ces faits]. »

L'originalité du système européen consiste à faire de la légalité (du caractère objectif et impératif des obligations) une condition de la sociabilité (du rapprochement des Etats), ce qu'on peut représenter sous la forme schématique suivante (figure 2). Dans ce schéma, le tracé en pointillés représente la relation inverse entre légalité et sociabilité sur la base des dogmes classiques du droit international, étant entendu qu'on présume une absence de corrélation entre les deux niveaux (un minimum de légalité, un maximum de sociabilité⁹⁵) ; le tracé plein représente la relation vertueuse entre légalité et sociabilité, étant entendu qu'une corrélation entre les deux termes est présumée (*supra*) à travers l'idée d'un « ordre public européen » :

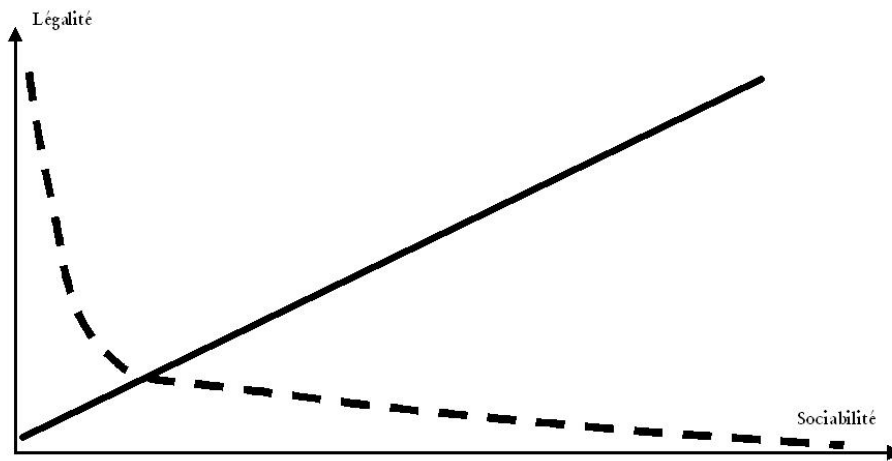


Figure 2 : représentation schématique des relations entre légalité et sociabilité en droit international

Ce rôle de la légalité des obligations comme catalyseur de la sociabilité entre les Etats appelle deux remarques : premièrement, on peut subodorer une modification de la « sociabilité » dont il s'agit, d'une sociabilité évaluée seulement sur le nombre d'Etats ralliés à un traité à un critère qualitatif de sociabilité ; deuxièmement, cette modification de la « sociabilité » correspond à une modification du type de « traité » dont on parle. Pour que la qualité de la sociabilité internationale puisse être améliorée, le traité ne doit pas avoir pour seule fonction de permettre le ralliement des Etats ; il doit aussi jouer un rôle *constitutif* dans la communauté des cocontractants. Peut-on parler, à l'instar des

⁹⁵ Au sens où plus la capacité des Etats à souscrire des régimes différentiels d'obligations sera grande, plus ils seront enclins à se rallier à un traité (*supra*). L'hypothèse sous-jacente est qu'un minimum de sécurité juridique est néanmoins requis, ce pourquoi la courbe ne se confond pas avec l'abscisse et l'ordonnée.

juges européens, de la Convention « en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (*supra*) sans pour autant renouer avec le regret civiliste dont nous avons tâché de nous départir ?

Conclusion.

Cette question est dirimante concernant la « praticabilité » du système européen (Hersch Lauterpacht). Bâti sur le principe de la positivité des droits de l'homme, c'est-à-dire sur leur définition comme contraintes juridiques plutôt que comme valeurs injonctives, ce système présuppose néanmoins qu'il est possible de conférer aux obligations étatiques un caractère impératif, objectif. Seule une interprétation finaliste de l'instrument européen (c.-à-d. en fonction de son but ; *pro libertate*) peut permettre de remplir cette condition. Cela revient-il à réintroduire *de fait* un monisme dans le système européen ? La Cour européenne se trouve-t-elle contrainte de jouer le rôle de Cour constitutionnelle au risque de heurter la souveraineté des Etats et, potentiellement, de les inciter à sortir de la communauté, du « club », des droits de l'homme ?

Le paradoxe qui s'esquisse est le suivant : une conception axiologique des droits de l'homme postule leur fondement dans des aspirations de la société internationale et figure une forme « d'idéalisme » appliqué au droit ; la conception positiviste des droits de l'homme postule quant à elle leur fondement dans la volonté des Etats et figure une forme de « réalisme » dans ce sens. Dès lors que l'on admet que la sociabilité internationale s'incarne dans le comportement contractuel des Etats, il semble que nous devons concilier certains aspects des deux positions. Un « réalisme » nu échoue en effet à proposer un contractualisme conséquent car il paraît difficile de trouver dans l'Etat « une raison de se subordonner à autre chose qu'à lui-même », en tout cas « plus difficile encore que de prouver la quadrature du cercle par la règle et le compas »⁹⁶. La question sur laquelle achoppe le droit international classique est similaire à celle d'un contrat social impossible entre « atomes sociaux » : « comment, dès lors, recomposer un corps social avec de telles libertés⁹⁷ ? » Dirait-on qu'un tel réalisme doit s'adjoindre une part d'idéalisme, c'est-à-dire disposer

⁹⁶ Gilson, *Le réalisme méthodique*, op. cit., p. 77-78.

⁹⁷ Gilson, *Le réalisme méthodique*, loc. cit.

d'une doctrine critique afin de distinguer *a priori* quels comportements contractuels entre les Etats seront constitutifs d'une communauté entre eux ? Il n'est pas certain qu'un tel « réalisme critique », qui tâche de « transférer [la critique] *au début* », ne soit pas lui-même « un cercle carré (bien pis, car un cercle carré a du vrai) »⁹⁸.

Je paraphrase ici Etienne Gilson lorsqu'il analyse respectivement le « cartésianisme politique » de Hobbes et le « réalisme critique » de l'Ecole de Louvain. Le paradoxe précédent montre que les droits de l'homme ne peuvent être conçus comme un « code civil » pour la communauté interétatique au sein du Conseil de l'Europe sans tomber sous le coup de difficultés épistémologiques plus considérables que celles d'une pensée du contrat social. Dès lors, la « praticabilité » de la protection des droits de l'homme rejoint *mutatis mutandis* le problème, posé par Gilson, de la validité des connaissances. Le problème de la validité des connaissances pose la question d'une liaison entre réalité empirique et représentations sous le régime de la « vérité » ; celui de la « praticabilité » du système européen pose la question d'une liaison entre droits de l'homme et sociabilité interétatique sous le régime de la « légalité » (« ordre public »). Gilson prône, pour le réalisme, une attitude expectante où il est question d'une « critique *des* connaissances [qui] est intérieure et postérieure au réalisme » plutôt que d'une « critique *de la* connaissance [qui] lui serait antérieure et lui interdirait d'exister »⁹⁹. Il semble qu'une critique *a priori* (idéaliste) de la sociabilité des Etats au nom d'un concept axiologique des droits de l'homme lui interdirait pareillement d'exister. Il reste que nous nous trouvons aux prises avec *des* comportements contractuels des Etats européens qu'il faut bien critiquer, c'est-à-dire dont il faut bien déterminer la valeur de sociabilité.

Je propose d'adopter ici, au moins provisoirement, la stratégie de Gilson : « S'il y a dans l'idéalisme du bon, nous le retrouverons nécessairement tout seuls ; pour le moment, je lui refuse le droit d'exister, purement et simplement, et je ne veux représenter, si jamais je représente quelque chose, que le réalisme, y compris sa méthode¹⁰⁰. » En d'autres termes, il s'agit dans les deux chapitres qui viennent de suspendre toute référence axiologique aux droits de l'homme et

⁹⁸ Etienne Gilson, Jacques Maritain, *Correspondance*, (1923-1971), Paris, Vrin, compilé par Géry Prouvost, 1991, p. 85-87 (lettre du 6 avril 1932).

⁹⁹ Gilson, Maritain, *Correspondance*, loc. cit.

¹⁰⁰ Gilson, Maritain, *Correspondance*, loc. cit.

toute critique afférente du système européen ; sa « praticabilité » doit être seulement formulée en termes « réalistes ». Il faut établir, pour cela, qu'on peut rendre compte de l'engagement des Etats européens dans un système de protection des droits de l'homme sans présumer une conversion morale de leur part. Autrement dit, je veux examiner maintenant si la positivité des droits de l'homme peut être décrite comme le résultat de simples comportements contractuels entre Etats (ch. 2).

Chapitre deux. Les droits de l'homme, instruments des relations internationales ?

“It is time to go beyond ‘dispute-settlement’-type conceptions of the relations among independent albeit integrated legal orders and realise the integrating and community-shaping capacity of conflict [...] the more global sociability becomes, the more disagreement there is and in return the more global convergence and sociability is needed, thus increasing the extent of disagreement, etc.¹”

Une question est restée en suspend au chapitre précédent, pourtant dirimante pour la « praticabilité » du système européen. Elle touche au caractère « constitutif » de la CEDH comme élément fondateur d'un « ordre public » auquel les Etats du Conseil de l'Europe doivent se conformer pour en rester membres. Nous nous souvenons en effet que les juges européens rejetèrent l'idée d'une souscription « à la carte » d'engagements en faveur des droits de l'homme car cela affaiblirait « l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». Il est facile de lever l'incertitude concernant une éventuelle résurgence « civiliste » à ce niveau :

Plus que la société internationale, très décentralisée, les organisations internationales secrètent un ordre juridique hiérarchisé dont le « sommet » est occupé par leur charte constitutive. [...] Cependant, si l'image de la constitution est séduisante, elle ne doit pas conduire à une assimilation simpliste aux constitutions nationales. Les Etats jouent un rôle trop important

¹ Samantha Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 534-535.

dans le fonctionnement des organisations internationales – et dans l'interprétation du traité de base – pour être confondus avec les citoyens d'un Etat. Il n'est pas légitime non plus de confondre le droit constitutionnel, propre à une tradition nationale et autonome vis-à-vis des autres ordres juridiques, et le droit des organisations internationales, en partie subordonné au droit des traités.²

Des normes impératives, constitutives d'une légalité objective (« ordre public »), peuvent émerger en droit international sans pour autant « glisser » vers un supranationalisme. Restant dans les cadres du droit international, ce mouvement d'affirmation des droits de l'homme doit être considéré néanmoins sous deux aspects, celui de leur émergence comme règles de coexistence entre les Etats européens et celui de leur permanence comme normes internationales effectives. Je traite dans ce chapitre du premier aspect, en sachant que chacun pose un problème distinct, de relations internationales ou de politique juridique : l'un touche à *l'acceptabilité* de contraintes en matière de droits de l'homme et l'autre à *l'observance* de ces contraintes par les Etats (*infra*, ch. 3).

Les deux aspects semblent aujourd'hui conciliés. Mais nous nous trouvons dans un contexte historique et politique différent de celui qui présida, en 1950, à l'adoption et à la signature de la Convention européenne des droits de l'homme. Le président de la Cour européenne des droits de l'homme, lors de la séance inaugurale de l'année judiciaire 2007, dressait ainsi le bilan des cinquante années écoulées :

Serait-ce faire preuve d'optimisme, voire d'angélisme, que d'estimer que, depuis la signature de la Convention en 1950, [l'] obligation de respecter les droits de l'homme est globalement de mieux en mieux remplie ? Des dictatures ont disparu et fait place à des régimes démocratiques dans le Sud de notre continent ; le mur de Berlin est tombé et le rideau de fer s'est levé, il y a déjà plus de quinze ans. Malgré de graves conflits comme la guerre en ex-Yougoslavie, les problèmes kurde ou tchéchène, malgré le terrorisme, [...] la barbarie dans l'ensemble recule, la démocratie progresse, les droits de l'homme s'épanouissent.³

² Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 581.

³ Jean-Paul Costa, "Discours de Monsieur Jean-Paul Costa Président de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *Audience solennelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme* à

Les droits de l'homme paraissent ainsi avoir atteint aujourd'hui, en Europe, le statut de principes indétronables, au point qu'un ancien président de la Cour – dans un discours d'adieu marqué, il est vrai, par une emphase de circonstance – évoque des « droits et libertés [...] à la fois éternels et universels⁴ ». Seulement, nous savons qu'il n'y avait jamais eu, avant 1948, de consécration juridique des droits de l'homme en droit international. Il fut donc un temps (long) où les droits fondamentaux étaient une idée et un temps (court) durant lequel ils se seraient définitivement imposés. Seulement, au-delà des satisfécits, la réussite des droits de l'homme n'explique pas comment des Etats en sont venus à renoncer à une part de souveraineté en chargeant une instance internationale de juger, au regard d'une Convention commune, de la licéité de leurs actions vis-à-vis des personnes sous leur juridiction.

Je propose de faire état, dans ce chapitre, des explications historiques de ce geste fondamental. Pour cela, je défends que l'explication « courte » d'une conversion morale des Etats au lendemain de la seconde Guerre Mondiale ne rend pas compte des évolutions des relations internationales au même moment. Pour cette raison, il faut examiner une hypothèse alternative, fondée sur une description des comportements contractuels des Etats, pour expliquer leur acceptation de contraintes en matière de droits de l'homme. Enfin, il convient de traiter la question d'une relation entre l'acceptabilité des droits et leur effectivité ; selon la manière dont nous pouvons établir une telle relation, on pourra proposer une réponse sur le type de sociabilité que la consécration des droits de l'homme en droit international permet d'induire entre les Etats.

l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire le vendredi 19 janvier 2007, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1A3A1A05-4B08-4137-9E7C-4ECE165F3015/0/2007Ouverture_annee_judiciaire_Costa_.pdf, p. 5.

⁴ Luzius Wildhaber, "Discours de M. Luzius Wildhaber Ancien président de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *Audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire le vendredi 19 janvier 2007*, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4034A103-BF99-4962-9BD6-F8217C77F0AD/0/2007WildhaberOuvertureanneejudiciaire.pdf>, p. 1.

1. *L'explication « courte » de la CEDH à l'épreuve de la complexification des relations internationales.*

En admettant même qu'elle procède de quelques évolutions antérieures du droit international (*supra*, ch. 1), la coïncidence entre la fin de la seconde Guerre Mondiale et la consécration juridique des droits de l'homme semble reposer sur une évidence : les fascismes et les totalitarismes auraient inspiré à la fois dégoût et prise de conscience de la part de la société internationale. Cette forme de conversion morale expliquerait l'engagement des Etats en faveur de contraintes inédites en droit international. Seulement, cette explication « courte » ne rend pas compte du résultat des négociations entre les Etats européens qui se révèle en-deçà de leur profession de foi en faveur des droits de l'homme.

En effet, je distingue dans ce chapitre quatre attitudes pour décrire la position des Etats européens dans les phases de négociation de la Convention, c'est-à-dire lorsqu'ils eurent à déterminer les conditions sous lesquelles ils consentirent à accepter des contraintes en matière de droits de l'homme. La première distinction à opérer se trouve entre une position « confédéraliste » et une position « légaliste » et porte sur la formulation des droits, c'est-à-dire entre des pays favorables à une définition large et ouverte des droits et ceux qui prônèrent au contraire une codification explicite des obligations étatiques. La seconde distinction est à faire entre une position « maximaliste » et une position « minimaliste » et concerne le mode de mise en œuvre des obligations, entre la juridiction obligatoire d'un tribunal indépendant et un système plus classique fondé sur la coopération interétatique en s'appuyant sur les instances politiques du Conseil de l'Europe. Du point de vue des droits de l'homme, la formulation vague ou étroite des droits ne semble pas déterminante a priori : il est aisé de distinguer des avantages et des inconvénients aux deux possibilités. Par contre, la question de leur mise en œuvre paraît immédiatement plus critique ; à ce niveau, la position « maximaliste » se détermine à partir de deux critères : la compétence de la Cour européenne pour juger des cas de violation des droits de l'homme et le droit de pétition individuelle, c'est-à-dire la capacité de recours offerte aux nouveaux sujets de droits (principalement les individus) devant ce tribunal.

Or, ces deux dispositions symboliques du système en construction se trouvèrent *in fine* reléguées au rang de clauses optionnelles alors qu'elles constituent en

apparence la clé de voûte d'une protection véritable des droits fondamentaux. En d'autres termes, la solution retenue en 1950 pourrait être décrite comme confédéraliste minimaliste par défaut, quoique maximaliste par destination. Cette contradiction doit être envisagée à l'aune des changements intervenus dans les relations internationales après 1945.

L'EXPLICATION "COURTE" :
LES HORREURS DE LA GUERRE ET LE COMMUNISME.

Au tournant des années 1940-1950, l'Europe est essentiellement marquée par l'urgence de la reconstruction ainsi que par la rupture idéologique entre l'Est et l'Ouest. Ainsi que le résume Marc-André Eissen, ancien greffier à la Cour européenne, les signataires sont alors mus par « la triple impulsion d'un souvenir, d'une crainte et d'une volonté : le souvenir des atrocités nazies et fascistes ; la crainte de l'expansion du communisme ; la volonté d'empêcher à jamais le triomphe du totalitarisme en Europe occidentale⁵ ». Face à une telle détermination, il semble relativement aisé de comprendre les succès de la Convention. La protection des droits de l'homme aurait réussi en Europe car, par-delà les divergences, elle aurait catalysé les volontés politiques des Etats, leur offrant un instrument de réaction face aux totalitarismes ; de plus, elle aurait été un facteur d'identité dans le jeu de bipolarisation entre le "monde libre" et le bloc communiste⁶.

Les droits de l'homme formaient sans aucun doute en Europe, après 1945, un enjeu géopolitique. Nous en trouvons un indice dans les déclarations de Winston Churchill appelant à « construire une sorte d'Etats-Unis d'Europe ». Lorsqu'il expose son projet, il développe des motifs qui présideront ensuite à l'adoption de la Convention européenne, dont l'idée d'un « héritage commun » et celle d'un « Conseil de l'Europe » construit de manière à « rendre inopérante

⁵ Voir Marc-André Eissen, "La Convention et les devoirs de l'individu", (14-15 novembre 1960), *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, Dalloz, 1961, pp. 168-169.

⁶ Voir Gordon L. Weil, "The Evolution of the European Convention on Human Rights", *The American Journal of International Law*, 57-4, Oct. 1963, p. 804 : "the member states of the Council of Europe have been able to create a permanent and smoothly-functioning system which provides for the international adjudication of human rights grievances and for enforcement action [...] The European Convention on Human Rights is one of the tangible of the drive towards European integration."

la puissance matérielle d'un Etat pris isolément⁷ ». L'idée de Churchill est que l'Europe se trouve alors à un moment charnière ; tout en exposant son projet d'une fédération européenne, il presse son auditoire en lui faisant valoir que « le temps peut manquer. Nous sommes maintenant dans une phase de répit [...] mais les dangers n'ont pas disparu. Si nous voulons forger les Etats-Unis d'Europe, ou quelque autre nom qu'on leur donne, nous devons le faire maintenant⁸ ».

Les acteurs de l'immédiat après-guerre partagent ce sentiment d'une conjoncture décisive, sentiment qui se matérialise par la tenue d'un Congrès européen du 7 au 11 mai 1948 à La Haye à l'issue duquel les délégués des différents Etats participants adoptent le « Message aux Européens » de Denis de Rougemont qui établit, pour l'Europe, l'alternative de l'unité ou du chaos, des libertés ou de l'asservissement :

Appauvrie, encombrée de barrières [...], notre Europe désunie marche à sa fin. [...] A défaut d'une union librement consentie, notre anarchie présente nous exposera demain à l'unification forcée, soit par l'intervention d'un empire du dehors, soit par l'usurpation d'un parti du dedans. [...]

Tous ensemble, demain, nous pouvons édifier [...] la plus grande formation politique et le plus vaste ensemble économique de notre temps. Jamais l'histoire du monde n'aura connu un si puissant rassemblement d'hommes libres. Jamais la guerre, la peur et la misère n'auront été mises en échec par un plus formidable adversaire. [...]

La conquête suprême de l'Europe s'appelle la dignité de l'homme, et sa vraie force est dans la liberté. Tel est l'enjeu final de notre lutte. C'est pour sauver

⁷ *"We must build a kind of United States of Europe"*, cette phrase donne le ton d'un discours fameux prononcé par Winston Churchill à l'Université de Zürich en 1946. Churchill emprunte cette expression, les « Etats-Unis d'Europe », à Victor Hugo (discours au troisième Congrès international de la paix qui se tint, après Londres et Bruxelles, à Paris en 1849). Cette source d'inspiration ne doit pas conduire à un contresens quant à la position britannique. Dans ce discours, Churchill plaide certes pour « la réunion de la famille européenne » autour de la France et de l'Allemagne, mais *sans* le Royaume-Uni placé au rang « d'ami et de protecteur de la nouvelle Europe », à l'égal des Etats-Unis et (idéalement) de l'Union Soviétique. Il précise même, de retour au poste de Premier Ministre, dans les années 1950 : « je n'ai jamais pensé que la Grande Bretagne dût devenir partie intégrante d'une fédération européenne ». Cité in John W. Young, "Churchill's 'No' to Europe: The 'Rejection' of European Union by Churchill's Post-War Government, 1951-1952", *The Historical Journal*, 28-4, Dec. 1985p. 929.

⁸ Il s'agit d'un extrait du même discours de Winston Churchill à Zürich en 1946.

nos libertés acquises, mais aussi pour en élargir le bénéfice à tous les hommes, que nous voulons l'union de notre continent.⁹

Cet appel sera suivi de la création du Conseil de l'Europe le 5 mai 1949 par la signature du *Traité de Londres* qui en établit le Statut et prévoit les deux organes du Conseil, à savoir le Conseil des Ministres, qui réunit les Ministres des Affaires étrangères de chaque pays membre, et l'Assemblée consultative, composée de représentants de la majorité et de l'opposition de chaque Parlement national, qui délibère et adresse ses recommandations au Conseil des Ministres¹⁰. Les congressistes de La Haye préconisent aussi, sous la présidence de Winston Churchill, l'adoption d'une Charte des droits de l'homme, laquelle sera finalement la Convention signée trois ans plus tard, et d'en confier l'application à une Cour indépendante chargée d'en examiner les éventuelles violations¹¹.

L'extrait cité montre l'ambition universaliste du *Message aux Européens* : l'union des pays européens entraînerait une expansion des libertés et lierait « le destin de l'Europe et celui de la paix dans le monde » (*ibid.*). Cette ambition nous informe sur l'état d'esprit de la Communauté internationale au lendemain de 1945. La proximité historique et la parenté d'inspiration qui lie la Convention européenne et la *Déclaration universelle* de 1948 attestent d'un consensus en faveur des droits de l'homme après la Seconde Guerre mondiale. Ce consensus naît de l'alliance militaire des Etats occidentaux contre les armées hitlériennes. Ainsi René Cassin qualifie-t-il la Seconde Guerre mondiale de « véritable croisade des droits de l'homme [...] du côté des peuples contraints à se battre pour enrayer cette immense entreprise de destruction de la liberté et de la dignité humaine¹² ». L'explication à l'adoption d'une Convention européenne

⁹ Le Congrès de la Haye réunit 700 à 800 délégués des 11 pays fondateurs du Conseil de l'Europe, à savoir l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède.

¹⁰ *Statut du Conseil de l'Europe*, Londres, 5 mai 1949 – 3 août 1949, STCE n°001.

¹¹ Weil, "The Evolution...", *op. cit.*, p. 805. Voir aussi les trois premiers « engagements » des Etats dans le « Message aux Européens » : « 1) Nous voulons une Europe unie, rendue dans toute son étendue à la libre circulation des hommes, des idées et des biens. 2) Nous voulons une Charte des Droits de l'Homme, garantissant les libertés de pensée, de réunion et d'expansion, ainsi que le libre exercice d'une opposition politique. 3) Nous voulons une Cour de Justice capable d'appliquer les sanctions nécessaires pour que soit respectée la Charte. »

¹² Il s'agit d'un extrait de la Conférence Nobel de René Cassin, alors Président de la Cour européenne des droits de l'homme, donnée à Oslo le 11 décembre 1968 pour la réception de son Prix Nobel de la Paix. Cassin, R., « La Charte des droits de l'homme », conférence, Oslo, 11

des droits de l'homme serait, dans cette perspective, relativement simple¹³. Ainsi, face au saisissement et à l'effroi provoqués par la connaissance des crimes nazis, un retour à une moralisation de la politique internationale se serait imposé¹⁴, l'ensemble des pays d'Europe se trouvant engagé dans ce qu'il convient d'appeler, après Eleanor Roosevelt, « la lutte pour les droits de l'homme¹⁵ ». Car « brusquement le monde s'est trouvé, du fait et à l'occasion des violations graves, systématiques et innombrables commises sur l'ordre d'une véritable bande, en face d'un problème d'une ampleur insoupçonnée : protéger tout l'homme et protéger les droits de tous les hommes¹⁶ ».

décembre 1968. Voir, dans le même sens, Patricia Weiss Fagen, "The United States and International Human Rights 1946-1977", *Universal Human Rights*, 2-3, Jul.-Sep. 1980p. 20 : « Le Président Roosevelt déclara que la guerre avait pour objectif de défendre ce qu'il appelait les Quatre Libertés [liberté d'expression et de culte, paix et sécurité], ce qui fut intégré à la Charte Atlantique anglo-américaine de 1941. »

¹³ Cf. Merrills, Robertson, *Human Rights in Europe*, op. cit., p. 3 : « Pourquoi le Conseil de l'Europe accueillit-il de manière si enthousiaste la cause des droits de l'homme ? [...] La première [raison] réside dans l'expérience sinistre que l'Europe avait connue dans les années précédant immédiatement la création du Conseil. 1949 était très proche de 1945. Beaucoup de chefs d'Etat [...] savaient qu'aussi longtemps que les droits de l'homme sont respectés, la démocratie est assurée et le danger de la dictature et de la guerre, écarté. [...] Il est vital, par conséquent, d'imposer de manière préventive les droits et libertés qui doivent être respectés en démocratie et de créer les institutions pour contrôler qu'ils sont respectés. Si l'un des Etats Membres devait ensuite emprunter la voie de la dictature, l'alarme pourrait être déclenchée et la machinerie internationale mise en branle pour restaurer l'Etat de droit. »

¹⁴ Rolv Ryssdal, président de la Cour européenne en 1990, revient sur les motivations des Etats fondateurs : « [ils voulaient] jeter les bases de la nouvelle Europe qu'ils espéraient construire sur les ruines d'un continent ravagé par une guerre fratricide d'une atrocité sans pareil. » Pierre-Henri Teitgen, alors président de la section chargée de proposer la première ébauche de ce qui était encore évoqué comme une « Charte européenne des droits de l'homme », témoigne de cet état d'esprit devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe en Août 1949 : « Beaucoup de nos collègues ont souligné que nos pays sont démocratiques et imprégnés d'un sens profond de la liberté ; ils ont foi dans la morale et le droit naturel. » Cités respectivement in Merrills, Robertson, *Human Rights in Europe*, op. cit., p. 1 et 3.

¹⁵ Eleanor Roosevelt, « The Struggle for Human Rights », conférence, Paris, 28 septembre 1948. E. Roosevelt intervient à la Sorbonne en sa qualité de présidente de la Commission des Droits de l'Homme chargée de préparer, selon les mots de Mme Roosevelt, "an international Bill of Rights". Elle prend la parole quelques mois avant l'adoption de la Déclaration universelle à Paris fin 1948 et déclare notamment : « J'ai la conviction, et c'est aussi la vôtre j'en suis certaine, que la lutte pour la démocratie et la liberté est une lutte décisive car leur préservation est essentielle au maintien de la paix et de la sécurité internationales, qui est le grand objectif des Nations Unies. Entre des hommes libres, la fin ne peut justifier les moyens. Nous connaissons les marques du totalitarisme [...] Ce sont les signes du conservatisme, du retour en arrière et de la rétrogradation. Les Nations Unies doivent tenir bon l'héritage de liberté que les luttes menées par leurs peuples leur ont légué ; elles doivent nous aider à le transmettre à notre tour aux générations futures. »

¹⁶ Cassin, R., « La Charte des droits de l'homme », loc. cit.

L'engouement pour les droits de l'homme au lendemain de la guerre de 1939-1945 est sans aucun doute dû à une réaction face aux exactions nazies ainsi qu'à la volonté de prévenir toute nouvelle dérive totalitaire, notamment communiste. Il serait néanmoins trop simple d'expliquer leur institution positive en Europe au tournant des années 1950 uniquement par l'idée d'une conversion des Etats à un nouvel ordre moral international. En réalité, il semble même bien difficile de faire fond, en 1945, sur une moralisation quelconque des relations internationales. La Seconde Guerre mondiale prend fin, en effet, sur une situation inédite de défiance généralisée tant à l'égard des ennemis d'hier que dans le camp même des alliés. La paix se fait, certes, mais pleine de préventions.

D'une part, comment construire la paix quand on sait que le Traité de Versailles signé en 1919 est reconnu comme une cause majeure de la nouvelle conflagration¹⁷ ? D'autre part, les alliés eux-mêmes entretiennent des relations conflictuelles sur le plan diplomatique car ils se trouvent dans la situation – pour le moins paradoxale – où la cessation même des hostilités signe le début d'une course à l'armement pour garantir les équilibres mondiaux¹⁸. Ceci entraîne la conscience, précoce, « d'une menace qui pèse sur le monde civilisé du fait de l'utilisation réussie de la bombe atomique » et pousse les Etats victorieux dans un dilemme entre, d'une part, une course irrépessible à la puissance et à la

¹⁷ La conviction de Winston Churchill que la paix en Europe ne serait durable que par la réconciliation de la France et de l'Allemagne est certainement due, au moins en partie, à sa connaissance intime du processus de paix de la Conférence de Paris en 1919 avec lequel il reconnaît, en 1946, « avoir lui-même été sur de nombreux points en désaccord avec ce qui fut fait » (« The Sinews of Peace », Discours, Fulton, Westminster College, 5 mars 1946).

¹⁸ La maîtrise de l'énergie atomique par les Etats-Unis conduit Staline à dire à Kurchatov, responsable du projet soviétique pour se doter de la bombe A : « L'équilibre a été rompu. Procurez-nous la bombe, cela nous préservera d'un grand danger » ; le sentiment partagé en URSS est alors que « le gouvernement des Etats-Unis cherche à exploiter l'arme atomique au profit de ses objectifs impérialistes » (cité in Robin Edmonds, "Yalta and Potsdam: Forty Years Afterwards", *International Affairs*, 62-2, 1986, p. 215 et 216). La défiance atteint même les relations entre la Grande Bretagne et les Etats-Unis (cf. Barton J. Bernstein, "The Uneasy Alliance: Roosevelt, Churchill, and the Atomic Bomb, 1940-1945", *The Western Political Quarterly*, 29-2, Jun. 1976, p. 202-230). Ceci montre combien, en matière d'armement nucléaire, les intérêts nationaux et stratégiques l'emportent sur la coopération. Voir sur ce point A. J. R. Groom, "U.S.-Allied Relations and the Atomic Bomb in the Second World War", *World Politics*, 15-1, Oct. 1962, p. 123-137 ainsi que l'évolution de la position américaine, retracée in Martin J. Sherwin, "The Atomic Bomb and the Origins of the Cold War: U.S. Atomic-Energy Policy and Diplomacy, 1941-45", *The American Historical Review*, 78-4, Oct. 1973, p. 954 : « Si Roosevelt pensa que la bombe put servir à créer un monde pacifié, il semble avoir considéré la menace de sa puissance comme bien plus efficace que toutes les possibilités de coopération internationale qu'elle représentait. »

bipolarisation et, d'autre part, un effort de civilisation pour repousser le risque d'un nouveau conflit encore plus destructeur¹⁹. Cette tension concourt à distinguer nettement les enjeux de la paix en 1945 par rapport aux solutions des conflits précédents.

La lecture des travaux préparatoires à la Convention va dans le même sens, à savoir qu'on ne peut expliquer la Convention de 1950 par le seul volontarisme affiché par les Etats. Certes, nous observons que les Etats s'accordent sur l'objectif des négociations, à savoir « la protection internationale efficace des Droits de l'homme²⁰ ». Seulement, les débats entre les représentants des différents pays témoignent que les intentions des uns et des autres divergent, par exemple entre ceux qui prônent une énumération des droits, à charge pour l'instance d'application de les définir (confédéralistes), et ceux qui exigent leur définition précise afin de garantir la stabilité des engagements internationaux des Etats parties à la Convention (légalistes). Des tensions se nouent ainsi derrière l'union sacrée affichée par les Etats. Les débats montrent aussi que les intentions des uns et des autres évoluent. Ainsi en va-t-il de la Belgique, d'abord proche de la position 'légaliste', puis finalement ralliée à la position 'confédéraliste'. De même le Royaume-Uni, pourtant inflexible dans sa position légaliste, semble hésiter lorsqu'il s'agit de qualifier la nature de l'instrument conventionnel : s'agit-il d'une « base politique » stable, permettant aux pays européens d'exercer une fonction de surveillance les uns sur les autres, ou bien seulement de « règles » générales, de clauses minimales d'appartenance à un « club »²¹ ?

Le volontarisme politique affiché après 1945 a une faible portée explicative lorsqu'il s'agit de comprendre de quelle manière des Etats sont parvenus à consentir à perdre une part de souveraineté au bénéfice d'une garantie juridique

¹⁹ Les études sur les conséquences de la bombe A sur la géopolitique sont nombreuses dès 1946. Le diagnostic qui semble alors partagé est qu'une telle puissance destructrice appelle un surcroît de civilisation pour que nous puissions la maîtriser. Voir, par ex., dans une recension de tels ouvrages : « Après 1918, les nations refusèrent d'abandonner toute souveraineté. Cette répugnance devrait-elle persister, la guerre s'ensuivra accompagnée de destructions à une échelle dépassant de loin celles de toute guerre antérieure. Le monde doit "coopérer ou mourir" » (Cecil H. Desch, "[untitled]", *International Affairs*, 22-4, Oct. 1946, p. 548). Le diagnostic est indéniable sur les dangers inédits représentés par les nouveaux armements ; il pêche peut-être par excès d'optimisme quant à la volonté, ou la capacité, des Etats à coopérer pour les circonscrire.

²⁰ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, version française, p. 53 (Charles Chaumont).

²¹ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., version française, p. 26 (Lord Layton) ; aussi p. 67 : « nous voulons établir les règles [...] de notre club » (Lord Layton).

des droits fondamentaux. Or, on ne peut se passer d'une explication de cette étape décisive par laquelle on passe du volontarisme à la mise en œuvre. Non seulement parce qu'il en va de la spécificité de la Convention par rapport à la Déclaration de 1948 et, partant, de l'irréductibilité des deux niveaux, régional et universel, en matière de droits de l'homme²². Mais surtout parce que les compromis sur la base desquels les camps légaliste et confédéraliste purent s'accorder semblent induire une contradiction entre la volonté d'une protection efficace et la mise en œuvre de la Convention. En effet, la signature des uns et des autres se fit, mais au prix de deux concessions d'importance sur la juridiction de la Cour internationale à instituer et sur le droit d'accès, ou de pétition, des individus devant cette instance. L'un et l'autre, pourtant, constituent les chevilles ouvrières d'une protection efficace des droits. Or, les Etats européens s'accordèrent, pour sortir du blocage, à les rendre tous deux optionnels. Comment concilier, dès lors, dans un même schème explicatif, le volontarisme des Etats après 1945, leur engouement pour les droits de l'homme et les concessions sur lesquelles ils s'entendirent afin de parvenir, en bout de course, à la signature de la Convention ?

UN ELEMENT DE COMPLEXIFICATION :
LA MUTATION DES RELATIONS INTERNATIONALES.

Les situations après la Première et la Seconde Guerre mondiale sont si dissemblables qu'on peut en rendre compte, après John Lewis Gaddis, à la manière d'une fable :

Il était une fois une grande guerre qui impliqua le massacre de millions et de millions de gens. Quand, après des années de combat, [...] la guerre prit fin, [...] les Nations victorieuses envoyèrent leurs émissaires les plus avisés à une grande conférence de paix où ils eurent pour tâche d'élaborer une solution qui serait si finement conçue, si manifestement équitable pour tous qu'elle éliminerait

²² Raymond John Vincent, *Human Rights and International Relations*, (1986), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 95 : "The United Nations has directly encouraged the development of human rights institutions at regional level, and the regions in turn have identified themselves as the local bearers of a global burden. This is most notable in Western Europe, America and Africa. Of the three regions, Western Europe has the best-established human rights institutions. The European Convention on Human Rights, which entered into force in 1953, was not merely the Universal Declaration translated into European. It sought to guarantee rights as well as to state them."

toute guerre du champ de l'expérience humaine. Elle ne tint malheureusement que vingt ans.

Une autre grande guerre s'ensuivit, impliquant encore le massacre de millions et de millions de gens. Quand, après des années de combat, [...] la guerre prit fin, [...] on vit immédiatement, au grand effroi de tout un chacun, les vainqueurs de ce conflit se mettre à se quereller avec, pour résultat, qu'aucune conférence de paix ne se tint. En quelques années, – durant lesquelles ils en étaient venu à se considérer les uns les autres, et non leurs anciens ennemis, comme la principale menace à leur survie, – les principaux vainqueurs cherchèrent à garantir leur survie en développant des armes capables, au moins en théorie, de compromettre la survie de quiconque sur Terre. Paradoxalement, cet état de fait tint deux fois plus longtemps que la première solution et, à la fin de la fable, ne montra aucun signe d'une dislocation prochaine.²³

Bien qu'il ne faille pas « prendre les fables trop au sérieux », cette manière de présenter le contexte international met en évidence un élément important, à savoir l'absence d'une véritable volonté de remettre en cause la nature conflictuelle des relations entre Etats au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. L'intérêt des Etats, ne serait-ce qu'à leur propre survie, reste l'élément de base de leur coexistence. Les constructions issues des grandes concertations entre les vainqueurs (Yalta, Potsdam, notamment) reposent ainsi non « sur les dictats de la morale et de la justice mais plutôt sur une division manifestement artificielle et arbitraire du monde en sphères d'influence²⁴ ». Cette division du monde, qui s'accompagne d'une répartition des puissances, est intrinsèquement différente des équilibres mondiaux après la Première Guerre mondiale. La décolonisation ne tarde pas, en effet, à démontrer la déliquescence des Empires ; une logique d'alliances stratégiques tend dès lors à supplanter les anciens mécanismes expansionnistes. Si la scène internationale connaît un enjeu prééminent au lendemain de 1945, c'est par conséquent exclusivement celui d'une *stabilisation* des rapports entre Etats. La mutation des relations internationales durant la période entraîne-t-elle un renoncement à toute moralisation de la vie internationale ?

²³John Lewis Gaddis, "The Long Peace: Elements of Stability in the Postwar International System", *International Security*, 10-4, 1986, p. 99.

²⁴ Gaddis, "The Long Peace...", op. cit., p. 99-100.

Les rapports entre Etats intéressent la diplomatie, pour leur aspect matériel, et le droit international pour leur aspect formel. Lorsque deux Etats entrent en conflit, il s'ensuit une rupture diplomatique ou une violation des règles de droit international (ou les deux). Tant que le conflit est localisé, les enjeux d'un rétablissement et d'une pacification des rapports entre Etats restent circonscrits à une dimension régionale ; dès lors que le conflit se généralise, ou qu'il menace de se généraliser, ces enjeux se posent à l'échelle universelle. Par définition, les deux Guerres mondiales placent la communauté internationale en position de réaliser la « paix universelle », c'est-à-dire de modifier les rapports entre *tous* les Etats de manière à créer, entre eux, les conditions d'une coexistence pérenne et conforme au droit. Entre 1918 et 1945, le modèle des rapports entre Etat à l'échelle mondiale change.

En 1919, ce modèle est cosmopolitique. Il vise une modification des deux éléments, matériel et formel, des relations internationales. En témoignent les 14 points du Président Woodrow Wilson pour « envisager les obstacles à la guerre et les bases possibles d'une paix générale » (discours au Congrès des Etats-Unis le 8 janvier 1918). L'instauration d'une « union générale des Nations » vise à établir les rapports entre Etats sur la base du droit et non de la force, garantissant ainsi l'indépendance des petits Etats. La paix est aussi envisagée sous l'aspect matériel des relations entre Etats dans la mesure où toute diplomatie secrète doit être abandonnée²⁵. La confiance affichée au tournant des années 1920 dans la capacité de régénération de la société internationale est connue, tout comme l'inspiration de la Société des Nations (SDN) dans l'idée kantienne d'une « paix perpétuelle »²⁶. De ce point de vue, la guerre est, certes, « la ruine de tout bien » mais elle est également pensée comme un moyen de socialisation, employé par la nature ou la divine providence, pour arracher les hommes à l'oisiveté, les obliger à développer leurs facultés, à peupler toutes les contrées de la Terre et

²⁵ Voir, dans ce « programme d'une paix mondiale », le premier point qui exige « des conventions de paix publiques, élaborées publiquement, desquelles ne peuvent dériver d'ententes internationales confidentielles d'aucune sorte mais une diplomatie qui doit se dérouler de manière franche et transparente ».

²⁶ Voir la 7^e proposition de « l'Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique » où Kant envisage la possibilité d'une telle Société des Nations (*Völkerbund*) dans laquelle chaque Etat « y compris le plus petit Etat, pourrait attendre la garantie de sa sécurité et de ses droits non pas de sa propre puissance ou de la propre appréciation de son droit, mais uniquement de cette grande *Société des Nations (Foedus Amphictyonum)*, c'est-à-dire d'une force unie et d'une décision prise en vertu des lois fondées sur l'accord des volontés » (Emmanuel Kant, *Opuscules sur l'histoire*, Paris, Flammarion, coll. "G.F.", 1990, p. 79-80).

aussi – pour ce qui nous intéresse plus particulièrement – à nouer des relations juridiques entre les peuples (ce que désigne l'idée de « paix perpétuelle »)²⁷. De la même manière, la situation consécutive au premier armistice de Rethondes²⁸ est envisagée comme une forme de table rase sur laquelle l'on pourra reconstruire à neuf la société internationale. Quoiqu'elle reste par elle-même condamnable, la guerre apparaît en ce sens comme le moyen paradoxal d'un processus de civilisation.

En 1945, le modèle des relations internationales est réaliste et structurel ; il trouve son inspiration dans l'équilibre des forces et la neutralisation réciproque. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme naît certes d'une rupture après 1945 mais il ne s'agit pas tant d'une conversion morale que d'une crise des valeurs touchant l'idée de progrès, la confiance en l'expansion continue des principes démocratiques ou de la sociabilité internationale. La SDN a échoué, et avec elle certainement une part significative de l'ambition universaliste qui l'animait : « l'éveil du sujet se paie de la reconnaissance du pouvoir comme principe de toutes les relations²⁹ » ; la civilisation européenne s'est « égarée »³⁰. En 1919, la dynamique qui succéda à la guerre se voulut, en

²⁷ Voir Emmanuel Kant, *Critique de la faculté de juger*, (1790), Paris, Aubier, coll. "Bibliothèque philosophique", 1995, §83, p. 430 : « la guerre [...] est inévitable : celle-ci, de même qu'elle est une tentative inintentionnelle des hommes (suscitée par des passions sans frein), constitue pourtant une tentative profondément mystérieuse, peut-être intentionnelle, de la sagesse suprême, sinon pour instituer, du moins pour préparer une légalité qui soit compatible avec la liberté des Etats, et par là une unité d'un système des Etats qui soit moralement fondée ». Voir aussi Rudolf Eisler, *Kant-Lexikon*, (1916), Paris, Gallimard, NRF, 1994, art. « guerre », p. 467, ainsi que la 4^e proposition de l'*Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, dont l'extrait suivant : « Le moyen dont la nature se sert pour mener à bien le développement de toutes ses dispositions est leur *antagonisme* au sein de la Société, pour autant que celui-ci est cependant en fin de compte la cause d'une ordonnance régulière de cette Société. J'entends ici par antagonisme *l'insociable sociabilité* des hommes, c'est-à-dire leur inclination à entrer en société, inclination qui est cependant doublée d'une répulsion générale à le faire, menaçant constamment de désagréger cette société » (Kant, *Opuscules sur l'histoire*, op. cit., p. 74).

²⁸ L'amertume de l'Allemagne et son refus des termes de l'armistice du 11 novembre 1918 conduisirent Hitler à humilier la France en signant l'armistice du 22 juin 1940 au même carrefour de Rethondes.

²⁹ Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, *La dialectique de la raison*, (1944), Paris, Gallimard, coll. "TEL", 1994, p. 26.

³⁰ La critique de la philosophie des Lumières connaît, en 1944, une radicalisation lorsque Max Horkheimer et Theodor Adorno rédigent leur ouvrage célèbre, *Dialektik der Aufklärung*, où ils développent ce qu'ils désigneront vingt ans plus tard comme « un penser critique qui ne s'arrête pas même devant le progrès ». Dans cet ouvrage, nous lisons notamment cette critique de la rationalité des Lumières et de son inversion dans la violence : « La Raison se comporte à l'égard des choses comme un dictateur à l'égard des hommes : il les connaît dans la mesure où il peut les manipuler [...] L'unité d'une collectivité manipulée repose sur la négation de l'individu, elle est

effet, centripète : il s'agissait de fédérer les Etats, de rétablir leurs relations autour d'une diplomatie ouverte et d'un droit international consolidé. En 1945, la dynamique est assurément centrifuge, soumise exclusivement à la polarisation des puissances. Bien entendu, des velléités d'alliance se manifestent, principalement autour des superpuissances émergentes. Il suffit de penser ici à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) ou au Pacte de Varsovie. Mais tous les Etats, mêmes alliés, entretiennent aussi des rapports de concurrence dont l'enjeu principal reste l'acquisition de la puissance (au moins pour les Etats qui ne sont pas assujettis par l'URSS). La problématique essentielle qui se pose est celle de la *sécurité*, individuelle et collective. D'une certaine manière, on peut même se demander, en jetant un coup d'œil rétrospectif sur les années de « guerre froide », si la paix reste un enjeu majeur après 1945, du moins la paix dans un sens autre que la simple abstention des Etats puissants de s'agresser mutuellement et de menacer ainsi les équilibres militaires. Ne peut-on, en effet, se demander avec quelque raison « si l'on peut qualifier de "paix" le désert spirituel et moral dans lequel les nations du monde conduisent leurs affaires ?³¹ » Même s'il subsiste, à travers l'ONU, une part substantielle du modèle relationnel qui motivait la création de la SDN³², l'urgence vitale qui gouverne les relations internationales après 1945 n'est pas celle d'un *processus de civilisation* mais d'une *stabilisation hic et nunc*. La crise des relations internationales après 1945 se caractérise par le deuil d'une communauté de valeurs, la société internationale ne reposant plus que sur l'équilibre des forces, qui se radicalise :

la caricature d'une société qui serait capable d'en faire un individu. La horde qui réapparaît dans l'organisation des jeunesses hitlériennes n'est pas un retour à l'antique barbarie, mais le triomphe de l'égalité répressive [...] C'est ainsi que la civilisation européenne s'est égarée » (Horkheimer, Adorno, *La dialectique de la raison*, op. cit., p. 27-30).

³¹ Gaddis, "The Long Peace...", op. cit., p. 100 : « Il est certain que terme de paix ne vient pas spontanément à l'esprit pour qualifier l'histoire des quarante dernières années. Cette période a vu après tout la plus grande accumulation d'armements que le monde ait jamais connue, toute une série de guerres certes circonscrites, mais longues et dévastatrices, une violence révolutionnaire, ethnique, religieuse ou civile abondante ainsi que certaines des rivalités idéologiques les plus profondes et les plus intraitables de toute l'expérience humaine. Et ces vieux fléaux que sont la famine, la maladie, la pauvreté ou l'injustice n'ont pas non plus disparu de la surface de la Terre, loin de là. »

³² Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 71 : « Les espoirs et les initiatives de l'entre-deux-guerres ont donc en partie avorté et n'ont certainement pas réussi à substituer un nouveau système au système interétatique. Instruits par l'échec, les gouvernements sont restés convaincus que la recherche de la paix exigeait la correction des erreurs commises, par un surcroît d'organisation internationale, et non pas par un abandon de la formule et par un retour à l'inter-étatisme classique. »

With the destruction of that intellectual and moral consensus which for almost three centuries confined the struggle for power on the international scene within its framework, [...] the system of the balance of power has undergone three structural changes which considerably impair its operations. [First,] the most obvious of these changes is to be found in the drastic numerical reduction of the players in the game. [...] The second change in the structure of the balance of power, which we are witnessing today, is the inevitable result of the change just discussed, namely, the disappearance of the balancer, the "holder" of the balance. [Third,] the balance of power [loss] the moderating and restraining influence which it exerted in its classical period [because of] the disappearance of the colonial frontier [...] Concessions at somebody else's expense could no longer be made.³³

En découle la théorie du *balancing* : chaque conflit engage les intérêts vitaux des Etats et les plus faibles d'entre eux ne peuvent rechercher de salut dans l'allégeance aux Etats puissants (*bandwagoning*) ; seule la formation de coalitions d'Etats faibles leur permet de participer au jeu des relations internationales³⁴. Au lendemain de chaque guerre, nous assisterions ainsi à une redéfinition des équilibres par l'émergence de pôles alternatifs à la puissance dominante³⁵. Parmi ces « stratégies de survie³⁶ » mises en œuvre par les Etats à l'échelle internationale, l'OTAN apparaît du point de vue européen comme un exemple de *bandwagoning* derrière les Etats-Unis ; le Conseil de l'Europe peut-il être vu, à travers la Convention européenne des droits de l'homme, comme un exemple de *balancing*, de contre-pouvoir organisé sur la base d'une coalition d'intérêts entre Etats faibles après 1945 ?

³³ Hans J. Morgenthau, "World Politics in the Mid-Twentieth Century", *The Review of Politics*, 10-2, Apr. 1948, p. 156-167.

³⁴ Kenneth N. Waltz, "Evaluating Theories", *The American Political Science Review*, 91-4, Dec. 1997, p. 916 : "In international politics, overwhelming power repels and leads others to balance against it." Aussi Kenneth N. Waltz, "Structural Realism after the Cold War", *International Security*, 25-1, , p. 28 : "Even if a dominant power behaves with moderation, restraint, and forbearance, weaker states will worry about its future behavior. [Why should be] unbalanced power less of a danger in international than in national politics?"

³⁵ Waltz, "Structural Realism after the Cold War", op. cit., p. 30 : "Victories in major wars leave the balance of powers badly skewed. The winning side emerges as a dominant coalition. The international equilibrium is broken; theory leads one to expect its restoration."

³⁶ Waltz, "Structural Realism after the Cold War", op. cit., p. 38. Voir aussi Waltz, "Evaluating Theories", op. cit., p. 915 : "Structural theory assumes that the dominant goal of states is security, since to pursue whatever other goals they may have, they first must survive. Bandwagoning and balancing by the logic of the theory are opposite responses of security-seeking states to their situations."

2. *Les droits de l'homme comme enjeux des comportements contractuels des Etats.*

Le modèle cosmopolitique des relations internationales paraît daté en 1945. Non seulement la seconde Guerre Mondiale, mais aussi la configuration des relations internationales qui en découle, déterminée par la possibilité réelle d'une conflagration nucléaire, montrent qu'il serait désormais déraisonnable de s'appuyer sur la conception des relations internationales héritée de la philosophie de l'histoire kantienne où la guerre, si elle ne doit pas être désirée, ne doit non plus être nécessairement évitée car un processus paradoxal de civilisation peut en résulter. Cette vision des relations internationales concilie deux aspects qui peuvent être vus comme des conditions, causale et régulatrice, de « praticabilité » des rapports interétatiques et des organisations qui peuvent en découler. La réunion de ces deux éléments, causal et régulateur, doit permettre de penser les rapports interétatiques à la fois dans leur dimension empirique et dans leur dimension téléologique, c'est-à-dire au regard d'une fin (en quoi on peut considérer que ces deux éléments peuvent fonder une évaluation de la « praticabilité » d'un système international³⁷). Dans la perspective inspirée du kantisme, on peut considérer que l'élément causal ressortit d'un schème naturaliste et l'élément régulateur, d'un schème éthique : le principe de l'efficacité des déterminations empiriques relève des lois de la nature tandis que le principe de l'orientation des rapports interétatiques relève de normes morales, d'une axiologie³⁸.

³⁷ Je conserve le terme « praticabilité » qui a été introduit au chapitre précédent pour préciser les termes dans lesquels l'enjeu de la protection des droits de l'homme apparaissait au moment où naissait la CEDH. Cette « praticabilité » doit être comprise comme désignant une évaluation du caractère rationnel des organisations internationales, conformément à l'affirmation d'Hersch Lauterpacht auquel j'emprunte le terme ("everything is practicable that is rational", *supra* ch. 1).

³⁸ Alexis Philonenko, *La théorie kantienne de l'histoire*, Paris, Vrin, 1998, p. 43-44 : « le vrai principe de l'histoire conçue non comme déterminante (la prévision), mais comme réfléchissante, est fondé en toute sa rigueur par Kant et possède une double signification, naturelle et éthique. Si nous revenons sur le principe de la finalité-adaptation, qui est le moment naturel, nous apercevons la possibilité transcendante d'une compréhension organique des moments historiques. [...] Mais cela ne permettrait pas une compréhension satisfaisante de l'histoire, si l'autre aspect du principe méthodique ne se dévoilait en tant que dépassant la nature. Or le moment éthique comme tel éternel, regardé comme concept-limite (*Grenzbegriff*), est transnaturel et autorise à juger l'homme, non plus seulement en tant qu'être historique, mais encore comme *humanité*. L'entrecroisement de l'être historique et de l'humanité [est] fondé dans la claire distinction entre l'étant et le devoir-être. »

Cette distinction est importante car elle peut nous aider à caractériser de manière plus précise le changement intervenu après 1945. Pour le dire simplement, devant le risque tangible de dévastation nucléaire ou d'impérialisme à l'échelle planétaire, il ne semble plus raisonnable de laisser faire la nature. L'élément causal des relations internationales, c'est-à-dire ce qui doit déterminer les effets liés aux comportements des Etats, doit être maîtrisé ; il ne peut être abandonné à la spontanéité des rapports de souveraineté. En ce sens, un constructionnisme³⁹ assumé succède à un naturalisme tenu pour dépassé : les acteurs des relations internationales sont convaincus, après 1945, qu'il faut créer, à travers les institutions internationales, les conditions d'une stabilité mondiale. Dans ces conditions, on ne peut pas rendre compte de l'intégration des droits de l'homme dans le droit international comme de l'introduction de principes éthiques dans les relations entre Etats ; je propose donc de réintroduire ici l'hypothèse des droits de l'homme comme de principes fonctionnels dont la valeur de contrainte juridique doit permettre à la fois de dessiner les limites d'une communauté entre les Etats européens et d'assurer le fonctionnement de ses institutions (*supra*, ch. 1).

UN PROJET D'INGENIERIE DES RELATIONS INTERNATIONALES ?

Peut-on considérer que la Convention européenne des droits de l'homme participe d'un projet d'ingénierie sociale en droit international, visant à créer, par des jeux de socialisation, les conditions d'un équilibre des forces et, partant, d'une paix durable ? Quelle incidence cela peut-il avoir sur notre représentation des droits de l'homme ?

L'ambition constructionniste des Etats naît de la nécessité impérieuse de se concerter ; rappelons l'adresse de Churchill aux Etats européens en 1946 : "*I must give you a warning, time may be short.*" Dans la mesure où l'on connaît l'objectif principal des Etats après 1945 (la paix), il est facile de reconstruire le raisonnement par lequel les droits de l'homme apparaissent comme un « moyen »

³⁹ Ian Hacking, *Entre science et réalité. La construction sociale de quoi ?*, (1999), Paris, éd. de la découverte, 2001, p. 74 : « par *constructionnisme* (ou constructionnisme social [...]), j'entendrai différents projets sociologiques, historiques et philosophiques ayant pour but de montrer ou d'analyser des interactions sociales ou des chaînes de causalité réelles, historiquement situées, ayant conduit à, ou ayant été impliquées dans [l'apparition] ou l'établissement de quelque entité ou fait présent. »

privilegié pour l'atteindre. Ce raisonnement repose sur ce que Kenneth Waltz nomme « la thèse de la paix démocratique » :

The democratic peace thesis holds that democracies do not fight democracies. Notice that I say 'thesis', not 'theory'. The belief that democracies constitute a zone of peace rests on a perceived high correlation between governmental form and international outcome.⁴⁰

Cette corrélation est intéressante du point de vue de la liaison qui semblait à première vue arbitraire entre droits de l'homme (objets d'une organisation de l'ordre juridique interne des Etats) et sociabilité internationale (objet de leurs relations externes). A l'encontre d'une telle liaison, les Etats européens auraient pu faire valoir un constat historique, à savoir qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre droits de l'homme et sociabilité internationale. En effet, l'exemple français suffit à rappeler que traités internationaux et unions politiques existaient dans l'Europe des Monarchies (c'est le temps où le droit international moderne, westphalien, s'élabore) alors que des régimes postérieurs à la proclamation des droits de l'homme entretenaient des relations belliqueuses avec leurs voisins (pensons à la France napoléonienne ou à la Troisième République). Seulement, l'affirmation d'un lien indirect entre droits de l'homme et relations internationales semble reposer sur des régularités empiriques tangibles : d'une part, les régimes politiques fondés sur le respect des droits de l'homme sont jusqu'ici tous démocratiques ; d'autre part, les démocraties ont combattu dans le même camp durant les deux Guerres Mondiales⁴¹. Ce dernier constat a une valeur toute particulière :

This absence of war between democracies comes as close as anything we have to an empirical law in international relations. [No explanation] for the absence of war between democracies [...] has been rigorously and systematically tested. One reasonable conclusion, however, is that [...] the answer probably lies in variables internal to the states.⁴²

⁴⁰ Waltz, "Structural Realism after the Cold War", op. cit., p. 6.

⁴¹ Jack S. Levy, "Domestic Politics and War", Robert I. Rotberg, *et al.*, *The Origin and Prevention of Major Wars*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 84 : "In general wars involving all or nearly all of the great powers, democratic states have never fought on opposite sides."

⁴² Levy, "Domestic Politics and War", loc. cit.

Cette quasi-loi empirique des relations internationales repose sur une observation que les Etats européens sont en mesure de faire au lendemain de la seconde Guerre Mondiale. A relire le préambule de la Convention, on peut raisonnablement considérer que les Etats européens font leur cette « thèse de la paix démocratique » et que le respect des droits de l'homme apparaît dans ce cadre comme l'une des « variables internes aux Etats », sinon la variable essentielle, qui déterminent l'attitude pacifique des démocraties entre elles :

Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe, [...] [réaffirment] leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament [...]

Le raisonnement par lequel les droits de l'homme apparaissent comme un « moyen » privilégié de socialisation internationale peut être présenté sous la forme du syllogisme suivant, où le respect des droits de l'homme représente le petit terme et le régime politique démocratique, le moyen terme :

- Tous les Etats démocratiques coexistent pacifiquement (majeure) ;
- Tous les Etats démocratiques respectent les droits de l'homme (mineure) ;
- Tous les Etats qui respectent les droits de l'homme coexistent pacifiquement (conclusion).

Reposant sur des régularités empiriques, la liaison entre droits de l'homme et sociabilité internationale, quoique probable, ne peut être réputée nécessaire ; le raisonnement suivi par les Etats européens repose donc sur un jugement conditionnel du type : *si* les Etats développent « une conception commune et un commun respect des droits de l'homme » *alors* ils entretiendront des rapports pacifiques et vivront dans « une union plus étroite ». L'inclusion des droits de l'homme comme prémisses d'un tel raisonnement rend bien compte de la perspective instrumentale assumée dans le préambule de la Convention (les droits comme « moyens » de socialisation). Cela doit certainement avoir une incidence sur la manière dont nous pouvons nous représenter la fonction des droits de l'homme dans le contexte européen.

La « thèse de la paix démocratique » peut être résumée sous la forme suivante, les flèches représentant la causalité empirique (si... alors...) postulée entre respect des droits de l'homme et démocratie dans l'ordre interne (entre parenthèses) puis entre cette « forme gouvernementale » et la sociabilité internationale pour ce qui concerne la pacification des rapports interétatiques :

(respect des droits de l'homme \rightarrow régime démocratique) \rightarrow coexistence pacifique

a

b

c

Cette forme propositionnelle $((a \rightarrow b) \rightarrow c)$ serait certainement trompeuse si elle devait suggérer que les deux relations entre droits de l'homme et démocratie, d'une part, et, d'autre part, entre démocratie et sociabilité internationale sont du même ordre. Au contraire, nous avons d'un côté une relation qui exprime des déterminations modales (la coexistence pacifique est possible (\diamond) entre démocraties) et, de l'autre, une relation qui doit permettre d'exprimer une obligation (les droits de l'homme doivent (O) être respectés) ; une traduction correcte de la « thèse de la démocratie pacifique » pourrait prendre la forme suivante, étant entendu que les droits de l'homme forment une variable interne nécessaire (\square) à la démocratie pour déterminer son attitude pacifique⁴³ :

⁴³ Les autres symboles utilisés sont : la conjonction (\wedge), la négation (\neg), l'implication stricte (\equiv , ssi...).

- | | | |
|----|--|--|
| 1. | $\neg \diamond (\neg c \wedge b)$ | Les démocraties coexistent pacifiquement (la guerre entre elles est impossible ⁴⁴). |
| 2. | $\neg \diamond b \wedge \neg \Box a$ | Or, aucune démocratie n'est possible sans respect des droits de l'homme. |
| 3. | $\diamond c \equiv (\Box a \equiv_{def} Oa)$ | La paix est possible si et seulement si le respect des droits de l'homme est obligatoire ⁴⁵ . |

A partir du moment où la nécessité de respecter les droits de l'homme est réputée impliquer l'obligation de le faire comme dans la ligne n° 3 ci-dessus, le respect des droits de l'homme peut bien constituer un fondement (c'est le petit terme du syllogisme, *supra*) dans l'ordre rationnel des prémisses qui soutiennent la thèse de « la paix démocratique ». Mais nous devons cependant nous le représenter aussi comme un « coût » dans l'ordre instrumental des fins et des moyens, qui est le point de vue assumé en préambule de la CEDH :

(coexistence pacifique → régime démocratique) → respect des droits de l'homme

Fin

Condition

Coût

Si le respect des droits de l'homme est une obligation (cf. « ordre public », ch. 1), la coexistence pacifique en Europe nécessite un sacrifice de la part des

⁴⁴ Cette clause repose sur le postulat que la possibilité ou l'impossibilité peuvent exprimer le caractère probable ou improbable d'une relation (voir Howard Smokler, "The collapse of modal distinctions in probabilistic contexts", *Theoria*, 45-1, , p. 1-7).

⁴⁵ Selon « l'implication de l'obligatoire par le nécessaire [qui] caractérise une articulation forte entre les modes ontiques et déontiques » (Patrice Bailhache, *Essai de logique déontique*, Paris, Vrin, 1991, p. 183). Même si on en trouve l'origine chez Leibniz (Bailhache, *Essai de logique déontique*, op. cit., p. 187 ; Risto Hilpinen, "Stig Kanger on Deontic Logic", Stig Kanger, *et al.*, *Collected Papers of Stig Kanger with Essays on His Life and Work Volume II*, Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 138), cette implication a été réintroduite concomitamment par Stig Kanger et Alf Ross Anderson (réductionnisme de Kanger et d'Anderson). Voir Paul Mcnamara, "Deontic Logic", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, <<http://plato.stanford.edu/>>.

Etats concernés, la concession d'un « coût » de souveraineté par la négociation d'une Convention commune en matière de droits de l'homme ainsi que d'institutions chargées d'en contrôler le respect. La négociation d'un tel régime commun de protection des droits de l'homme est la première étape pour garantir sa « praticabilité » : de l'aptitude des Etats européens à s'entendre sur un système auquel ils accepteront ensuite de se rallier et de se conformer dépend en effet tout autre développement ultérieur des droits de l'homme, à la fois comme contraintes et comme prérogatives juridiques.

En ce sens, les droits de l'homme peuvent être définis en tout premier lieu comme des enjeux liés aux comportements contractuels entre Etats. De plus, la détermination des Etats européens après 1945 à *construire* de toutes pièces un système de protection des droits de l'homme dans le but de garantir la paix en Europe peut être vu comme un véritable défi d'ingénierie sociale au niveau des relations internationales. Nous verrons au prochain chapitre dans quelle mesure ce projet est « praticable » dans sa dynamique, c'est-à-dire une fois entré en vigueur. Pour l'heure, il s'agit de voir comment il fut « praticable » dans le moment de son élaboration, « praticabilité » statique sanctionnée par le ralliement effectif des Etats européens au compromis final qui fut élaboré.

LA NEGOCIATION DE LA CEDH :
L'EXPLICATION PAR LE « BALANCING »

L'approche réaliste des relations internationales après 1945 substitue à la « paix » (ou à la « civilisation ») la « stabilité » comme but à la sociabilité des Etats⁴⁶. La division de l'Allemagne montre que la stabilité favorise souvent le *statu quo* au détriment d'une solution potentiellement déstabilisante⁴⁷. Ainsi,

⁴⁶ Gaddis, "The Long Peace...", op. cit., p. 103 : "Karl Deutsch and J. David Singer have defined 'stability' as 'the probability that the system retains all of its essential characteristics: that no single nation becomes dominant; that most of its members continue to survive; and that large-scale war does not occur'."

⁴⁷ Voir Gaddis, "The Long Peace...", op. cit., p. 138 : « L'une des caractéristiques les plus curieuses de la guerre froide est de voir à quel point les superpuissances [...] ont accepté tout une série d'arrangements régionaux compliqués, artificiels et instables, au moins en apparence [...] Mais [ces arrangements] ont une sorte de logique après tout : de bric et de broc mais maintenus à toute force, le fait qu'ils aient tenu si longtemps suggère que les superpuissances ne voulaient pas troquer le laisser-faire pour l'imprévisibilité. Essayer de rationaliser les anomalies allemande, coréenne ou cubaine aurait créé la possibilité alarmante d'un résultat incertain ; les dirigeants soviétiques et américains ont bien plutôt choisi de pérenniser les anomalies plutôt que d'encourir les risques de déstabilisation inhérents à toute tentative de les résoudre. »

sans que cela réponde à aucun dessein ni à aucune tentative de prendre en compte de quelconques exigences de justice, les nations d'après-guerre entrèrent par hasard dans un système des relations internationales qui, parce qu'il était fondé sur les réalités du pouvoir, a servi la cause de l'ordre, sinon de la justice, mieux que personne n'aurait osé l'espérer.⁴⁸

L'instauration d'un système contraignant imposant le respect des droits de l'homme sous l'égide d'une Cour internationale semble contrevenir à cette lecture réaliste. Sa mise en œuvre peut représenter un facteur de déstabilisation là où un certain équilibre avait émergé après 1945. De plus, les droits de l'homme ne concernent pas la stabilité internationale, du moins en première intention : « A la différence des institutions internationales en matière de politique commerciale, monétaire, environnementale ou de sécurité, les institutions internationales en matière de droits de l'homme ne sont pas dédiées, par définition, au contrôle politique des externalités dues à l'existence d'interactions sociétales par-delà les frontières, mais elles sont conçues pour tenir les gouvernements responsables d'activités purement internes⁴⁹. » Tout en résistant à la lecture réaliste, l'adoption de la Convention vient cependant conforter la théorie du *balancing*, c'est-à-dire d'une coalition d'Etats faibles pour des raisons géopolitiques.

Etudiant les rapports d'alliance entre les Etats durant l'élaboration du système conventionnel, Andrew Moravcsik montre que les Etats les plus favorables à une Convention des droits de l'homme, à sa Cour internationale et à un droit des individus à ester devant elle, ont un profil très homogène. Il s'agit d'Etats qui ont, au moment des négociations, un régime démocratique encore peu affirmé et exposé à une opposition interne forte (le parti communiste en France, par ex.). Les Etats défavorables, sinon à la Convention, du moins à la Cour et au droit de pétition individuelle, ont au contraire des profils opposés : il s'agit soit

⁴⁸ Gaddis, "The Long Peace...", op. cit., p. 110. En 1969, lorsqu'ils adjoignirent une préface à leur *Dialektik der Aufklärung*, Adorno et Horkheimer décrivent aussi « une époque où le monde se divise politiquement en blocs immenses qui sont entraînés objectivement à se heurter, [où] les horreurs continuent. Les conflits au Tiers Monde, le renouveau du totalitarisme ne sont pas davantage de simples avatars de l'histoire que le fut en son temps le fascisme » (Horkheimer, Adorno, *La dialectique de la raison*, op. cit., p. 9).

⁴⁹ Andrew Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe", *International Organization*, 54-2, 2000, p. 217.

de démocraties pérennes, soit de régimes en cours de transition démocratique ou dictatoriaux (Figure 3)⁵⁰.

La seule exception à la forme en U renversé à laquelle parvient Moravcsik est la Belgique. Seulement, le ralliement de la Belgique au projet d'une Convention contraignante est tardif au cours des négociations⁵¹ et il s'agit aussi d'un pays à l'influence limitée, ce qui tend à corroborer l'hypothèse que la théorie du *balancing* fournit une explication à l'adoption de la Convention. En effet, selon l'approche de Moravcsik, le renoncement à une part de souveraineté apparaît comme un coût qu'un Etat consent s'il en tire des bénéfices en termes de stabilité⁵². Les résultats auxquels il aboutit permettent de bouler en touche deux explications à la concession, par les Etats européens, d'une part de souveraineté au profit de la Convention et de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁵⁰ Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", op. cit., p. 219 : "Although established democracies supported certain human rights declarations, *they allied with dictatorships and transitional regimes in opposition to reciprocally binding human rights enforcement* [...] The primary proponents of reciprocally binding human rights obligations were instead the governments of newly established democracies." La figure 3 est établie à partir du tableau de Moravcsik (op. cit., p. 233).

⁵¹ Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", op. cit., p. 232.

⁵² Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", op. cit., p. 220 : "governments will resort to this tactic when the benefits of reducing future political uncertainty outweigh the 'sovereignty costs' of membership."

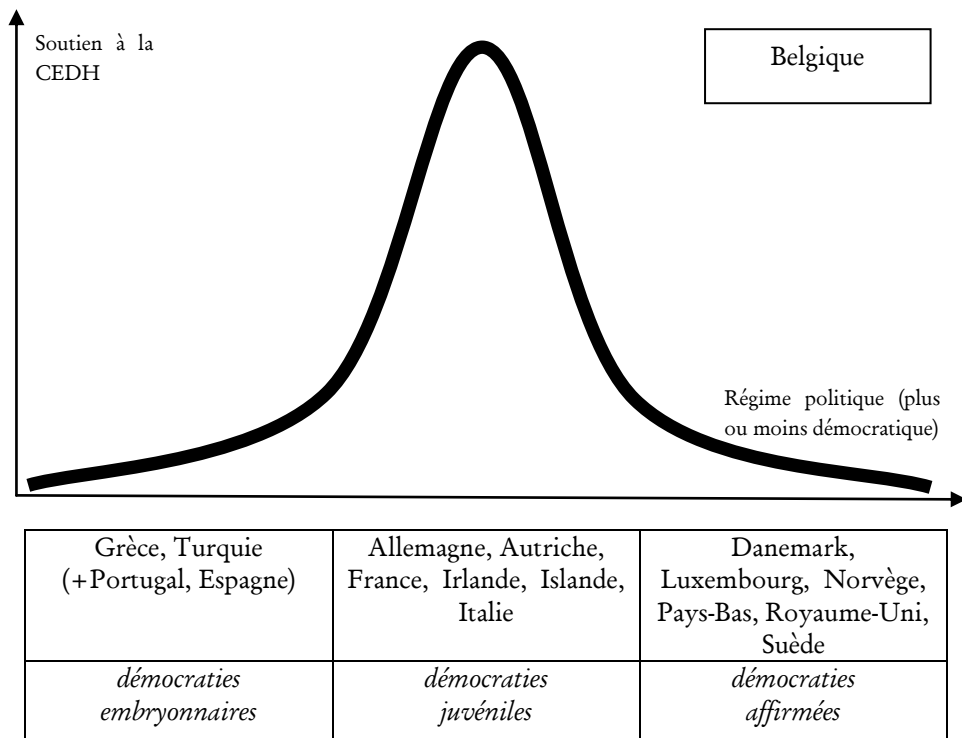


Figure 3: la corrélation entre régime politique et soutien à la CEDH

Première hypothèse, le *bandwagoning* selon lequel les Etats forts en Europe à ce moment auraient cherché dans les droits de l'homme un relais pour asseoir le *statu quo* en obligeant les Etats faibles à rallier la Convention (*hypothèse réaliste*). La position du Royaume-Uni en particulier montre que les coûts en termes de souveraineté ne semblent pas justifier, du point de vue des Etats forts, un tel gain éventuel de sécurité et de stabilité. La Convention ne peut donc pas être lue comme une contribution de leur part à la stabilité en Europe (contre, par exemple, une résurgence des totalitarismes⁵³). L'explication de l'adoption de la Convention par les horreurs du nazisme et les dangers du communisme est donc un peu 'courte'.

Seconde hypothèse contredite par la corrélation entre régime politique et soutien à la Convention, l'hypothèse altruiste d'Etats cherchant à convaincre les voisins d'adopter la cause et les valeurs des droits de l'homme (*hypothèse*

⁵³ Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", op. cit., p. 234 : "Finally, the experience of being invaded by Germany during World War II seems to explain little."

*idéationiste*⁵⁴). Elaborée pour répondre aux limites de l'explication réaliste, cette hypothèse achoppe sur le peu d'échanges directs entre les Etats durant le processus d'élaboration de la Convention et surtout sur le fait que leurs positions respectives ont alors peu varié et jamais sous influence extérieure. En d'autres termes, les « considérations morales » appartiennent à une « rhétorique » développée au moment de l'élaboration de la Convention mais ne nous renseignent pas sur les motivations des gouvernements favorables à une protection contraignante des droits de l'homme⁵⁵.

La théorie du *balancing* fournit une explication alternative dans la mesure où les Etats européens fragiles en 1950 semblent avoir trouvé, dans la Convention, un facteur de stabilité dont le bénéfice leur a paru justifier la perte d'une part de souveraineté. L'originalité de l'approche d'Andrew Moravcsik réside dans le fait qu'il ne réduit pas la stabilité recherchée à travers le système conventionnel à la quête d'une protection externe (vis-à-vis des Etats voisins) mais y voit essentiellement la mise en place d'un mécanisme de protection et de stabilité internes :

Establishing an international human rights regime is an act of political delegation [and] a tactic used by governments to "lock in" and consolidate democratic institutions, thereby enhancing their credibility and stability vis-à-vis nondemocratic political threats. In sum, governments turn to international enforcement when an international commitment effectively enforces the policy preferences of a particular government at a particular point in time against future domestic political alternatives.⁵⁶

French, German and Italian officials viewed the ECHR as a check out on the potential triumph of popular extremist parties.⁵⁷

⁵⁴ Moravcsik emploie un vocabulaire périlleux dans la théorie des relations internationales, voir *infra*, 97-98.

⁵⁵ Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", op. cit., p. 235-236.

⁵⁶ Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", op. cit., p. 220.

⁵⁷ Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", op. cit., p. 241-242.

LA « PRATICABILITE » DE LA CEDH
A L'AUNE DU RALLIEMENT DES ETATS

Andrew Moravcsik qualifie cette explication alternative de « républicaine libérale ». Seulement, on peut se demander s'il ne force pas la distinction entre cette approche et le modèle réaliste et structurel de la sociabilité des Etats après 1945. Certes, la troisième voie (*hypothèse libérale*) se distingue de l'hypothèse réaliste tant qu'on réduit celle-ci à la théorie du *bandwagoning*. Mais la distinction est moins forte si on appréhende la Convention comme un exemple de *balancing*, de coalition d'Etats faibles.

Trois postulats de la lecture de Moravcsik me semblent autoriser de tenir pour complémentaires les hypothèses réaliste et libérale en ce qui concerne l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme. Premièrement, sa lecture explique les motivations des Etats européens à se lier à la Convention en termes de coûts-bénéfices et de *self-interest*. Son explication, si elle rompt peut-être avec une certaine doctrine réaliste, reflète bien la modification du modèle des relations internationales après 1945 (*supra*). Ensuite, il conserve au rapport de force (même s'il est essentiellement interne) sa valeur explicative des motivations des Etats à entrer dans un système contraignant, fut-ce au coût d'une perte de souveraineté ; nous retrouvons à cet égard le principe du *statu quo* comme objectif poursuivi par les Etats à travers leurs engagements internationaux⁵⁸. Enfin, Moravcsik conserve une perspective structurelle sur les droits de l'homme : hypothèse libérale et réaliste s'accorderaient à refuser de considérer que les droits de l'homme aient constitué en 1950 en Europe une idéologie, un corpus de valeurs dont la mise en œuvre démontrerait l'existence d'une volonté de modifier l'ordre international. La principale opposition lorsqu'il s'agit d'expliquer la raison pour laquelle les Etats européens consentirent à sacrifier une part de souveraineté à la protection des droits de l'homme se trouverait donc entre les hypothèses libérale et idéationiste car :

All the common ideational ideologies of modern western society approach existing institutions with an "ought demand" that the institutions be reshaped

⁵⁸ Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes...", loc. cit. : "self-binding' is of most use to *newly established democracies*, which have the greatest interest in further stabilizing the domestic political status quo against nondemocratic threats."

to embody the values of the ideology. In this sense all ideational theories involve some degree of radicalism, *i.e.* criticism of existing institutions.⁵⁹

Un motif supplémentaire me semble alléguer en faveur d'une conciliation entre les lectures libérale et réaliste. Toute explication de la Convention ne peut ignorer un fait, à savoir qu'à l'issue du processus d'élaboration, les Etats démocratiques européens s'y sont unanimement ralliés au moment de la signer le 4 novembre 1950. La seule exception notable à signaler appartient au groupe des démocraties juvéniles (l'Autriche signa la Convention seulement le 13 décembre 1957). Les deux Etats dont le régime démocratique était encore embryonnaire (à savoir la Turquie et la Grèce) signèrent eux aussi rapidement la Convention (dès le 4 novembre 1950 pour l'une et le 28 mars 1953 pour l'autre). Une seule démocratie stable, la Suède, ne signe pas le 4 novembre 1950 (mais quelques jours plus tard, le 28).

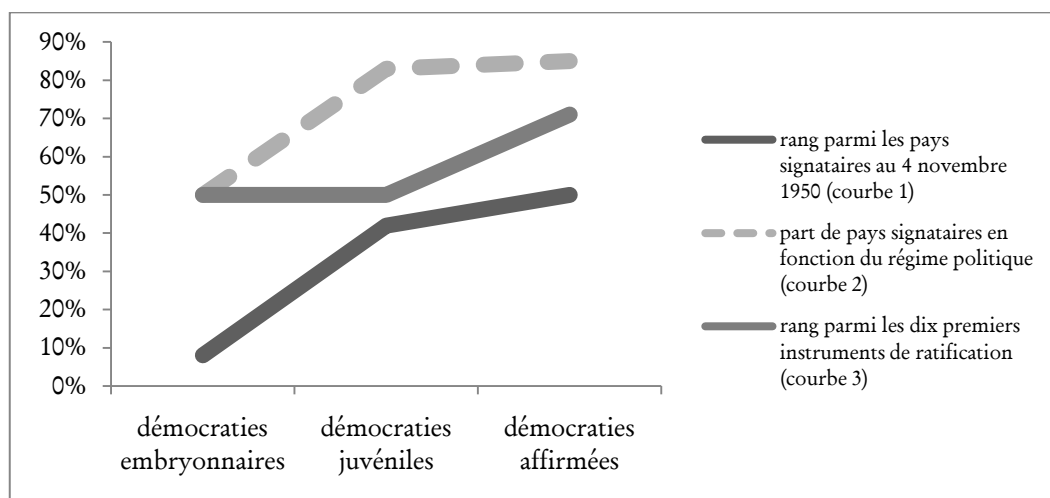


Figure 4 : premiers soutiens à la Convention et régime politique (signature et ratification)

Autrement dit, la thèse libérale tient tant qu'il s'agit d'expliquer la différence, au cours des débats préparatoires, entre position maximaliste (pour une Convention européenne des droits de l'homme, mise en œuvre par une instance judiciaire indépendante et avec un droit de pétition individuelle) et position minimaliste tempérée (pour une Convention européenne des droits de l'homme, mais avec une compétence de la Cour et un droit de pétition individuelle optionnels). Seulement, une fois les négociations terminées, quand le texte définitif reflète la position médiane, il n'y a plus de différence notable

⁵⁹ Samuel P. Huntington, "Conservatism as an Ideology", *The American Political Science Review*, 51-2, Jun. 1957, p. 458.

entre les démocraties juvéniles et les démocraties affirmées qui représentent respectivement presque 50% des Etats signataires (Figure 4, courbe 1). La présence d'un Etat en pleine transition démocratique (la Turquie) montre aussi que l'arrière-fond explicatif à la signature de la Convention repose sur les postulats réalistes de l'intérêt des Etats et d'une quête de stabilité internationale, modulés selon le coût de souveraineté que les Etats sont prêts à consentir selon leur situation politique interne. Une fois ce coût négocié, la corrélation dite « libérale républicaine » entre régime politique et soutien aux droits de l'homme perd de sa pertinence : parmi les trois groupes de pays étudiés, le pourcentage de pays signataires dès le 4 novembre 1950 augmente avec le degré d'affirmation démocratique (Figure 4, courbe 2 en pointillés) ; les démocraties affirmées apportent même un soutien décisif à l'effectivité de la Convention en produisant près des trois quarts des dix premiers instruments de ratification qui provoquèrent l'entrée en vigueur de la Convention (Figure 4, courbe 3). Il se dégage clairement une tendance selon laquelle, dans la forme de la Convention en 1950 (avec une juridiction de la Cour européenne et un droit de pétition individuelle optionnels), plus un régime politique est stable et démocratique, plus il soutient une politique de reconnaissance internationale des droits de l'homme.

Si elle permet d'expliquer les préférences nationales quant au type d'instrument à adopter et aux modalités de sa mise en œuvre, l'hypothèse « libérale républicaine » d'Andrew Moravcsik n'épuise donc pas l'éventail des réponses possibles à la question : « pourquoi les Etats cherchent-ils à créer des engagements internationaux intrusifs et contraignants » en matière de droits de l'homme⁶⁰ ? Car l'engagement en faveur des droits de l'homme ne peut se mesurer seulement à la lumière de l'enthousiasme manifesté durant les phases de négociation. Il convient aussi de se pencher sur la célérité avec laquelle les pays, une fois signataires, ont mis en œuvre la Convention. Or, à cet égard, si nous comparons, en mois, le temps moyen qui s'est écoulé entre le moment où les pays étudiés par Moravcsik signèrent la Convention et le moment où celle-ci

⁶⁰ Laurence R. Helfer, "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes", *Columbia Law Review*, 102-7, Nov. 2002, p. 1842.

entra en vigueur chez eux, nous observons une curieuse inversion de son U renversé (Figure 5 *vs.* Figure 3, *supra*)⁶¹.

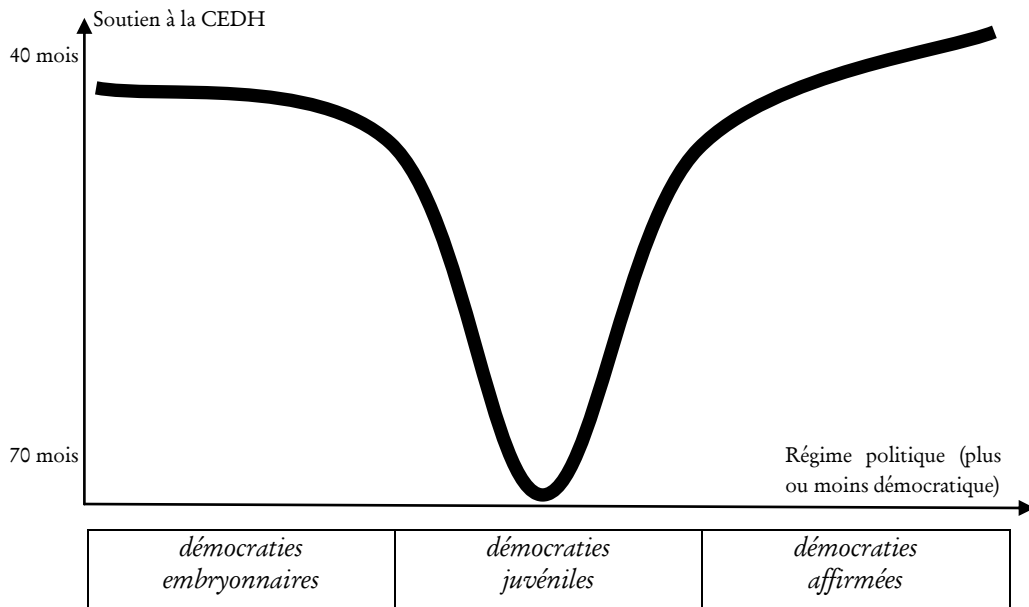


Figure 5 : soutien à la Convention selon la rapidité de sa mise en œuvre en droit interne

Cet effet spectaculaire est du, en réalité, au fait qu'un pays fausse les résultats des démocraties juvéniles. Ce cas édifiant, celui de la France, confirme à tout le moins la nécessité de distinguer, lorsqu'il s'agit de mesurer le soutien d'un Etat à la Convention européenne des droits de l'homme, entre son enthousiasme et son activisme dans la phase de négociation et sa diligence dans la phase de ratification. En tout, la France mit plus de 23 ans à ratifier la Convention après l'avoir signée (soit 282 mois), ouvrant ainsi « une brèche lamentable dans le système européen » et se signalant particulièrement par cette « politique de non-

⁶¹ A noter cependant que je ne prends en compte, s'agissant des démocraties embryonnaires, que la Turquie et la Grèce, Etats parties 'historiques' à la Convention. L'Espagne et le Portugal ne la signèrent et ne la ratifièrent que dans les années 1970, à un moment où le délai entre signature et entrée en vigueur s'était réduit pour tous les Etats (plus le temps passe, plus le système conventionnel s'affirme et ce délai se contracte, soit moins de 12 mois en moyenne aujourd'hui). Agréger les scores de l'Espagne et du Portugal à ceux de la Grèce et de la Turquie reviendrait à ramener le délai moyen de mise en œuvre de la Convention par les Etats en situation de transition démocratique de 42 à 29 mois et à les créditer ainsi artificiellement d'un soutien plus fort aux droits de l'homme que les Etats démocratiques stables.

coopération dans [le] domaine [des droits de l'homme]⁶² ». Ce délai est si atypique qu'il convient certainement de comparer les délais de ratification en supprimant les données concernant la France. Mais même ainsi, le résultat des mesures du soutien aux droits de l'homme sur la base de la diligence des Etats à mettre en œuvre la Convention dans leur ordre juridique interne reste favorable aux démocraties affirmées : si les délais d'intégration de la Convention en droit interne sont comparables ($\Delta < 5$ mois), ils diminuent néanmoins selon le degré d'affirmation de la démocratie dans les Etats considérés (Figure 6).

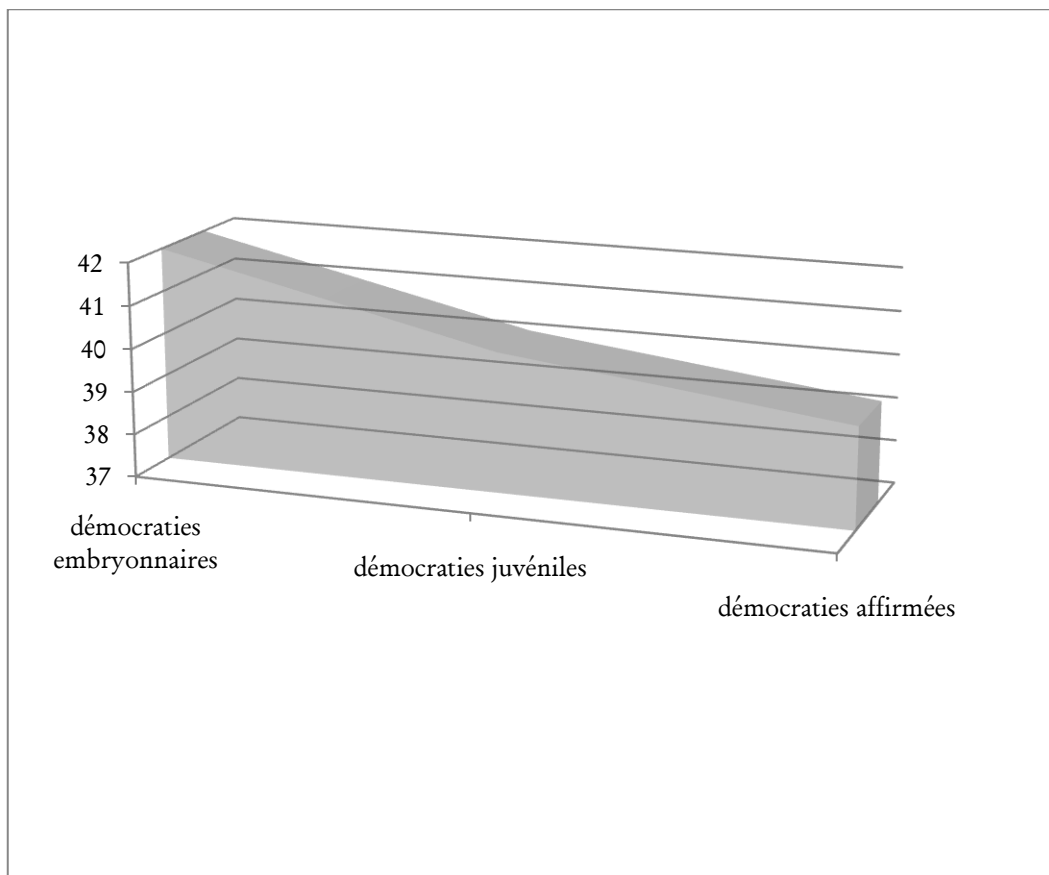


Figure 6 : temps moyen entre la signature de la Convention et sa mise en œuvre en droit interne (en mois)

⁶² F. E. Dowrick, "Juristic Activity in the Council of Europe: 25th year", *The International and Comparative Law Quarterly*, 23-3, Jul. 1974, p. 627.

3. *L'acceptabilité de la Convention par les Etats : limite ou garantie de succès ?*

La distinction des paradigmes en théorie des relations internationales est une question délicate et ouvre sur des débats qui excèdent mon propos⁶³. Nous retiendrons cependant qu'il existe trois théories, réaliste, libérale et idéationiste, tendant à expliquer, du point de vue des relations internationales, la formation de traités contraignants en matière de droits de l'homme. Les deux premières théories se fondent sur l'intérêt et la sécurité des Etats pour décrire les engagements en faveur des droits de l'homme comme des éléments stabilisateurs de l'ordre international. La troisième appréhende quant à elle les droits de l'homme comme les éléments fondamentaux d'une communauté de valeurs :

An ideational theory of human rights [...] posits that the source of human rights commitments "lie[s] [...] in strongly held principled ideas (ideas about right and wrong)." These ideas exert their own persuasive power that shapes the interests and identity of both state and nonstate actors. They also lead governments to create legalized commitments affirming the salience of the principles they embody and confirming the collective legitimation on *like-minded* nations.⁶⁴

A lire le préambule de la Convention, il semble que cette dernière approche corresponde bien aux motivations avancées par les Etats pour justifier leur volonté d'instaurer un régime contraignant de protection des droits de l'homme en Europe : ne s'affirment-ils pas eux-mêmes animés d'un « même esprit » (*like-minded*), voir ci-dessus) ? Seulement, la description de la position exprimée par chaque Etat engagé dans les travaux préparatoires à la Convention soutient

⁶³ A la fin des années 1990, le paradigme « réaliste » s'est trouvé critiqué, notamment suite à la chute du rideau de fer (Kenneth N. Waltz, "Structural Realism after the Cold War", *International Security*, 25-1, 2000, p. 39 : "Every time peace breaks out, people pop up to proclaim that realism is dead"). Au-delà d'un conflit d'interprétation en théorie des relations internationales, le débat porte sur un enjeu épistémologique (Bertrand Badie, "Realism under Praise, or a Requiem? The Paradigmatic Debate in International Relations", *International Political Science Review*, 22-3, Jul. 2001 ; Waltz, "Evaluating Theories", op. cit.). La question se pose de savoir si le « réalisme » n'est pas devenu un concept fourre-tout, appliqué à « toute explication rationnelle du comportement des Etats », ou seulement opposé au concept lui-même vague « d'idéalisme » (Jeffrey W. Legro, Andrew Moravcsik, "Is Anybody Still a Realist?", *International Security*, 24-2, 1999, p. 54).

⁶⁴ Helfer, "Overlegalizing Human Rights...", loc. cit. (je souligne).

plutôt une lecture libérale : la Convention aurait trouvé ses meilleurs défenseurs parmi les Etats recherchant à travers elle un facteur de stabilité interne et de pérennisation d'un régime démocratique récemment instauré, ou restauré. Une telle lecture « libérale » de l'adoption de la Convention contrevient à la présupposition d'une communauté de valeurs car elle fait de *l'acceptabilité* de la Convention par les Etats non une conséquence mais une condition à leur engagement en faveur des droits de l'homme. Doit-on voir dans un tel critère d'acceptabilité un obstacle à l'effectivité des droits de l'homme ?

Il convient de voir tout d'abord que l'explication libérale reste partielle. Elle n'explique pas le ralliement des démocraties embryonnaires ni des démocraties affirmées au terme des négociations ; celles-ci représentent pourtant 58% des Etats signataires, dont 50% pour les seules démocraties affirmées. De plus, le modèle libéral explique encore moins la diligence des démocraties fortes dans la phase de ratification. Le Royaume-Uni notamment, dont Winston Churchill ne prévoyait pas l'appartenance au futur Conseil de l'Europe et qui incarna la ligne légaliste durant les négociations, fut le premier, parmi les pays signataires, à ratifier la Convention (après 4 mois seulement, contre 36 en moyenne pour les autres pays⁶⁵) et figure au rang des pays dans lesquels elle entra en vigueur le plus tôt (le 3 septembre 1953). Le schème idéationniste ne permet pas de suppléer à l'explication libérale de ce point de vue. En effet, si le Royaume-Uni a finalement accepté le modèle confédéraliste dans lequel les engagements des Etats ne font l'objet d'aucune définition précise dans la Convention, seules les concessions que les tenants de la position légaliste obtinrent semblent expliquer ce ralliement, à savoir la rétrogradation au rang de clauses optionnelles de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'accès des individus à cette instance. En d'autres termes, les légalistes ont, selon toute vraisemblance, laissé les confédéralistes l'emporter en 1950 au prix d'une forte révision à la baisse du degré de protection des droits de l'homme par le nouvel instrument européen. La concession, par les Etats, d'une part de souveraineté apparaît comme le résultat, non d'une identification à une communauté de valeurs en faveur d'une promotion des droits de l'homme, mais d'un arbitrage entre les coûts et les bénéfices, en termes de souveraineté, d'une participation à cette union politique en formation. Tous les Etats partagent un intérêt commun à être, pour reprendre l'expression du négociateur britannique Lord Layton,

⁶⁵ Moyenne calculée en excluant les données concernant la France (282 mois) et le Royaume-Uni (4 mois).

« membre du club », intérêt à une stabilité politique accrue en Europe face aux menaces conjointes d'une expansion communiste et d'une résurgence totalitaire. Seulement, la contrepartie que les pays sont prêts à sacrifier pour ce bénéfice varie et un tel gain ne justifie pas aux yeux de tous une contrepartie aussi importante que la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit de pétition individuelle comme clauses obligatoires à la Convention.

Une perspective historique générale sur l'adoption de la Convention nous incite par conséquent à adopter, aussi s'agissant des engagements contraignants souscrits par les Etats européens en matière de droits de l'homme, un schème d'explication réaliste selon lequel « les engagements internationaux [et] les institutions chargées de leur contrôle et de leur mise en œuvre [...] ne sont que le reflet de la puissance et des intérêts des Etats⁶⁶ ». La concession commune d'une part de souveraineté apparaît comme le résultat d'un arbitrage entre les intérêts respectifs des Etats parties selon qu'ils recherchent une participation au « club » des nations européennes (démocraties embryonnaires), une sécurisation des équilibres politiques internes issus de 1945 (démocraties juvéniles) ou un gain de stabilité politique à l'échelle européenne par une surveillance réciproque (démocraties affirmées). Le dispositif final, avec ses clauses optionnelles, apparaît comme le dénominateur commun sur la base duquel ces intérêts divergents parvinrent à s'accorder. On peut donc décrire le processus de souscription et de soumission à des engagements internationaux contraignants en matière de droits de l'homme sans recourir à des schèmes d'explication normatifs (volontarisme des Etats) ou axiologiques (communauté de valeurs) qui présument de l'acceptabilité de la Convention.

Il ne s'agit pas de nier l'originalité de l'instrument européen au moment de son adoption. Il s'agit encore moins de défendre une lecture ironique des intentions des rédacteurs de la Convention. Rien n'empêche d'admettre qu'ils « étaient eux-mêmes si impressionnés de l'audace, qu'ils n'ont pas voulu faire du recours des particuliers [...] l'objet d'une disposition obligatoire de la Convention et par là l'élément qui pouvait décider de l'adhésion ou de la non-adhésion des Etats à l'ensemble de la Convention⁶⁷ ». Si une telle lecture des concessions finales sur la

⁶⁶ Helfer, "Overlegalizing Human Rights...", loc. cit.

⁶⁷ Phaedon Vegleris, "Vingt ans d'expérience de la convention et perspectives", *Vie privée et droits de l'homme. Actes du troisième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (30 septembre - 3 octobre 1970)*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 467.

juridiction de la Cour et le droit d'accès des individus peut paraître plus charitable, elle ne lève pas les difficultés car elle revient à faire, elle aussi, de l'acceptabilité de la Convention, et non du contenu des droits, la condition à leur caractère obligatoire d'un point de vue juridique. Or, qu'il s'agisse d'un calcul d'intérêt national ou d'une stratégie des rédacteurs, on peut opposer à la légitimité du critère d'acceptabilité qu'il est indissociable de concessions et que, particulièrement en matière de droits de l'homme, « toute modestie peut confiner au cynisme » (*modesty might turn to cynicism*)⁶⁸.

Dans une perspective réaliste, cette dernière critique est de faible portée tant il semble évident que l'acceptabilité de la Convention dût constituer le terme premier d'une effectivité juridique des droits de l'homme en Europe. Des concessions dans « le but d'encourager les adhésions à son système⁶⁹ » seraient dès lors parfaitement légitimes. Seulement, nous ne saurions nous satisfaire d'un oukase réaliste au sens duquel un système imparfait serait par nature préférable à l'absence de système de protection des droits de l'homme. L'avertissement de Raymond J. Vincent ("*modesty might turn to cynicism*") indique, qu'en la matière, les lieux communs ne suffisent pas et qu'un système imparfait de protection des droits de l'homme est soit inutile face à la connivence des Etats, soit détourné comme instrument géopolitique⁷⁰. Une perspective réaliste sur les droits de l'homme doit donc être exigeante, ou robuste, pour être convaincante. En particulier, elle doit répondre à l'objection plausible selon laquelle, sous couvert d'acceptabilité de la Convention, se joue une antinomie fondamentale entre intérêts concurrentiels des Etats et effectivité des droits. Cette critique mérite d'être nuancée.

⁶⁸ Vincent, *Human Rights and International Relations*, op. cit., p. 94.

⁶⁹ Vegleris, "Vingt ans d'expérience de la Convention...", op. cit., p. 465 : « dans le but d'encourager les adhésions à son système, la Convention a cru devoir tolérer une différenciation limitée entre les Etats touchant l'étendue même du droit qu'ils s'engagent à observer. L'article 64 permet à chaque Etat de formuler, au moment de la signature de la Convention ou du dépôt de l'instrument de sa ratification, 'une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention' » (sur les réserves, cf. *supra*, ch. 1).

⁷⁰ Vincent, *Human Rights and International Relations*, loc. cit.: "where states themselves are the judges of each others' human rights records, we should not be surprised if a kind of freemasonry operated among them [...] Secondly, when name-calling takes place despite this constraint, we should not be surprised if it is directed not at some situation which by an objective measure is the most outrageous, but at those members of the community of states whose hold on their places in the esteem of other is weakest: pariah states [...]."

L'acceptabilité des instruments de protection des droits de l'homme est un critère pertinent – et une condition préalable – d'un point de vue réaliste ou libéral parce qu'elle constitue l'indicateur d'une forme de conciliation entre les intérêts conflictuels des Etats sur le plan international. Autrement dit, loin d'une « communauté de valeurs », c'est le conflit d'intérêt qui est la forme normale de la sociabilité internationale et l'acceptabilité commune d'engagements contraignants traduit qu'une situation d'équilibre a été instaurée. Que de tels engagements portent sur les droits de l'homme constitue a priori un indice fiable d'une pacification des relations internationales (« thèse de la paix démocratique », *supra*). En tout cas, l'acceptabilité de la Convention en 1950 signifie d'abord un gain en termes d'effectivité juridique des droits fondamentaux en droit international. Alors que, d'une certaine manière, ils figurèrent pendant des décennies, dans le meilleur des cas, au rang de principes généraux ou éléments de la coutume, la Convention européenne procède d'un choix clair en faveur de leur positivité juridique. Le résultat immédiat de l'acceptabilité de la Convention est que les droits de l'homme ne sont plus conçus comme des éléments axiologiques, mais comme des éléments formels du droit international. On distingue classiquement à cet égard trois sources de droit en droit international selon qu'il est de formation spontanée, volontaire ou conventionnelle (Tableau 1). La Convention européenne représente un extrême dans les sources du droit international puisqu'il s'agit d'une convention en termes de positivité (ce n'est ni un élément axiologique, ni le résultat d'un acte unilatéral)⁷¹ et aussi en termes de contrainte juridique (ce n'est pas simplement une charte ou une déclaration)⁷².

⁷¹ Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 44: "It is generally accepted that [...] the term 'conventions' is used in a broad sense embracing all kinds of international agreements, whatever their particular designation."

⁷² Malgré l'acception générique du terme « convention » en droit international (note précédente), la *Convention européenne des Droits de l'Homme* est néanmoins un instrument spécifique car, si « la variété des dénominations des textes de proclamation (Déclaration, Charte, Convention, Pacte, Acte) camoufle, au plan juridique, des instruments de nature très différente », « seuls les textes conventionnels ont vocation à avoir un caractère obligatoire » (Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 120 et 124).

Droit international conventionnel*		Droit international non conventionnel*				
Accords contraignants	Accords non contraignants	Formation volontaire		Formation spontanée		
Actes obligatoires** (Traités ; par ex. : la Convention européenne des droits de l'homme)	Actes concertés (communiqués, déclarations, chartes...)	Actes unilatéraux émanant...		Coutume		Principes généraux du droit (<i>pacta sunt servanda</i> , <i>abus de droit</i> , « bonne foi », « confiance légitime », « effet utile »...)
		d'Etats (reconnaissance, protestation, renonciation...)	d'organisations internationales (décisions, résolutions, recommandations...)	Dérogeable (précédents, jurisprudence, <i>opinio juris</i> ...)	Indérogeable (<i>jus cogens</i> ; par ex. : interdiction du recours à la force ou de la traite des esclaves...)	
Sources formelles du droit international				Sources matérielles du droit international		

* « conventionnel » au sens générique d'un accord volontaire entre plusieurs Etats ou sujets de droit international.

** « conventions » au sens spécifique d'un accord ayant un *caractère obligatoire*.

Tableau 1 : les différents modes de formation en droit international

Insister sur le critère d'acceptabilité de la Convention implique d'inscrire la protection des droits de l'homme dans une définition cardinale du droit international comme « droit de la société des Etats », c'est-à-dire comme un mode de régulation horizontale entre entités souveraines et en l'absence de structuration hiérarchique comme en droit interne (« ordre de coordination » *vs.* « ordre de subordination »)⁷³. A ce niveau, si la Convention représente une évolution en 1950, c'est avant tout du point de vue de son caractère obligatoire, à la différence de la Déclaration universelle de 1948, a fortiori parce qu'elle confère aux obligations qu'elle prévoit un *caractère objectif*. A l'intérieur du système conventionnel en effet, un Etat peut incriminer un autre Etat en cas de violation des droits sans que « la notion de la victime ou de l'intérêt n'y trouve aucune place⁷⁴ ». C'est-à-dire que la Convention européenne introduit dans le droit international des évolutions significatives pour l'effectivité des droits : en effet, par cette clause, en apparence sibylline et déclaratoire, du préambule par laquelle les Etats européens stipulent « prendre les premières mesures propres à

⁷³ Dinh, Daillier, Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 35 et p. 83.

⁷⁴ Nicolas Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1967, p. 37.

assurer la *garantie collective* » des droits (je souligne), ils font des droits de l'homme non seulement des engagements internationaux obligatoires (ce qui est classique dans la forme) mais aussi des engagements dont les Etats parties seront comptables en toute circonstance devant tout autre Etat partie et non pas seulement lorsque ce dernier pourra justifier qu'un de ses ressortissant est victime de la violation incriminée ou qu'un de ses intérêts souverains est lésé. La Convention européenne signifie de ce point de vue, dès 1950, le dépassement de toute clause limitative de réciprocité des obligations ; elle implique aussi l'élévation des droits de l'homme au rang principes – contraignants pour les Etats – d'un « ordre public » à l'échelle européenne⁷⁵.

De ce point de vue, si les rédacteurs ont su préserver l'acceptabilité de la Convention, comme principe réaliste à l'effectivité des droits, cela ne révèle aucune modestie ni, *a fortiori*, aucun cynisme de leur part. On peut y voir au contraire un gambit astucieux : ils concédèrent certes du terrain sur un aspect saillant (peut-être le plus emblématique) du projet européen, son aspect juridictionnel, mais garantirent ainsi une effectivité juridique aux droits de l'homme dont les Etats n'avaient peut-être pas exactement mesuré la portée. En effet, par l'engagement consenti d'une « garantie collective » des droits, c'est « l'effet direct » de la Convention européenne dans l'ordre interne (*self-executing*) qui est acquis. Alors, si l'on peut déplorer la faiblesse de l'aspect juridictionnel en 1950, son caractère optionnel ne contrarie pas la mise en place d'organes d'application (Comité des Ministres, Commission des droits de l'homme) et, par conséquent, l'émergence d'une forme de communauté (« une union plus étroite ») entre les Etats du Conseil de l'Europe par la soumission commune à des normes impératives constituant un « ordre public »⁷⁶.

Dès lors, il n'y a pas d'antinomie absolue entre l'impératif d'une effectivité des droits fondamentaux (sous peine de tomber sous l'accusation de cynisme) et le principe réaliste d'une acceptabilité de la Convention (c.-à-d. d'une explication par l'intérêt des Etats de la conclusion de traités contraignants en matière de droits de l'homme). Des « deux idées essentielles » de la Convention, la « garantie collective » des droits de l'homme et « l'accès direct des individus

⁷⁵ « Par opposition au recours des individus et des groupements privés, le recours des Etats, résultant de la 'garantie collective' fait l'objet, dans la Convention [de 1950], d'une disposition obligatoire (art. 24) » (Vegleris, "Vingt ans d'expérience de la Convention...", op. cit., p. 468).

⁷⁶ Cf. citation de Robert Kolb, *supra*, p. 62.

devant une instance internationale », il faut certainement convenir que « c'est la première idée [...] qui est foncièrement nouvelle et [...] significative ». Cette première idée représenterait non seulement le vecteur par lequel les droits de l'homme acquièrent une effectivité juridique, mais aussi par lequel ils purent être les vecteurs d'une sociabilité internationale, non seulement entre les Etats mais, à travers eux, entre les individus :

Par là tous les Etats qui participent à la Convention sont rendus solidaires du maintien d'un ordre conforme au 'minimum' ou 'standard' de droits et de libertés posé par elle sur l'ensemble de leurs territoires juxtaposés. Corrélativement un lien juridique est créé entre tous les individus vivant sur ces territoires et chacun des Gouvernements [...] pour la défense des droits essentiels de ces individus devant les instances internationales. La cause de l'individu atteint dans ces droits devient virtuellement la cause de tous les Etats liés par la Convention.⁷⁷

Conclusion.

L'idée d'un renversement dans les relations internationales après 1945 constitue le principal argument à l'appui d'une description des droits de l'homme en termes de contraintes juridiques et non de valeurs, ou comme substrats de relations contractuelles entre Etats et non d'aspirations normatives de la « société internationale ». Nous avons vu au chapitre précédent que la conception axiologique des droits de l'homme comme aspirations de la « société internationale » au sens moniste échouait sur le dualisme explicite du système conventionnel ; l'analyse des négociations dans les travaux préparatoires à la Convention montre qu'on ne peut pas non plus tabler sur une conception minimale de la « société internationale » au sens d'une « communauté de valeurs » préexistante entre les Etats européens. Par contre, l'idée d'un renversement dans les relations internationales est certainement suffisamment étayée par les éléments de contexte (dont la guerre froide) ainsi que par la littérature en théorie des relations internationales⁷⁸. Cela suffit-il à justifier la

⁷⁷ Vegleris, "Vingt ans d'expérience de la Convention...", op. cit., p. 467-468.

⁷⁸ On a pu parler à ce titre, dans une formule marquante, de « la Cour qui venait du froid » (Mikael Rask Madsen, "Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre", *Critiques internationales*, 26-1, 2005, p. 133).

réduction des droits de l'homme à des comportements contractuels entre Etats ?
La consécration des droits de l'homme en droit international n'est-elle pas irréductible à cette logique des équilibres stratégiques ?

Il semble en effet difficile d'inscrire dans la même dynamique la course à l'armement nucléaire (puis les traités de non-prolifération), la défiance généralisée et la protection des droits de l'homme. Cette réticence, fondée sur l'intuition que les droits de l'homme forment une matière juridique spécifique (idée d'une valeur impérative inhérente aux droits), doit être prise en compte à double titre.

Premièrement, il s'agit de se garder de toute lecture cynique de l'institution positive des droits de l'homme qui en fonderait une interprétation comme instruments de domination. Il a été établi que les droits de l'homme en Europe ne visent pas la domination stratégique (pas de programme d'expansion) mais la stabilisation interne des Etats et des équilibres régionaux par la cohésion politique (démocratie). Une lecture cynique des droits de l'homme du point de vue des relations internationales procéderait en réalité d'une mécompréhension de l'hypothèse des droits de l'homme comme principes fonctionnels. Dire, en effet, que les droits de l'homme ont trouvé dans les stratégies géopolitiques des Etats une occasion d'exister n'implique pas que leur développement ultérieur demeure réductible à de telles stratégies ; au contraire, le principe « d'ordre public » au regard duquel les droits de l'homme doivent acquérir une valeur impérative (légalité objective) leur confère une autonomie vis-à-vis des stratégies étatiques. C'est un point important du néo-fonctionnalisme en relations internationales ; l'origine des droits de l'homme dans la volonté des Etats ne serait qu'une étape d'un processus indépendant :

neofunctional integration theory [posits] integration of political communities through a process of several steps. Regional or international organizations initially perform nonpolitical, technical tasks (functional tasks) and from the experiences of working together on these tasks, the people learn cooperative and extranational attitudes. Gradually, an interlocking of extranational groups evolves. These groups perform more sophisticated, more widespread, more important tasks. Success in such endeavors produces "spillover" into other

areas; that is, learned patterns of interaction, through success, encourage other such endeavors.⁷⁹

Deuxièmement, les droits de l'homme forment une matière irréductible aux comportements contractuels entre Etats dans la mesure où ils concernent aussi d'autres acteurs, particulièrement les individus comme bénéficiaires des droits. Les modalités de mise en œuvre des engagements étatiques apparaissent à cet égard plus déterminantes que leurs modalités d'émergence dans l'amorce et la réussite du processus d'intégration visé à travers l'institution positive des droits de l'homme. Autrement dit, traiter des droits de l'homme comme d'enjeux des rapports contractuels entre Etats ne couvre qu'une partie de la problématique, partie néanmoins significative dans cette étude car elle nous a permis d'établir que le fondement à la consécration juridique des droits de l'homme n'est pas l'existence d'une « communauté de valeurs » entre les Etats européens, mais le caractère « d'acceptabilité » de tels engagements dans une configuration particulière des relations internationales. Mais la seconde partie de la problématique, relative à la mise en œuvre des engagements, est autrement plus importante. Dès lors, en effet, qu'on ne peut présupposer de « communauté de valeurs » entre les Etats au moment de l'adoption de la convention, le mode de mise en œuvre ne détermine pas seulement les conditions d'un « commun respect », mais aussi d'une « conception commune » des droits de l'homme.

Les externalités ("*spillover*") du processus fonctionnel en termes de sociabilité internationale (ou « d'acculturation », *infra* ch. 3) dépendent de la capacité des conditions de mise en œuvre des engagements étatiques à déterminer l'émergence d'une telle « conception commune », d'une définition, des droits de l'homme. Autrement dit, le critère de « praticabilité » du système conventionnel, son caractère « rationnel » ("*everything is rational that is practicable*"), n'est pas seulement *empirique* (l'observance par les Etats de leurs engagements) mais aussi *épistémique* (l'élaboration progressive d'une « conception commune » des droits de l'homme). La mise en œuvre des obligations en matière de droits de l'homme pose donc un problème juridique (largement documenté par ailleurs) ainsi qu'un problème délicat d'épistémologie pratique.

⁷⁹ Clovis C. Morriison, "The European Human Rights Convention System as a Functional Enterprise", *Universal Human Rights*, 1-4, oct.-déc. 1979, p. 81-82.

Cette étude est consacrée à défendre et à documenter cette thèse sur la valeur épistémique de la mise en œuvre des obligations étatiques. Dans le ch. 4, je propose un modèle épistémologique susceptible de répondre à cet enjeu de définition sous-jacent à la mise en œuvre des droits de l'homme en droit international. Auparavant, il est important de préciser les conditions empiriques de cette mise en œuvre dans le contexte européen (ch. 3).

DEUXIEME PARTIE :
ANALYSE EPISTEMOLOGIQUE

Chapitre trois. Une sociabilité fondée sur le conflit des revendications.

« L'interprétation vise à connaître le droit en vigueur. [...] L'interprétation opère aussi une 'modification', mais [...] la modification par voie interprétative (ou la confirmation d'une norme, qui est aussi une forme de modification de son statut) n'est qu'incidente et souvent infinitésimale¹. »

Adopter un point de vue épistémique sur la mise en œuvre des engagements en matière de droits de l'homme permet de prendre pour point de départ une approche réaliste-libérale (fondée sur l'intérêt et la souveraineté des Etats) sans se rendre à l'oukase réaliste selon lequel tout système des droits de l'homme, même défaillant, serait par principe préférable à l'absence de système de protection. Raymond J. Vincent le rappelait opportunément : particulièrement en matière de droits de l'homme, il faut se défier de toute modestie qui se ferait l'alliée objective des attitudes cyniques. Or, dès lors qu'une exigence épistémique est posée, un système dont la mise en œuvre ne permettrait pas à « une conception commune des droits » d'émerger ne serait pas préférable à une absence de système car un système défaillant (que cela soit par calcul ou non) postposerait d'autant la réalisation d'une « sauvegarde » des droits fondamentaux et d'un « ordre public » sur cette base (ch. 1, *supra*). Ainsi, derrière la contrainte d'une protection efficace se joue aussi la capacité du

¹ Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, éditions de l'Université de Bruxelles, coll. de droit international, 2006, p. 27.

système européen à remplir sa fonction, à savoir créer les conditions d'une sociabilité entre les Etats parties sur la base d'engagements communs en faveur des droits de l'homme.

En ce sens, nous pouvons espérer tenir les deux bouts de ce que j'ai désigné par commodité comme « la stratégie de Gilson » (ch. 1, *in fine*), à savoir un postulat réaliste (le souci des réalisations empiriques) et une exigence critique (le souci d'une évaluation du caractère rationnel, de la « praticabilité », de ces réalisations). Bien entendu, il s'agit d'une analogie avec la démarche d'Etienne Gilson commandée par la ressemblance entre les positions théoriques en débat (réalisme *vs.* idéalisme/idéationnisme) plutôt que par une identification entre les enjeux (connaissance scientifique *vs.* sociabilité internationale). Un élément essentiel de la problématique épistémologique au chapitre suivant tient justement au fait que l'objectif épistémique poursuivi (la *définition* des droits) n'est pas assimilable à une forme de « connaissance »². En énonçant l'enjeu épistémique au fondement de la « praticabilité » du système conventionnel, j'ai cependant fait un pas supplémentaire pour justifier cette analogie : le problème de la « rationalité » est, dans le cas de la connaissance comme dans celui de la pratique juridique, le problème d'une *liaison* à établir entre des représentations (impliquant des attentes de la part des acteurs de la protection des droits de l'homme) et une « réalité » (une valeur d'objectivité attachée aux obligations en matière de droits de l'homme). Pour qu'un système de protection des droits de l'homme soit réputé rationnel, il faut qu'il ménage une telle congruence entre la définition des droits admise dans une communauté et leur observance par les Etats ; on pourra parler sous ces conditions d'une « protection effective » des droits.

Cette congruence est fonction des choix opérés entre les modalités possibles de mise en œuvre des obligations étatiques. A cet égard, les hésitations relatives au caractère optionnel de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme et du droit de pétition individuelle s'estompèrent progressivement (jusqu'au début des années 1980, la plupart des Etats liés par la Convention acceptèrent la juridiction obligatoire de la Cour, acceptation qui devint

² Kolb, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 111 : « Le praticien n'est pas le savant. Il n'a souvent ni le bagage, ni le temps, ni la disponibilité pour planter tout un décor de contextualisation de sa réflexion [...] Les buts de l'interprète sont éminemment pratiques et diffèrent de ceux du savant. Le premier doit décider, le second doit connaître. »

unanime après 1990³) et n'ont plus lieu d'être depuis une réforme de 1998 où chacune des deux clauses devint obligatoire, et la Cour européenne l'unique organe d'application de la Convention⁴. J'adopte pour cette raison une approche centrée sur l'activité de cette juridiction et la mise en œuvre contentieuse des obligations étatiques en matière de droits de l'homme. Le projet européen participe là d'un choix clair en faveur d'un « positivisme » :

Le point de vue positiviste est ici le seul véritablement opérationnel : il n'y a droit de l'homme que par l'intervention du droit positif, lorsqu'un régime juridique est organisé tel que le droit soit protégé par une action en justice [...] La protection des droits ne peut être que l'œuvre de l'ordre juridique positif émanant du pouvoir institué.⁵

La prégnance du modèle contentieux dans la réflexion sur la protection internationale des droits de l'homme est telle que l'existence d'une jurisprudence finit par apparaître comme la preuve d'une « véritable pratique » et, *a contrario*, l'absence de recours contentieux, comme un élément interdisant de parler des droits de l'homme comme de droits au sens juridique⁶.

Il convient cependant de se garder de verser dans une forme de maximalisme juridictionnel car, au minimum, faire de l'existence d'un recours contentieux un préalable obère l'acceptabilité, pour les Etats, d'engagements en faveur des droits de l'homme. L'exemple européen a montré que des concessions sur ce point favorisent au contraire le ralliement des Etats à un système de protection. Dès lors, l'acceptation large d'un mode de mise en œuvre par voie contentieuse en Europe nous renseigne sur *une* conception possible de l'effectivité des droits,

³ Henry J. Steiner, Philip Alston, Ryan Goodman, *International Human Rights in Context*, (3d ed.), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 939-940.

⁴ Protocole no. 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, Strasbourg, 11 mai 1994 – 1^{er} nov. 1998, STCE n° 155.

⁵ Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 50.

⁶ Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 14 : « Le droit international positif des droits de l'homme est principalement celui mis en œuvre au plan européen. D'où le titre choisi, *Droit international et européen des droits de l'homme*, afin de mettre l'accent sur la branche européenne du droit international des droits de l'homme, qui est celle où se situe une jurisprudence abondante permettant de faire état d'une véritable pratique » ; et aussi, p. 50 : « la question de la crédibilité du DIDH résulte du décalage entre la proclamation des droits et la garantie des droits, qui est leur traduction dans l'ordre juridique positif [...] Le DIDH est aujourd'hui encore plus un droit virtuel qu'un droit opérationnel. »

sur un « design » ou un « *quomodo* » de la protection des droits de l'homme ; s'y réduire conduirait à sous-estimer le caractère rationnel, « praticable », d'autres modalités de mise en œuvre. L'existence et le fonctionnement de formes alternatives au niveau mondial (système universel de l'ONU, par ex.) conduit à envisager l'éventualité d'un autre oukase, positiviste celui-ci, au sens duquel seul le « procès » serait susceptible de valoir comme l'indice d'une mise en œuvre efficace des droits de l'homme. Ceci reviendrait à présumer de la réponse à apporter à l'élément de politique juridique inhérent à la construction d'un système de protection. Or il peut être de bonne méthode de distinguer ce qui relève d'un choix des Etats dans leur engagement en faveur des droits de l'homme et ce qui relève de contraintes de rationalité qu'on peut identifier pour juger de la praticabilité, des conditions d'efficacité, d'un système de droit international. Une théorie des droits de l'homme peut se proposer deux objectifs à cet égard.

Un premier objectif consiste à adopter une perspective externe sur les systèmes de coopération internationale et à identifier des conditions de rationalité *a priori* permettant de tracer une ligne entre des choix de politique juridique rationnels et des choix non rationnels ou sous-optimaux, soit qu'ils sont impossibles à réaliser dans la pratique (cas d'un système d'engagement trop contraignant et inacceptable), soit qu'ils ne résistent pas aux tentatives d'instrumentalisation de la part des sujets de droit (cas d'un système trop sensible aux idiosyncrasies). Réalisme, idéationisme ou positivisme, comme théories des relations internationales, représentent de tels points de vue normatifs sur la construction d'un système de protection lorsqu'ils conduisent à sanctifier un critère de praticabilité (acceptabilité des engagements, définition axiologique des droits ou nécessité d'un recours contentieux). Un tel point de vue externe sur les conditions de réalisation des droits de l'homme peut être aussi adopté par la philosophie ; il est en particulier assumé par Jürgen Habermas dans *Droit et démocratie* lorsqu'il affirme que « ces droits doivent tout d'abord être introduits à partir de la perspective d'un non-participant⁷ ». Dans l'esprit du philosophe de l'Ecole de Francfort, un système des droits de l'homme sera rationnel si et seulement s'il respecte ainsi trois conditions *a priori*, à savoir « le droit aux mêmes libertés d'action subjectives [...], avec les corrélats que sont les droits d'appartenance [i.e. le « statut de membre » pour chacun] et les garanties du

⁷ Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, (1992), Paris, Gallimard, coll. "NRF essais", 1997, p. 135.

recours judiciaire, établi par le code juridique⁸ ». De telles approches externes visent une évaluation critique des systèmes de protection des droits de l'homme. Habermas l'exprime très clairement : « il n'y a aucun droit légitime sans ces droits » ; les différents systèmes de protection ne sont ainsi que « des interprétations et des manières de développer le droit universel à la liberté »⁹. La méthode du théoricien consiste alors à rechercher les déficiences d'un système par rapport au modèle d'une coopération idéale. Les critères pour juger de ces déficiences seront la disposition à s'engager et l'observance des obligations pour le réaliste, la persuasion des Etats et l'univocité de la définition des droits pour l'idéationiste ou, encore, l'efficacité du recours contentieux et l'autorité des décisions pour le positiviste.

Je défends dans ce chapitre qu'un autre objectif théorique peut être poursuivi par lequel le théoricien choisit de se placer en aval des choix de politique juridique et d'adopter ainsi un point de vue interne sur un système existant de protection des droits. Je documente cette affirmation par un état des lieux de la réflexion en théorie des relations internationales sur la question de la « rationalité » des institutions. Cette littérature est intéressante car elle montre que la promotion d'une perspective interne sur les institutions se fait sur la base d'une critique de la puissance explicative des modèles externes ou normatifs. Nous avons vu précédemment que le modèle idéationiste ne permet pas de rendre compte du ralliement des Etats européens au système conventionnel. Il est question, dans les développements contemporains de l'analyse des institutions, des limites de la perspective réaliste pour rendre compte des conditions de mise en œuvre des engagements étatiques. Ceci conduit les tenants d'une approche dite « néo-libérale » (dans un sens différent de son acception commune) à remettre en cause les critères statiques de la praticabilité d'un système protection tels que la coercition, l'observance ou la prévisibilité des obligations. Dans cette perspective, l'effectivité et la rationalité d'un « contrôle social » s'évaluent à l'aune de processus de socialisation complexes qui ne présupposent pas seulement l'instauration de contraintes efficaces, mais aussi l'exécution collective de tâches cognitives (ou épistémiques, selon la terminologie employée dans cette étude) tâches résumées sous le concept « d'acculturation ». Dans la mesure où un tel modèle de la rationalité des

⁸ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 143.

⁹ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, loc. cit.

conditions d'établissement d'une sociabilité entre les participants à un système de coopération suppose une évaluation des procédures réellement mises en place, une telle approche ne peut s'élaborer que sur la base d'une description d'un système existant *du point de vue de ses participants*. Cette section (ch. 3 et ch. 4) vise à proposer la constitution d'une telle approche pour la philosophie.

La proposition d'une telle approche philosophique à travers la transposition du modèle de la « communauté épistémique » dans le domaine juridique sera l'objet du chapitre suivant. Ce chapitre est, quant à lui, constitué de deux parties bien distinctes ; une conclusion intermédiaire sera utile pour bien marquer cette partition. Le premier moment vise à justifier l'opportunité d'un tel *point de vue des participants* pour la philosophie en relation avec les développements de la théorie des relations internationales et de l'herméneutique juridique dans les années 1990-2000 (*infra*, 1). La seconde partie distingue de manière descriptive les caractéristiques du « procès » en matière de droits de l'homme, ceci afin de marquer sa spécificité par rapport à des modalités alternatives de mise en œuvre (notamment dans le système onusien) et à constituer un corpus de jurisprudence représentatif par lequel le modèle d'une sociabilité au Conseil de l'Europe par la constitution d'une « communauté épistémique » entre les participants pourra être éprouvée dans la troisième section de cette étude (*infra*, 2).

1. Un changement de paradigme dans l'appréhension des relations internationales.

L'analyse institutionnelle de l'instauration d'un système de protection des droits de l'homme en Europe dans la section précédente a consisté essentiellement à rompre avec une conception axiologique des droits et à justifier leur définition comme des « coûts » de souveraineté consentis par les Etats dans le but de réaliser des intérêts de stabilisation politique interne et de coopération à l'échelle européenne. Mais, à rester à ce niveau de description des engagements en faveur des droits fondamentaux en termes de « coûts », il n'est pas certain que l'on puisse aisément distinguer dans le « procès » un mode de mise en œuvre rationnel de ces engagements. Une telle procédure contentieuse présuppose, en effet, un fort degré de « centralisation » du contrôle de la conformité des comportements des Etats avec les obligations qui leur incombent. N'est-ce pas là un « risque » trop important pour les Etats de perdre la maîtrise de leurs

engagements, de s'engager dans une inflation du « coût » des droits de l'homme en dehors de tout ce à quoi ils auraient accepté de consentir au départ ?

Cette question naît de la formulation de la problématique de la sociabilité entre les Etats européens en termes d'observance des obligations (*compliance*). Il semble que, ce faisant, le théoricien se trouve rapidement confronté à une alternative pour justifier que le « procès » représente un « choix rationnel » pour les acteurs de la protection des droits de l'homme. Soit, en effet, il se trouve à justifier le choix d'une telle mise en œuvre centralisée par le caractère spécifique de la matière juridique dont il est question, auquel cas il fait de l'ambition (*vs.* la « modestie ») d'un système de protection l'indice de sa rationalité indépendamment des « coûts » de souveraineté induits pour les acteurs. Soit il conserve un schème irréductiblement réaliste et cherchera à évaluer l'opportunité d'une mise en œuvre contentieuse des engagements en faveur des droits de l'homme même dans la perspective « cynique » d'une maximisation des intérêts étatiques : il s'agira, dans ce cas, d'établir sous quelles conditions les « coûts » liés à la centralisation du contrôle de l'observance des engagements étatiques se trouvent compensés par les « gains » d'une coopération optimale car préservée des « risques » de comportements déviants (au sens de comportements gouvernés seulement par la maximisation des utilités individuelles).

Ces deux approches se fondent sur des conceptions concurrentes de la « sociabilité » interétatique : la première vise, par la promotion de mécanismes de « persuasion », la constitution d'une communauté fondée sur la conviction des Etats (schème idéationiste) ; la seconde insistera quant à elle, par la promotion de mécanismes de « coercition », sur une communauté fondée sur une utilité collective par opposition aux stratégies d'optimisation de l'utilité individuelle des Etats (schème réaliste). La première approche présente le défaut d'une remise en cause potentielle de l'identification opérée entre « praticabilité » et « rationalité » du système de protection des droits de l'homme en Europe. La seconde approche se révèle finalement plus exigeante en termes d'effectivité des droits de l'homme puisqu'elle se fonde sur l'idée qu'un système inefficace ne peut être rationnel. La question se pose néanmoins de savoir si l'on peut se satisfaire de la réduction de violations éventuelles des droits de l'homme à un « risque » pour la coopération interétatique.

LA CEDH :
UN DESIGN RATIONNEL ?

Selon le point de vue réaliste-libéral qui rend bien compte du mécanisme de ralliement des Etats européens à la Convention, l'élaboration d'un système interétatique repose sur plusieurs postulats relatifs au caractère rationnel des choix institutionnels (« Rational Design ») opérés par les Etats¹⁰. Quatre postulats sont particulièrement importants à ce niveau :

1. Rational design: States and other international actors, acting for self-interested reasons, design institutions purposefully to advance their joint-interests. [...]
2. Shadow of the future: The value of future gains is strong enough to support a cooperative arrangement. [...]
3. Transaction costs: Establishing and participating in international institutions is costly. [...]
4. Risk aversion: States are risk-averse and worry about possible adverse effects when creating or modifying international institutions.¹¹

Ces postulats conduisent les auteurs à identifier, au fondement du design des institutions internationales, une dynamique analogue à la relation de répulsion identifiée au ch. 1 entre légalité et sociabilité en droit international, dynamique cette fois relative à la mise en œuvre des obligations contractées :

The more severe the enforcement problem, the more restricted the membership. [...] Moreover, the severity of the enforcement problem increases with the number of actors.¹²

¹⁰ Barbara Koremenos, Charles Lipson, Duncan Snidal, "Rational Design: Looking Back to Move Forward", *International Organization*, 55-4, 2001, p. 1051 : "The Rational Design project has one overriding aim: to make explicit the connections between specific cooperation problems and their institutional solutions."

¹¹ Barbara Koremenos, Charles Lipson, Duncan Snidal, "The Rational Design of International Institutions", *International Organization*, 55-4, 2001, p. 781-782; repr. in Steiner, Alston, Goodman, *International Human Rights in Context*, op. cit., p. 715-716.

¹² Koremenos, Lipson, Snidal, "The Rational Design of International Institutions", op. cit., p. 783 ; repr. in Steiner, Alston, Goodman, *International Human Rights in Context*, loc. cit.

La mise en œuvre des obligations étatiques en matière de droits de l'homme pose un problème sensible compte-tenu de la nature souveraine des relations entre Etats et personnes sous leur juridiction (dualisme du système européen, ch. 1) ; de plus, l'augmentation drastique du nombre de membres du Conseil de l'Europe (doublement après 1990, jusqu'à représenter aujourd'hui 30% des nations dans le Monde¹³) impose une contrainte supplémentaire sur les possibilités de leur mise en œuvre. Au regard de ces contraintes, l'objectif de sociabilité au fondement de la politique de protection des droits fondamentaux en Europe paraît devoir être revu à la baisse. Le modèle juridictionnel implique en effet une centralisation de la mise en œuvre des obligations, là où le nombre des Etats parties et la nature souveraine des obligations appelleraient un système conforme au principe d'une coopération naissant sur fond d'anarchie¹⁴.

Le design contentieux serait d'autant moins rationnel de ce point de vue que des particularités du système européen le rendraient potentiellement impraticable, ou pour le moins sous-optimal. En 2003, le Centre international pour la protection juridique des droits fondamentaux (INTERIGHTS) produisit un rapport qui évaluait « l'indépendance des juges » de Strasbourg à l'aune des « règles et pratiques relatives aux nominations à la Cour européenne des droits de l'homme »¹⁵. Les résultats auxquels cette étude aboutit ne sont pas favorables à l'organe européen ; ils stigmatisent essentiellement deux biais importants dans le processus d'élection des juges : tandis que la Cour est constituée d'un juge pour chaque Etat partie à la Convention, les Etats choisissent de manière souveraine les trois candidats qu'ils proposent et le Comité des Ministres, qui élit l'un d'eux, « donne l'impression d'être plus intéressé par la sauvegarde de la souveraineté des Etats, que de veiller à la qualité des candidats sélectionnés¹⁶ ». Une sous-commission pour l'élection des juges existe et « représente le seul garde-fou dans le système actuel » mais son évaluation est jugée « superficielle » car elle repose sur l'examen du Curriculum Vitae des candidats et leur audition

¹³ Steiner, Alston, Goodman, *International Human Rights in Context*, op. cit., p. 933.

¹⁴ "In broad international relations (IR) theories institutions play only a modest role. It is, after all, cooperation *under anarchy*" (Koremenos, Lipson, Snidal, "The Rational Design of International Institutions", op. cit., p. 766).

¹⁵ Jutta Limbach, *et al.*, *L'indépendance des juges : Règles et pratiques relatives aux nominations à la Cour européenne des droits de l'homme*, London, Interights, 2003, <http://www.interights.org/documentbank/index.htm?id=260>.

¹⁶ Limbach, *et al.*, *L'indépendance des juges...*, op. cit., p. 4.

en seulement 15 minutes¹⁷. D'autres éléments problématiques sont relevés, par exemple « la possibilité de réélection des juges [qui] expose ces derniers à une ingérence inacceptable de leur gouvernement auquel ils risquent de faire allégeance » ; « *en conséquence, la Cour est moins qualifiée et moins compétente [qu'elle devrait l'être] pour remplir ses importantes fonctions. Dans une certaine mesure, elle souffre d'un déséquilibre entre hommes et femmes du fait de la nature opaque et politisée de la procédure de sélection et de nomination* »¹⁸. Dont acte. Il n'entre pas dans le champ de cette étude de mener une validation ou invalidation de cette analyse.

Il est entendu que, du point de vue de la rationalité du design institutionnel, la mise en œuvre des engagements étatiques doit à la fois optimiser les coûts de transaction (ici, le degré de sacrifice de souveraineté – postulat n°3, *supra*) et minimiser les risques liés aux arrangements interétatiques (postulat n°4, *supra*). Or, si la sous-qualification éventuelle d'un juge européen peut représenter un tel risque, la non-observance des engagements par certains Etats peut être elle-même vue comme une source de dysfonctionnements et d'irrationalité au sens d'une sous-optimalité de l'arrangement : “*greater noise lowers the joint gains [the States] can achieve*”¹⁹. En conséquence, une forme concertée de mise en œuvre doit être trouvée afin de garantir la réalisation des gains escomptés par les Etats du fait de leur engagement dans un quelconque système interétatique (postulat n°2, *supra*) car la non-coopération d'un Etat est un coût pour les autres Etats : “*every time the third state violates the treaty, the other two states are forced to suspend the cooperation between them to punish it*”²⁰. Dans un contexte de défiance (*supra*, ch. 2), il est donc conforme à l'intérêt des Etats de concevoir un système de surveillance « centralisé » (postulat n° 1, *supra*) : “*The primary reason*

¹⁷ Limbach, *et al.*, *L'indépendance des juges...*, op. cit., p. 4-5.

¹⁸ Limbach, *et al.*, *L'indépendance des juges...*, op. cit., p. 9 ; voir sa version anglaise, partiellement reproduite in Steiner, Alston, Goodman, *International Human Rights in Context*, op. cit., p. 942 : “the Court is less qualified and less able [...] than it might otherwise be”.

¹⁹ Sur la notion de « bruit » : Koremenos, Lipson, Snidal, “The Rational Design of International Institutions”, op. cit., p. 765 : “Uncertainty is a frequent obstacle to cooperation, as is “noise,” the difficulty of observing others' actions clearly.” Pour l'extrait cité : Koremenos, Lipson, Snidal, “The Rational Design of International Institutions”, op. cit., p. 787 (reproduit in Steiner, Alston, Goodman, *International Human Rights in Context*, op. cit., p. 718).

²⁰ George W. Downs, David M. Rocke, *Optimal Imperfection? Domestic Uncertainty and Institutions in International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 126 ; cité in Koremenos, Lipson, Snidal, “The Rational Design of International Institutions”, op. cit., p. 783

for emphasizing anarchy is to rule out centralized enforcement [...] However, centralized information may offer a more effective alternative if it can reduce uncertainty²¹.”

Dès lors, la réalisation d'une protection efficace des droits de l'homme constitue une condition de rationalité et de praticabilité pour tout arrangement par lequel des Etats entendent développer une sociabilité entre eux par l'imposition de contraintes communes en la matière. Ceci tend à signifier que l'intérêt des Etats, moins qu'un écueil, deviendrait au niveau international un ressort à l'effectivité des droits de l'homme. Une réflexion en termes de design institutionnel dépasse ici en généralité les résultats du chapitre précédent où nous avons déjà aperçu une relation entre droits de l'homme et intérêt des Etats car :

- il s'agit ici de les lier dans un modèle de la rationalité des comportements contractuels des Etats, et non dans une hypothèse *ad hoc*, visant à expliquer l'engagement des Etats européens en faveur des droits de l'homme dans le contexte politique post-1945 ;
- le ressort d'une convergence entre protection des droits et intérêts souverains apparaissait de plus interne aux Etats dans l'hypothèse « républicaine libérale » alors que, dans le modèle du design institutionnel, le ressort est externe, directement lié à la nature concurrentielle des relations interétatiques ;
- de plus, la « sociabilité » des Etats n'apparaît plus seulement comme une externalité au sens d'une conséquence heureuse de l'adoption de contraintes communes en matière de droits de l'homme mais comme un principe de rationalité. L'élément déterminant tient ici à un changement d'échelle ; le modèle contentieux apparaît comme rationnel parce que nous quittons le plan des comportements individuels pour inscrire les droits de l'homme dans le plan des comportements collectifs des Etats :

If for single actor rational action is what subjectively maximizes its interests, then when there are multiple actors, as in international politics, a rationally chosen institution will be one that solves their collective-action problem [...]

²¹ Koremenos, Lipson, Snidal, "The Rational Design of International Institutions", op. cit., p. 766 et 788.

The result is internalized self-restraint; actors follow norms not because it is in their self-interest, but because it is the right thing to do in their society.²²

Nous devons, en l'état, suspendre provisoirement notre jugement sur la portée d'une évaluation du système conventionnel à l'aune de la rationalité de son design institutionnel. Car cette approche conduit pour le moment à une appréciation ambivalente de la mise en œuvre des obligations étatiques en matière de droits de l'homme via l'instauration d'une instance judiciaire : d'un côté, le paradigme anarchiste de la société internationale qui sous-tend l'analyse en termes de design institutionnel plaide pour une irrationalité d'un tel arrangement du fait de ses « coûts » potentiels pour les Etats ; de l'autre, l'ancrage de cette analyse dans la théorie du choix rationnel conduit à conclure, dans le cas d'une union élargie, à l'opportunité d'un dispositif « centralisé » qui renvoie à la nécessité d'instaurer une forme de « contrôle social » sur les membres d'une société.

JUGER DE LA RATIONALITE DU « CONTROLE SOCIAL »

Cette contrainte d'un « contrôle social » efficace des obligations des Etats constitue le point d'articulation théorique entre la protection commune des droits de l'homme et l'instauration d'une forme de sociabilité à l'échelon européen. Sous cet aspect, la « praticabilité » du modèle contentieux échappe à la seule problématique de l'intérêt des individus à une protection efficace de leurs droits fondamentaux.

Selon Herbert Hart, les formes de contrôle social dépendent en grande partie du type de sociabilité existant entre les membres d'une communauté. « Il est évidemment possible, écrit-il, d'imaginer une société dépourvue de législateurs, de tribunaux ou d'autorités publiques de toute espèce²³. » Cette situation apparaît à Hart, qui considère l'ordre interne, comme un cas limite ; en droit international, cependant, elle constituerait plutôt la forme normale de la sociabilité interétatique. Deux aspects de l'analyse du « contrôle social » dans *Le concept de droit* sont importants dans notre perspective.

²² Alexander Wendt, "Driving with the Rearview Mirror: On the Rational Science of Institutional Design", *International Organization*, 55-4, 2001, p. 1023-1025.

²³ Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 116.

Premièrement, l'idée d'un « contrôle social » comme « élément constitutif du droit » nous permet de concevoir une relation fonctionnelle entre légalité et sociabilité en droit international, c'est-à-dire d'interpréter la relation inverse entre l'extension des systèmes internationaux et la problématique de leur mise en œuvre sans lui attacher des conséquences moins-disantes en termes de design institutionnel.

Selon cette relation inverse, les difficultés de mise en œuvre (*enforcement problem*) augmentent en fonction de l'extension des systèmes de coopération et le degré d'appartenance des Etats (*membership*) diminue à raison de ces difficultés (*supra*). Nous sommes habitués à conclure de cette relation l'incapacité du droit international à prévenir et à sanctionner les comportements déviants des Etats. On peut cependant en tirer une autre conséquence. Du point de vue de Hart, une société anarchique (sans « autorités publiques ») n'est viable que si elle a une faible extension et une forte cohésion ; dans le cas contraire, par contre, le « contrôle social » devra être organisé et institutionnalisé pour qu'une forme de sociabilité soit envisageable :

Il est évident que seule une petite communauté, étroitement unie par des liens de parenté, des croyances ou des sentiments communs, et dotée d'un environnement stable, pourrait vivre avec succès sous [le] régime de règles qui n'émanent d'aucune autorité. Dans des conditions différentes, une forme aussi élémentaire de contrôle social s'avèrera nécessairement défectueuse et exigera divers éléments complémentaires.²⁴

Par l'introduction de la notion de « contrôle social », nous pouvons conclure du caractère horizontal des relations en droit international la nécessité d'institutions pour parler de sociabilité entre Etats, *a fortiori* à mesure que le nombre des Etats concernés augmente. S'agissant d'un système aussi large que le Conseil de l'Europe, cette conclusion prend toute son importance. Elle converge, de plus, avec l'interprétation fonctionnelle des droits de l'homme élaborée au chapitre précédent : il faudrait certainement d'abord établir la dimension fortement axiologique des droits de l'homme, leur dimension de valeurs substantielles, unanimement partagées dans des formes et une définition identiques par *tous* les Etats européens pour affirmer l'inutilité d'institutions indépendantes (les « autorités publiques »), chargées de surveiller la mise en œuvre des engagements étatiques.

²⁴ Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 117.

La réflexion sur le caractère rationnel du design institutionnel du système européen permet en ce sens d'opérer une inversion sérieuse de la charge de la preuve au détriment des conceptions des droits de l'homme comme *valeurs* ; tout bien considéré, leur définition comme *droits* est plus exigeante corrélée à la contrainte d'une sociabilité des Etats parties à la Convention car elle commande la mise en place d'instances de surveillance et rompt avec le paradigme d'une société des Etats sur fond d'anarchie. On peut donc caractériser de manière positive le caractère normatif de la notion d'un « droit », étant entendu qu'il n'en existerait aucun indépendamment de la réalisation de certaines conditions empiriques, ce qu'Oliver Wendel Holmes affirmait à l'encontre d'une vision jusnaturaliste :

A legal right is nothing but a permission to exercise certain natural powers, and upon certain conditions to obtain protection, restitution, or compensation by the aid of the public force. Just so far as the aid of the public force is given a man, he has a legal right, and this right is the same whether his claim is founded in righteousness or iniquity.²⁵

Y compris dans une telle perspective réaliste, une attitude moins-disante en termes de design institutionnel encourt le risque d'apparaître comme une forme de modestie empreinte de cynisme. Ce résultat est intéressant pour cette étude : rabattre la question de la rationalité d'un système juridique sur sa « praticabilité » ne revient pas simplement à rechercher une sanction des faits ou à célébrer uniquement « ce qui marche » ; au contraire, sous la contrainte d'une effectivité de la protection liée à la problématique d'une forme corrélative de sociabilité se noue l'enjeu d'une évaluation critique d'un système sous sa forme existante. On peut ainsi aussi bien conclure à une impossibilité *de droit* d'extension d'un système efficace (car fondé sur une communauté fortement intégrée mais un « contrôle social » décentralisé) qu'à la rationalité *de droit* d'un système étendu mais, sinon inefficace, du moins sous-optimal au regard d'autres méthodologies d'analyse (le caractère centralisé de la procédure contentieuse apparaît, dans le contexte européen, comme un marqueur de rationalité indépendamment de doutes circonstanciés qu'une analyse politique de la procédure d'élection des juges peut susciter). Pour le dire de manière quelque

²⁵ Oliver Wendell Holmes, "A Legal Right is Nothing But...", E. A. Kent (ed.), *Law and Philosophy, Readings in Legal Philosophy*, New York, Meredith Corporation, Appleton Century Crofts, 1970, p. 125.

peu lapidaire, le philosophe peut prendre sa place dans l'analyse d'un système existant sans pour autant préjuger de la validité des résultats d'autres méthodes d'analyses elles-mêmes rigoureuses.

On peut aussi, en conséquence, parler d'une exigence critique inhérente aux « droits » de l'homme indépendamment d'un arrière-plan axiologique. Jeremy Bentham affirmait déjà, dans ses *Remarks on French Declaration of Rights*, qu'en restant dans le registre légaliste des « droits », l'on pose une exigence d'effectivité supérieure qu'en convoquant tout autre registre naturaliste (“*Right, the substantive right, is the child of law*”²⁶). Commandant, pour leur mise en œuvre, l'institution d'instances indépendantes, les droits conservent une autonomie normative par rapport à leur contexte d'émergence (spécialement, par rapport à la volonté initiale des Etats). Nous trouvons cette idée formulée différemment par Claude Lefort²⁷ ou Eugene Kamenka :

Rights are claims that have achieved a special kind of endorsement or success: legal rights by a legal system; human rights by widespread sentiment or an international order. All rights arise in specific historical circumstances. They are claims made, conceded or granted by people who are themselves historically and socially shaped. [...] The concept of human rights is no longer tied to belief in God or natural law in its classical sense. *But it still seeks or claims a form of endorsement that transcends or pretends to transcend specific historical institutions and traditions, legal systems, governments, or national and even regional communities.*²⁸

²⁶ Jeremy Bentham, *Benthamiana: Select Extracts of the Works of Jeremy Bentham*, Philadelphia, Lea & Blanchard, Edited by John Hill Burton, 1844, p. 106 : “*Right, the substantive right, is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters, ‘gorgons and chimeras dire’.*”

²⁷ Claude Lefort, *L'invention démocratique*, (1981), Paris, Fayard, 1998, p. 66-67 : « Les droits de l'homme [sont] en excès de toute formulation advenue : ce qui signifie encore que leur formulation contient l'exigence de leur reformulation ou que les droits acquis sont nécessairement appelés à soutenir les droits nouveaux. Enfin, la même raison fait qu'ils ne sont pas assignables à une époque [...] et qu'on ne saurait les circonscrire dans la société, comme si leurs effets étaient localisables et contrôlables. »

²⁸ Eugene Kamenka, "Human Rights, Peoples' Rights", James Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 127 ; reproduit in Steiner, Alston, Goodman, *International Human Rights in Context*, op. cit., p. 479-480 (je souligne).

Un point de vue positiviste sur les droits de l'homme n'est dès lors pas exclusif d'un point de vue critique sur les institutions²⁹. Et une approche philosophique des droits n'est pas exclusive des problématiques doctrinales ou de politique juridique. Elle a cependant certainement sa fonction dans la manière dont nous concevons la liaison entre la dimension injonctive des droits et leur dimension historique dans la mesure où le « succès » d'une protection est indicative d'une contrainte de rationalité sur les arrangements existants, que l'on nomme cette contrainte « ordre public » ou « contrôle social »³⁰. Nier cette contrainte de rationalité, cette possibilité d'une évaluation *de droit* des systèmes de protection distincte des évaluations *de fait* ou empiriques, reviendrait à enfermer la problématique politique des droits de l'homme dans l'alternative de prétentions centripètes et subjectives des individus ou d'instruments au service de la politique de puissance des Etats.

Deuxièmement, l'idée d'Herbert Hart d'un « contrôle social » comme « élément constitutif du droit » permet de concevoir comment, au-delà d'un problème de politique juridique, le design des institutions relatives à la mise en œuvre des droits de l'homme pose un problème philosophique, en particulier d'épistémologie sociale.

Poser une corrélation entre, d'une part, l'objectif de sociabilité poursuivi par les Etats européens à travers les droits de l'homme et, d'autre part, l'instauration d'institutions internationales chargées de veiller à leur observance ne revient pas à *contraindre* les Etats à réaliser un tel design rationnel : dans l'ordre international, gouverné par l'autonomie des sujets de droit, « l'implication de l'obligatoire par le nécessaire » (*supra*, ch. 2) est très certainement un élément de politique juridique. De fait, les Etats européens ont accepté ce « sacrifice de souveraineté » indispensable à l'instauration d'un *monitoring* du respect des droits de l'homme en Europe ; mais ils en ont aussi déterminé l'étendue

²⁹ Norberto Bobbio écrit : "My theoretical approach has always been [...] that human rights however fundamental are historical rights and therefore arise from specific conditions characterized by the embattled defence of new freedoms against old powers" (cité in Steiner, Alston, Goodman, *International Human Rights in Context*, op. cit., p. 480).

³⁰ Kamenka, "Human Rights, Peoples' Rights", loc. cit. : "Claims presented as rights are claims that are often, perhaps usually, presented as having a special kind of importance, urgency, universality, or endorsement that makes them more than disparate or simply subjective demands. Their success is dependent on such endorsement – by a government or a legal system that has power to grant and protect such rights, by a tradition or institution whose authority is accepted in those circles that recognize these claims as rights, by widespread social sentiment, regionally, nationally, or internationally."

(juridiction et droit de recours individuel optionnels, puis obligatoires), ce qui reste conforme à l'analyse précédente d'Hersch Lauterpacht. Le juriste et le philosophe ont certainement en commun, de ce point de vue, d'intervenir en amont ou en aval du choix des Etats mais de rester en retrait de la décision de politique juridique.

Par la référence à la notion de « contrôle social » employée par Herbert Hart, j'ai montré précédemment que l'instauration d'instances internationales de contrôle détermine la possibilité de fonder, sur les droits de l'homme, une sociabilité entre Etats, soit : *une dynamique vertueuse entre légalité et sociabilité en droit international ne peut s'instaurer qu'à la condition que des institutions indépendantes soient chargées d'incarner « l'autorité publique »*. La référence à la théorie de Hart permet de justifier cette affirmation de la manière suivante³¹ : si les droits de l'homme sont consacrés sans mesures de mise en œuvre appropriées, les Etats se trouveront dans une situation où « les règles sous l'empire desquelles le groupe vit ne formeront pas un système, mais seulement un ensemble de modèles indépendants, dépourvus de tout caractère commun permettant de les identifier ». Cet extrait suggère que les limites d'une « forme élémentaire de vie sociale » (c.-à-d. sans « autorité publique ») ne sont qu'en seconde intention liées à l'extension du corps social, au nombre des membres ; elles sont bien plus fondamentalement relatives à sa cohésion car « si des doutes surgissent quant à savoir quelles sont les règles ou quant à la portée précise d'une règle déterminée, il n'existera aucune procédure pour mettre fin à ce doute, par référence [notamment] à une autorité dont les décisions ont force obligatoire sur ce point ». Ceci tend à démontrer un point jusqu'ici postulé, à savoir que le critère d'effectivité des institutions chargées du contrôle social n'est pas un critère empirique mais épistémique : dans une société désordonnée, la nature « défectueuse » du contrôle social se traduira par un état « d'incertitude » quant à la signification des droits et des obligations corrélatives.

Du point de vue de la liaison entre sociabilité et « contrôle social », l'incertitude en question n'est pas l'incertitude empirique inhérente à toute forme d'interaction. Elle atteste de l'absence de règles « secondaires » permettant de décider de la signification des règles « primaires » (sur cette distinction, voir *supra*, ch. 1). Cette « incertitude » signe donc en quelque sorte la chronique d'un échec annoncé de toute forme élémentaire de sociabilité car :

³¹ Pour les extraits suivants : Hart, *Le concept de droit*, loc. cit.

- les membres de la communauté seront dans l'impossibilité de gérer un quelconque désaccord sur la signification des règles primaires (dans notre cas : les droits de l'homme) ;
- dans une telle société « élémentaire », les règles de droit ne pourront donc évoluer, elles seront « statiques ». Le droit ne présentera pas une « texture ouverte » ;
- « le troisième défaut de toute forme élémentaire de sociabilité réside dans l'*inefficacité* de la pression sociale diffuse qui assure le maintien des règles. »

Pour conclure sur le statut de cette « incertitude », je soulignerai que Hart distingue à trois niveaux des éléments pour juger de la rationalité du « contrôle social » institué pour pallier les défauts d'une structure élémentaire. Le « contrôle social » est, tout d'abord, *une condition de justice* dans la mesure où il soumet les cas semblables à un régime commun de droits ou d'obligations. « *La justice est traditionnellement considérée comme devant maintenir ou rétablir une balance ou une proportion*³². » Mais cette condition n'est pas suffisante car encore faut-il définir, dans une communauté, « quand on peut considérer, au regard des buts qu'on s'assigne, que des cas sont semblables et quelles sont les différences pertinentes ». Réduire « l'incertitude » par l'instauration d'un « contrôle social » est donc aussi une *condition de cohérence sémantique* à l'intérieur d'une société ; la fonction du « contrôle social » n'est donc pas prioritairement empirique (au sens d'une coercition efficace) mais véritablement épistémique, dans la mesure où il s'agit de créer une convergence des représentations des membres d'une communauté sur le permis ou l'obligatoire. « *Le trait général le plus caractéristique du droit à toute époque et en tout lieu est que son existence signifie que certains types de conduite humaine ne sont plus facultatifs, mais, dans un certain sens, obligatoires*³³. » Enfin, le « contrôle social » désigne une *condition relative à l'établissement d'une communication* entre les membres d'une société sur la définition des droits et des obligations : en l'absence de procédures (fixées par des règles « secondaires ») de traitement des incertitudes liées à la définition des termes composant les règles « primaires », tout désaccord à ce niveau aurait « la nature d'une crise de communication » entraînant

³² Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 193.

³³ Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 19.

potentiellement l'arrêt des interactions sociales en jeu car « il existe aussi bien des raisons d'accepter que de refuser l'emploi que nous faisons d'un terme général³⁴ ».

En conséquence, la nécessité de concevoir une forme de « contrôle social » pour garantir la possibilité d'une « sociabilité » à travers l'instauration d'un quelconque système de droit ne recouvre pas une simple contrainte empirique. Il ne s'agit pas seulement d'une affirmation de type conséquentialiste (si nous n'adoptons pas de procédures de mise en œuvre des engagements, alors ils ne seront pas observés). Si l'on admet qu'une « connaissance du droit » désigne la capacité d'un agent à déterminer la signification des règles juridiques³⁵, le fondement de l'affirmation d'un lien entre règles de droit (par ex., les droits de l'homme) et sociabilité repose sur une « épistémologie sociale³⁶ ». C'est-à-dire sur une épistémologie capable de rendre compte non seulement de l'interdépendance épistémique des agents dans la détermination de la signification des droits et obligations, mais aussi des conditions de réalisation d'une communication réussie entre eux, quels que soient leur statut respectif ou l'opposition de leurs intérêts individuels :

Social epistemology is the conceptual and normative study of the relevance of social relations, roles, interests, and institutions to knowledge. [...] Social

³⁴ Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 158.

³⁵ Voir Kolb, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 27 et p. 29 : « L'interprétation vise à connaître le droit en vigueur » (voir citation en exergue à ce chapitre) ; « aucune théorie d'interprétation ne s'est développée dans l'histoire en s'isolant des facteurs sociaux et politiques qui sous-tendent le système au sein duquel l'opérateur est amené à exercer son activité interprétative. »

³⁶ L'épistémologie sociale se constitue sur la base d'une rupture avec une conception individualiste de la connaissance ; elle refuse qu'un agent puisse acquérir seul des connaissances ou juger seul de la validité de connaissances transmises par d'autres. Voir Philip Kitcher, "Contrasting Conceptions of Social Epistemology" in Schmidt (Ss. Dir.), *Socializing Epistemology. The Social Dimensions of Knowledge*, op. cit., art. traduit in Bouvier, Conein (Ss. Dir.), *L'épistémologie sociale. Une théorie sociale de la connaissance*, p. 55 : « Comme d'autres théoriciens de la connaissance avant et après lui, Descartes n'a pas pris en considération le fait évident que nous apprenons à partir des autres. Toutefois, les individualistes pensaient que cette dépendance épistémique pouvait être transcendée, dans la mesure où nous avons à notre disposition des fondements individuels qui nous permettent d'accepter certaines propositions et que cet ensemble de propositions peut ensuite être utilisé pour contrôler l'information que nous recevons des autres. »

epistemology centers on the question whether knowledge is to be understood individualistically or socially.³⁷

Un tel point de vue sur l'exigence d'un « contrôle social » nous conduit à distinguer nettement deux types « d'incertitude ». La théorie des relations internationales insiste, en affirmant l'importance de procédures de contrôle et de mise en œuvre des obligations, sur les risques de non-observance des engagements étatiques. L'incertitude est ici empirique, c'est l'incertitude relative à la prévisibilité des comportements des acteurs dans un système de droit. Mais le lien entre « contrôle social » et « sociabilité » nous engage à interroger un autre type « d'incertitude ». Hart lie en effet la problématique de la mise en œuvre des obligations non seulement à l'enjeu d'une sanction des comportements déviants, mais aussi – et certainement avant tout – à la résolution des désaccords portant sur la signification même de ces obligations. L'incertitude est ici épistémique, c'est l'incertitude liée à l'interprétation des droits et des obligations. La nécessité d'adopter des règles de mise en œuvre se justifie différemment à ce niveau : l'établissement d'une sanction présuppose que l'on dispose de palliatifs à la « texture ouverte » et à l'ambiguïté (ou à l'imprécision) des règles de droit³⁸. Sous cet aspect « l'incertitude » à laquelle le « contrôle social » doit remédier touche à la question des capacités cognitives ou épistémiques des acteurs et à leurs limites³⁹ ; elle engage une réflexion de type épistémologique. Suffit-il, pour juger de la rationalité de la mise en œuvre du droit européen des droits de l'homme à ce niveau, de considérer la seule structure, le seul « design », de ses institutions ?

³⁷ Frederick F. Schmidt, "Introduction" in Schmidt (Ss. Dir.), *Socializing Epistemology. The Social Dimensions of Knowledge*, op. cit., p. 1.

³⁸ Selon Hart, les règles de droit sont assimilables à des « modèles de comportements » ; or, « ces modèles s'avéreront indéterminés sous un certain aspect qui rend leur application problématique ; ils posséderont ce que l'on a appelé une *texture ouverte*. Jusqu'ici, nous avons présenté celle-ci [...] comme un caractère général du langage humain ; l'incertitude au niveau des limites constitue le prix que l'on doit payer pour avoir recours à des termes généraux » (Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 159).

³⁹ Voir Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 160 : « La condition humaine [...] est telle que nous travaillons avec deux handicaps qui sont d'ailleurs liés, lorsque nous cherchons à régler sans ambiguïté et d'avance une sphère de la conduite, à l'aide de normes générales destinées à être utilisées sans recourir à d'autres directives émanant d'autorités en des circonstances particulières [i.e. en l'absence de « contrôle social »]. Le premier handicap réside dans notre relative ignorance de fait [impossibilité de prévoir tous les cas d'application] ; le second réside dans notre relative indétermination au niveau des fins [impossibilité d'anticiper toutes les interprétations]. »

RETOUR SUR LA RATIONALITE
D'UNE MISE EN ŒUVRE DES DROITS DE L'HOMME

Il le semble à première vue. L'analyse institutionnelle pose, en effet, des contraintes de rationalité relatives à l'observance, par les Etats, de leurs obligations. Ces contraintes n'ont pas seulement une signification empirique (prévenir efficacement les comportements déviants) : il s'agit, à travers l'instauration d'un « contrôle social », de passer d'une rationalité agentive, gouvernée par les règles de maximisation individuelle des utilités, à une rationalité collective au sens de laquelle un comportement sous-optimal du point de vue de l'agent (l'observance de ses engagements plutôt que la resquille ou le *free-riding*⁴⁰) sera un indice de la rationalité du design institutionnel. L'observance des engagements sanctionne en ce sens l'instauration d'une « sociabilité » entre les participants qui sont contraints, ou incités, à coopérer. Cette sociabilité acquiert, dans la perspective d'un « contrôle social » suffisant, une signification épistémique, comme il apparaît dans l'extrait suivant :

The treatment [of free-riding] typically consists of the following chain of arguments:

- Self-interested individuals lack incentives to contribute voluntarily to the provision of public goods, or to reveal their true valuations of such goods. In some formulations, zero contribution is a dominant strategy for such people.
- Failure to contribute (or to reveal true valuation) is rational for self-interested individuals, and it is, therefore, expected that people will, as a rule, behave in this way.

⁴⁰ Le « resquilleur », ou « *free rider* », désigne en théorie des jeux le partenaire qui entend tirer bénéfice de la non-observance des règles de la coopération. Ce problème naît d'un décalage entre ce qui est rationnel pour l'individu et ce qui l'est pour le groupe considéré. D'un point de vue théorique, on peut voir derrière ce problème une question de logique (paradoxes de la coopération tel le « dilemme du prisonnier »), d'économie (question du coût, *i.e.* de la sanction, à associer aux comportements déviants pour décourager la non-observance et déterminer une allocation optimale des biens issus de la coopération) ou de justice (la non-observance peut traduire un défaut dans la répartition des avantages de la coopération). Voir, par ex., Jon Elster, "Weakness of Will and the Free-Rider Problem", *Noûs*, 19-1, 1985, p. 79 : "Perhaps failures of cooperation or of will-power stem less from the free-rider temptation than from the problem of finding a fair solution to the bargaining question." Voir aussi : Raimo Tuomela, "Free Riding and the Prisoner's Dilemma", *The Journal of Philosophy*, 85-8, 1988, p. 421-427 ou Garrett Cullity, "Moral Free Riding", *Philosophy and Public Affairs*, 24-1, 1995, p. 3-34.

- The solution to the free-rider problem is to compel or coerce individuals to contribute to the common good, usually via government or some form of social sanction.⁴¹

Au regard d'une telle approche, l'enjeu de sociabilité d'une mise en œuvre efficace des obligations étatiques en matière de droits de l'homme ne touche pas seulement la prévention des violations des droits individuels par les Etats, mais aussi la convergence des représentations ("*true valuations*") des parties contractantes à la Convention sur ces droits. Ceci participe d'une conception de la rationalité institutionnelle selon laquelle la dimension coercitive du droit ne peut se réaliser que sur la base d'une communication réussie entre les sujets de droit à propos de la signification, ou de la définition, des obligations. Par conséquent, le danger d'une mise en œuvre inefficace des engagements étatiques ne réside pas seulement dans la multiplication de comportements déviants, mais aussi dans le développement d'idiosyncrasies, notamment par la rétention d'informations, de la part des Etats, sur leurs intentions ou leur interprétation des droits et des obligations (*infra, a.*).

a. Le droit comme pratique langagière et « communication ».

N'importe quel ordre juridique, y-compris international comme le droit européen des droits de l'homme, ne peut former un système de sanction efficace que s'il constitue d'abord un système sémantique permettant l'accord de ses membres sur l'interprétation des règles de droit. En d'autres termes, l'ambition positiviste à l'égard des droits de l'homme (un recours juridictionnel efficace et la possibilité d'obtenir réparation d'une violation) ne peut être satisfaite que si les modes de mise en œuvre des droits de l'homme au Conseil de l'Europe permettent l'émergence d'une communauté épistémique entre les participants aux débats sur les droits de l'homme en Europe. Cette notion de « communauté épistémique » a une signification technique en épistémologie que j'analyserai dans le chapitre suivant et que je proposerai d'étendre, sous conditions, au contexte juridique. Pour l'heure, il suffit de concevoir que la réalisation d'une quelconque sociabilité par l'entremise des droits de l'homme en Europe présuppose *une appréhension spécifique du droit*, qui n'est pas seulement positiviste et fonctionnelle, mais avant tout *langagière et communicationnelle*.

⁴¹ Peter Asch, Gary A. Gigliotti, "The Free-Rider Paradox: Theory, Evidence, and Teaching", *The Journal of Economic Education*, 22-1, 1991, p. 33.

De nombreux auteurs caractérisent et développent cette perspective sur le droit de manière différenciée. Ils se rejoignent sur une définition minimale du droit sous cet aspect comme un processus à la fois culturel et communicationnel : l'agir juridique serait par nature langagier (*Juristisches Handeln als sprachliches Handeln*) et la culture juridique, une culture linguistique⁴². Les manières d'aborder cette composante linguistique du droit sont variées : Niklas Luhman insiste sur « l'intertextualité » et Gunther Teubner, sur « l'autopoïèse », juridiques⁴³ ; mais cette composante autoréférentielle du langage juridique s'inscrit à l'horizon d'une sociabilité car ces échanges linguistiques déterminent les formes de la coopération entre les agents d'un système juridique : *"Human action implies interpersonal relations and, thus, communication. As a consequence, if law offers a framework for human action, it also offers a framework for human communication"*⁴⁴. Le droit, ou plus exactement les modalités de sa mise en œuvre, doivent être appréhendés dans cette perspective comme un « processus d'entente » par la confrontation de « raisons » qui confèrent plus ou moins de plausibilité aux différentes « convictions » que nous pouvons former quant à la signification, ou à la définition, des droits et des obligations⁴⁵. Jürgen Habermas et Robert Brandom usent de deux métaphores cousines, le marché et la monnaie, qui nous aident à comprendre l'arrière-plan épistémologique de cette conception du droit comme « communication » :

- pour Brandom, il faut concevoir toute forme de représentation non en termes subjectifs, mais en termes sociaux : *"the representational dimension of propositional contents should be understood in terms of their social articulation [...] Discursive practice, the giving and asking for reasons [...] involves both intercontent and interpersonal relations [...] The story I want*

⁴² Günther Grewendorf (Ss. Dir.), *Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Taschenbuch, 1992, p. 11 et p. 29.

⁴³ Voir Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, (1993), Frankfurt am Main, Suhrkamp Taschenbuch, 1995, p. 339 : „Neuerdings spricht man [...] von Intertextualität. Was als Text in Betracht kommt, wird durch diese Funktion der Repräsentation des Systems im System geregelt.“ Aussi, Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, (1989), Paris, PUF, coll. "Les voies du droit", 1993, p. 103 : « la régulation de la société par le droit s'effectue au moyen de deux mécanismes [qui] sont l'*information* et l'*interférence*. D'un côté, le droit produit une "réalité juridique autonome", par la constitution exclusivement intrasystémique des informations [...] D'un autre côté, le droit est réellement connecté à ses environnements sociaux en vertu de mécanismes d'interférence communs à plusieurs systèmes. »

⁴⁴ Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 7.

⁴⁵ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, p. 49.

to tell, then, is how the implicit representational dimension of the inferential contents of claims arises out of the difference in social perspective between producers and consumers of reasons⁴⁶. »

- pour Habermas, communication et sociabilité sont indissociables car *les « raisons » que nous avons de former une conviction, ou d'en douter, « ne sont pas des dispositions [subjectives] à avoir des opinions ; elles constituent bien plutôt la monnaie d'un échange par la discussion, au moyen duquel on honore des prétentions à la validité critiquables [...] Ces propriétés structurelles de la socialisation opérée par la communication expliquent pourquoi [...] le tissu social dans son ensemble, est de part en part imprégné de suppositions faillibles de validité⁴⁷.* »

Ce modèle de sociabilité fondé sur l'échange des raisons et la confrontation des convictions confère une dimension épistémique à la nécessité de prévoir une mise en œuvre efficace des engagements étatiques en matière de droits de l'homme : prévenir la « resquille » ne vise pas seulement à réduire le risque de comportements non-coopératifs (et les critiques externes de modestie ou de cynisme afférentes) mais consiste avant tout à poser les conditions de réalisation d'une liaison entre l'imposition de contraintes communes en matière de droits de l'homme et le développement d'une sociabilité entre les Etats européens. Cette ambition est réalisable si une procédure de confrontation des convictions et d'échange des raisons est organisée et qu'elle fonctionne. L'efficacité des modes de mise en œuvre peut donc aussi être conçue comme une condition de rationalité du droit européen car elle détermine l'instauration d'une « pratique discursive » entre les acteurs des droits de l'homme. Les modalités de contrôle du respect, par les Etats, de leurs engagements définissent ainsi des « propriétés structurelles » d'un processus de socialisation à l'échelle du Conseil de l'Europe. Nous verrons dans la deuxième partie de ce chapitre que le « procès » constitue une modalité possible pour l'instauration d'un tel « processus d'entente » en droit international. Mais il convient auparavant de souligner que cette perspective langagière et communicationnelle sur le droit implique une modification du niveau de description du droit européen des droits de l'homme

⁴⁶ Robert Brandom, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, (2000), Cambridge Mass., Harvard University Press, 2003, p. 158-166.

⁴⁷ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 49-50.

(*infra, b.*) et détermine aussi l'approche de ce droit, ou la méthode, dans la suite de cette étude (*infra, c.*).

b. Le droit comme « acculturation ».

Premièrement, cette approche langagière au sens large commande un changement du niveau de description des droits de l'homme en Europe. En effet, la « sociabilité » dont il est question dans cette perspective ne désigne plus une approche statique des rapports interétatiques. Il faut bien plutôt parler, au contraire, d'un processus dynamique et récursif de socialisation. Pour le dire avec les termes d'Habermas, les modes de mise en œuvre doivent proposer un « processus d'entente » entre des « convictions » opposées sur les droits et les obligations sur la base d'un échange des « raisons » à l'appui de ces « prétentions à la validité ». « *Ce qui est valide doit pouvoir résister à des objections effectivement présentées*⁴⁸ ». Ce régime de confrontation vaut pour un état présent d'interprétation des normes juridiques autant que pour toute prétention de les modifier.

Dès lors, la « sociabilité » des Etats européens doit être conçue sur un modèle alternatif à la communauté ou à la coopération. La première, la communauté, désigne en effet dans la sociabilité une condition à l'observance, par les Etats, de leurs engagements en matière de droits de l'homme : quelles que soient leurs différences par ailleurs, cela est prégnant dans les conceptions communautaristes ou idéationnistes des droits de l'homme qui présupposent que les Etats doivent être persuadés de leur valeur normative pour qu'un système de protection soit efficace. La seconde, la coopération, conçoit dans une perspective réaliste cette sociabilité comme la conséquence d'une mise en œuvre efficace des obligations en matière de droits de l'homme ; la « sociabilité » est présumée dériver de l'imposition de sanctions propres à décourager les comportements déviants en en réduisant l'utilité marginale pour les acteurs individuels.

A l'encontre de ces deux approches, la perspective langagière sur les droits de l'homme introduit un troisième terme dans la liaison entre observance des engagements et sociabilité à travers le principe d'une « acculturation » progressive des Etats européens, par quoi il faut entendre une relation réciproque entre la conformation des Etats à leurs obligations et la définition même de ces obligations. La notion « d'acculturation » désigne en effet une

⁴⁸ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 49.

complémentarité entre l'appartenance d'un acteur à un groupe social et la détermination des modalités de cette appartenance par la modification continue des caractéristiques de ce groupe :

By acculturation, we mean the general process by which actors adopt the beliefs and behavioral patterns of the surrounding culture. This mechanism induces behavioral changes through pressures to assimilate – some imposed by other actors and some imposed by the self. Acculturation encompasses a number of microprocesses, including orthodoxy, mimicry, identification, and status maximization [...] Acculturation induces behavioral changes not only by changing the target actor's incentive structure or mind but also by changing the actor's social environment.⁴⁹

Ryan Goodman et Derek Jinks proposent de voir dans cette notion « d'acculturation » un changement de perspective sur les relations internationales et une approche des problématiques de la mise en œuvre des obligations alternative à la « persuasion » ou à la « coercition ».

L'approche philosophique du droit comme système sémantique rejoint ici, dans ses implications, une discussion importante en théorie des relations internationales sur les limites du modèle du « design institutionnel ». Le principal défaut de cette approche tient au fait qu'elle répond exclusivement par la coercition à l'enjeu de la maîtrise de la composante informationnelle inhérente à la participation des Etats aux institutions internationales (les « règles secondaires » (*Membership rules*) sont conçues comme des moyens de contraindre les Etats à révéler les informations relatives à leurs préférences⁵⁰). Seulement, cette conception réductrice du « contrôle social » peut conduire au résultat inverse, à savoir encourager la rétention d'informations et les tendances à l'idiosyncrasie⁵¹. Par exemple, on peut imaginer des situations dans lesquelles il sera rationnel pour un Etat (c.-à-d. que cela lui permettra de maximiser son utilité) d'accepter le coût attaché à la non-observance d'un engagement (une sanction) plutôt que de révéler des préférences ou de se conformer à un régime

⁴⁹ Ryan Goodman, Derek Jinks, "How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law", *Duke Law Journal*, 54-3, 2004, p. 626 et p. 638.

⁵⁰ Goodman, Jinks, "How to Influence States...", op. cit., p. 674 : "Membership rules are information-forcing devices that reveal states' willingness and capacity to join an organization."

⁵¹ Goodman, Jinks, "How to Influence States...", op. cit., p. 699 : "Sanctions create incentives not to reveal information."

commun de droits et d'obligations. Un Etat européen qui ferait ce calcul (préférer une condamnation devant la Cour européenne plutôt que de modifier une conduite interne) ne porterait pas seulement atteinte à la fonction de sauvegarde de la Convention, mais il nuirait aussi au processus de confrontation des convictions et d'échange des raisons par lequel une conception commune des droits peut émerger.

En conséquence, l'approche du système européen en termes de design institutionnel rencontre rapidement des limites lorsqu'il s'agit de questionner le caractère rationnel du « contrôle social » mis en place. Pour le dire rapidement, le modèle réaliste d'un jeu de maximisation des utilités individuelles ou collectives ne permet pas de répondre à la question de la rationalité du « procès » en matière de droits de l'homme pour réaliser l'ambition d'une sociabilité à l'échelle européenne. Alexander Wendt instruit cette critique du modèle du design institutionnel en montrant qu'il repose sur une conception réductrice de la notion « d'incertitude » :

[...] uncertainty is intrinsic to social life [but] the Rational Design framework seems to treat the nature of uncertainty as unproblematic and ends up with a conceptualization that effectively reduces it to risk.⁵²

Dans le contexte des droits de l'homme, la possibilité d'un Etat resquilleur, qui préfère encourir la sanction plutôt que d'observer ses engagements, montre à quel point il est insatisfaisant de réduire ainsi l'incertitude à un « risque ». Car de deux choses l'une : ou bien la violation est compensée par une sanction appropriée et la condition d'un « design rationnel » du système est satisfaite, ou bien cette violation emporte potentiellement une disqualification *de fait* du « contrôle social » mis en place. Mais dans les deux cas, la possibilité d'une violation marque un point d'arrêt dans la « sociabilité » des Etats concernés. Dans la perspective d'Alexander Wendt, il y a là une opposition entre deux descriptions, réaliste et libérale, des relations internationales qui abordent respectivement la « sociabilité » interétatique en termes de structure ou de processus ; l'une se concentre sur le couple anarchie-distribution des pouvoirs (*anarchy and the distribution of powers*), tandis que l'autre insiste sur le couple interaction-acculturation (*interaction and learning*)⁵³. Il convenait à tout

⁵² Wendt, "Driving with the Rearview Mirror...", op. cit., p. 1029.

⁵³ Alexander Wendt, "Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics", *International Organization*, 46-2, 1992, p. 391.

le moins de prendre la mesure de cet écart avant d'envisager un modèle épistémologique pour rendre compte des modalités de mise en œuvre des droits de l'homme en Europe (*infra*, ch. 4) car il y a là une opposition sur le sens même de la « rationalité » qu'on peut lui imputer ("*The debate between "neorealists" and "neoliberals" has been based on a shared commitment to rationalism*⁵⁴").

c. *Quelle approche, ou méthode d'analyse ?*

Deuxièmement, l'approche langagière de la fonction du droit détermine la méthode d'analyse de la mise en œuvre des droits de l'homme en Europe dans cette étude. L'introduction de la notion « d'acculturation » dans l'évaluation d'un système de protection des droits de l'homme implique en effet une modification du critère de sociabilité, d'un critère statique (l'observance ou la conformité⁵⁵) à un critère dynamique (la communication ou l'accord). Le second critère n'est pas exclusif du premier, en ce sens l'approche des relations internationales en termes « d'acculturation » n'est pas incompatible avec l'approche du « design rationnel » : c'est bien la conformité des actions étatiques par rapport aux engagements contractés qui reste recherchée (on voit mal comment il pourrait en être autrement), mais cette « conformité » est redéfinie comme le résultat d'un processus récursif entre la norme juridique, les modalités de mise en œuvre et les représentations des acteurs ("*beyond coercion and persuasion,*] we suggest a third mechanism, acculturation, whereby conformity is elicited through a range of socialization processes⁵⁶"). Or, l'approche statique des institutions internationales en termes de *design* ne rend pas compte de cette récursivité, de cette circularité, entre les obligations des Etats, les comportements qu'ils adoptent et le dialogue par lequel il est possible de justifier l'existence d'une conformité (observance) ou non (comportements déviants) entre les deux. On manque cette composante de récursivité y compris en complexifiant le modèle du design institutionnel par l'introduction d'un mécanisme de « persuasion » à côté du seul mécanisme de « sanction » car cela revient encore à présumer un ordre normatif stable, prédéfini, à l'aune duquel juger de la conformité des actions étatiques selon le

⁵⁴ Wendt, "Anarchy is what States Make of it...", loc. cit.

⁵⁵ Goodman, Jinks, "How to Influence States...", op. cit., p. 633 : "[By] coercion [...] states and institutions influence the behavior of other states by escalating the benefits of conformity or the costs of nonconformity through material rewards and punishments."

⁵⁶ Goodman, Jinks, "How to Influence States...", op. cit., p. 630.

principe d'une correspondance statique entre les deux niveaux⁵⁷. Alexander Wendt conclut de telles limites de l'approche statique à une remise en cause de l'analyse des institutions en termes de « design » :

Are institutional designers causes or effects of their designs? On one level the answer must clearly be causes. Institutions do not come out of the blue but are designed by people. However, on another level we can also see the reverse logic at work, with designers being constructed by designs.⁵⁸

Les deux niveaux de cet extrait sont importants car ils permettent de souligner l'importance d'un changement d'approche dans cette étude si l'on veut pousser plus loin le projet de rendre compte de la « rationalité » du système conventionnel. Dans la première partie (ch. 1 et ch. 2, *supra*), j'ai montré dans une perspective institutionnelle combien les designers, en 1950 et après, ont « causé » ou déterminé la forme que connaît encore aujourd'hui la protection des droits de l'homme en Europe (*"institutions do not come out of the blue"*). Seulement, dans la perspective épistémique, qui est celle de la gestion quotidienne de « l'incertitude » liée à la définition et à l'extension des obligations étatiques en matière de droits de l'homme, il faut trouver un moyen de caractériser la liaison entre droits de l'homme et sociabilité interétatique non sur la base des contraintes qui s'imposent aux acteurs du système conventionnel, mais des échanges qui s'établissent entre eux.

Cette liaison entre droits de l'homme et sociabilité reste à établir sur la base d'un critère de « rationalité », mais une rationalité qui change de signification : il ne s'agit plus de distinguer sous quelles conditions établir les meilleures probabilités de garantir une « observance » (critère de convergence empirique), mais de distinguer sous quelles conditions établir les meilleures probabilités de garantir un « accord » sur la signification des droits (critère de convergence épistémique). Dans le chapitre suivant (ch. 4, *infra*), je propose de voir dans la « communauté épistémique » le modèle d'une telle convergence ; la dernière partie de cette étude (ch. 5 et ch. 6, *infra*) est consacrée à envisager comment le « procès » peut constituer un moyen efficace de ménager de bonnes probabilités d'obtenir un tel « accord » des représentations sur les droits de l'homme.

⁵⁷ Goodman, Jinks, "How to Influence States...", p. 635 : "The second mechanism of social influence is persuasion – the active, often strategic, inculcation of norms."

⁵⁸ Wendt, "Driving with the Rearview Mirror...", op. cit., p. 1033.

Dès lors que l'on quitte la perspective surplombante du design institutionnel, il ne paraît plus possible d'établir *a priori* les conditions de réalisation d'une mise en œuvre efficace des engagements étatiques. Il convient au contraire de se mettre en mesure de distinguer dans les formes empiriques des rapports que les acteurs de la protection des droits de l'homme entretiennent entre eux les conditions de conservation d'un processus de socialisation (ou d'acculturation) : "Acculturation depends less on the properties of the rule than on the properties of the relationship of the actor to the community"⁵⁹. Dans cette perspective, « l'incertitude » concernant la conformité d'un comportement n'est pas à considérer seulement comme un « risque », mais aussi comme un relai de sociabilité au sens d'un élément constitutif de la relation entre les acteurs d'un système de coopération :

[...] imprecision mobilizes "cognitive pressures" to adopt social norms [...] Precision, on the other hand, is more likely to emphasize disagreements [...] [The] concern with self-serving and evasive interpretations does not easily fit the conceptual apparatus of acculturation through cognitive processes. Indeed, cognitive pressures suggest that states may be more inclined to conform their behavior to community expectations—and that they are unlikely to sustain, over the long term, an idiosyncratic interpretation of any norm that the international community considers central.⁶⁰

L'approche des relations internationales à travers la notion « d'acculturation » substitue une représentation récursive, circulaire, à une représentation linéaire de la circulation d'information à l'intérieur d'un système juridique et pense la problématique de « l'observance » ou de la « conformité » à l'aune de contraintes épistémiques (*cognitive pressures*) plutôt que simplement empiriques (coercition ou persuasion). Pour autant, la complexité apparente du modèle n'est pas un pis-aller destiné à masquer une quelconque modestie teintée de cynisme car l'approche envisagée offre une réponse au risque d'idiosyncrasies et se révèle exigeante à l'égard des conditions de mise en œuvre des droits de l'homme comme règles d'un « ordre public » entre les Etats qui se sont engagés à les respecter.

⁵⁹ Goodman, Jinks, "How to Influence States...", op. cit., p. 643. Voir, dans le même sens, *idem*, p. 683 : "Conformity depends less on the properties of the rule than on the properties of the actor's relationship to the community."

⁶⁰ Goodman, Jinks, "How to Influence States...", op. cit., p. 683-684.

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

J'ai décrit précédemment, à travers la tension entre une approche de la « rationalité » des institutions en termes de design institutionnel et en termes d'acculturation, un changement de paradigme dans les relations internationales. Selon ce changement, il s'agirait de passer d'un modèle réaliste des institutions construit sur l'intérêt des acteurs à un modèle épistémique construit sur les relations qui s'établissent entre eux et l'efficacité de ces relations à induire une sociabilité complexe, fondée sur une confrontation de leurs attentes et de leurs convictions. L'élément philosophique pertinent dans ce changement de paradigme tient à une caractérisation du droit comme activité sémantique recouvrant à la fois des pratiques langagières et communicationnelles. La suite de cette étude est consacrée à proposer une construction de cette approche inspirée du projet d'une « épistémologie sociale » et d'une théorie de l'argumentation opératoire pour l'analyse des pratiques discursives en droit.

L'herméneutique juridique contemporaine, en reconnaissant à la fois les contraintes qui s'exercent sur l'interprétation d'une norme juridique et, dans le même temps, les potentialités de modification du droit qu'elle entraîne, intègre ce changement de paradigme dans une réflexion sur les techniques juridiques utilisées par les acteurs du droit international (ou « opérateurs juridiques »), qu'ils soient institutionnels (juges, notamment) ou sujets de droit (Etats ou personnes sous leur juridiction pour ce qui touche aux droits de l'homme). Référons-nous ici à l'extrait suivant dans lequel Robert Kolb synthétise son « herméneutique juridique moderne pour le droit international » :

Un aspect implicite dans tous les développements qui précèdent est celui que l'opérateur juridique est le cœur du processus d'interprétation. C'est sa personnalité et le type de fonction qu'il exerce qui vont dicter le contenu du processus. Il apportera dans celui-ci sa subjectivité, sa personnalité, ses préférences, la perspective qu'implique sa fonction (juge national, juge international, conseil d'une partie, etc.) ; et il lui incombera à s'éclairer sur le rôle de toutes ces subjectivités afin de tenter de les dépasser par l'attention qu'il va porter à chacune d'entre elles dans le processus de cognition et de volonté qu'est l'interprétation. *Par cela, et par la discussion rationnelle avec d'autres*

*interprètes, s'il y en a, il pourra s'établir une certaine inter-subjectivité. Cette inter-subjectivité est une forme d'objectivité, toute relative et momentanée.*⁶¹

Concernant la méthode d'analyse d'un système de protection des droits de l'homme, ce changement de paradigme implique trois conséquences importantes lorsqu'il s'agit d'en déterminer la « praticabilité » ou la « rationalité ». Je vais décliner ces trois conséquences sous la forme de trois partis-pris méthodologiques pour la suite de cette étude :

- le critère épistémique de l'effectivité d'un système de protection, à savoir la possibilité d'un « accord » sur la signification des droits, n'implique pas comme condition de rationalité la « persuasion » des acteurs quant à l'opportunité de cette signification ; il désigne plutôt la réalisation d'une « sociabilité » au sens où s'établit entre eux une forme d'intersubjectivité par laquelle une communication, un échange des raisons, entre des conceptions concurrentes sont rendus possibles ;
- la violation, ou la persistance d'un comportement déviant, n'indique pas un défaut, voire un point d'arrêt, de cette forme de sociabilité. Dans une perspective épistémique en effet, toute violation des droits de l'homme peut être traitée *de droit* comme l'expression d'une « conviction » concernant leur définition et leur extension et ce même dans le cas d'une rétention d'information de la part de l'Etat contempteur (la resquille est assimilée à un refus de donner des raisons à l'appui de sa conviction). La non-coopération éventuelle d'un acteur n'implique pas l'impossibilité, pour la discussion rationnelle sur les droits, de continuer ;
- le point de vue sur les droits de l'homme est non celui des institutions ou des droits eux-mêmes, mais celui des débats, des confrontations, entre les acteurs de leur protection en Europe (en l'occurrence, juges, requérants et défendeurs). Je veux analyser par-là la manière dont les modalités de « contrôle social » (dans le contexte européen, le « procès ») leur permettent, ou non, « de fonder un système des droits qui mette en valeur, *de manière équilibrée*, l'autonomie privée et l'autonomie publique du citoyen⁶² ».

⁶¹ Kolb, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 103 (je souligne).

⁶² Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 135.

Cette forme d'analyse d'un système de protection des droits de l'homme a une portée philosophique parce qu'elle s'intéresse aux conditions de possibilité d'un partage rationnel entre toutes les prétentions relatives aux droits de l'homme. Ce faisant, le philosophe peut adopter « le point de vue du théoricien » selon lequel les droits de l'homme « doivent tout d'abord être introduits à partir de la perspective d'un non-participant⁶³ ». Par là, le philosophe ou théoricien « dit aux citoyens quels sont les droits qu'ils *devraient* se reconnaître mutuellement s'ils voulaient régler de manière légitime leur vie en commun par les moyens du droit positif⁶⁴ ». Je veux défendre que le philosophe peut aussi adopter le point de vue d'un participant, non qu'il s'agisse de se penser comme un praticien, mais de s'interroger sur les possibilités d'instauration de « discussions rationnelles » sur les droits dans un cadre institutionnel et selon des contraintes relationnelles données. Ceci revient à se poser la question suivante : dans quelle mesure le « procès » permet-il une évaluation rationnelle des prétentions individuelles à la validité ?

Dans la suite de cette étude (ch. 4 à 6), je plaide que la philosophie propose un modèle épistémologique et des outils d'analyse qui sont tous deux opératoires lorsqu'il s'agit de répondre à cette question. Il s'agit de valider l'hypothèse selon laquelle le procès en matière de droits de l'homme représente une forme rationnelle de « contrôle social » parce qu'il permet la poursuite d'un processus d'acculturation, de discussion rationnelle sur les droits, par-delà les calculs stratégiques des acteurs.

2. *Questionner le « procès » en matière de droits de l'homme.*

Contre l'évidence « positiviste » ou contentieuse, il convient de rendre au « procès » comme garantie de l'effectivité des droits de l'homme sa dimension d'un choix parmi d'autres possibles. Le système conventionnel a lui-même évolué de ce point de vue, passant d'un mécanisme à prédominance politique (où le Conseil des Ministres et la Commission des droits de l'homme

⁶³ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, loc. cit.

⁶⁴ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 144.

intervenaienent dans l'application de la Convention) à un mécanisme exclusivement judiciaire.

Je montre dans cette section que verser dans un maximalisme juridictionnel implique le risque de sous-estimer la spécificité des modes possibles de mise en œuvre des obligations étatiques, voire d'inverser l'argument d'une redondance des niveaux de protection des droits de l'homme, au détriment de l'importance accordée à leur reconnaissance universelle en supplément de l'élaboration de mécanismes régionaux.

Prenant acte de cette fonction spécifique du « procès » en matière de droits de l'homme par rapport à d'autres « *quomodos* » existants, je détermine ensuite, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un corpus restreint qui me permet de mettre en évidence les aspects pertinents de cette pratique judiciaire et de constituer un ensemble de décisions auquel je pourrai me référer dans la troisième partie de cette étude pour tester la validité du modèle d'une « communauté épistémique » pour rendre compte des conditions d'une sociabilité entre les participants aux débats sur les droits de l'homme.

SE GARDER DE TOUT MAXIMALISME JURIDICTIONNEL ?

L'aspect juridictionnel de la protection des droits de l'homme en Europe est celui « qui a le plus frappé les esprits⁶⁵ » car il remet en cause les canons du droit international sur un aspect symbolique : la personnalité juridique exclusive des Etats. Une Cour européenne des droits de l'homme connaissant directement de plaintes d'individus à l'encontre des Etats implique la reconnaissance égale des deux parties comme sujets de droit. Conférer cette personnalité juridique aux individus dans le domaine des droits de l'homme apparaît facilement comme une condition première à l'effectivité des droits : il en va d'un principe faisant des Etats des *débiteurs* et des individus des *bénéficiaires* des droits.

Nous nous rappelons cependant que, durant les travaux préparatoires, l'effectivité des droits de l'homme est disjointe de la problématique de leur opposabilité devant un tribunal. Le négociateur italien, Francesco Maria Domenidò, précise à cet égard que l'enjeu consiste à « délibérer sur le *quomodo*

⁶⁵ Vegleris, "Vingt ans d'expérience de la Convention...", op. cit., p. 467.

de la garantie⁶⁶ » ; la composante juridictionnelle en est un moyen, un *quomodo*, mais l'effectivité des droits perdrait certainement à s'y limiter et à rejeter par principe tout autre moyen.

L'organisation du droit international des droits de l'homme témoigne de l'importance des moyens non-juridictionnels pour l'effectivité des droits. Cette organisation distingue deux niveaux de protection, universel et régional. L'instrument universel, la Déclaration de 1948, ne prévoyait à l'origine pas d'organe juridictionnel, celui-ci n'étant créé qu'en 1966 (Comité des droits de l'homme à l'ONU⁶⁷). Par ailleurs, le principe d'une répartition en deux niveaux de la protection internationale des droits de l'homme n'est jamais interrogé sous l'angle juridictionnel. La « régionalisation » des droits de l'homme suscite essentiellement des débats à propos d'un risque de morcellement des droits de l'homme, voire d'affaiblissement, selon les particularités géographiques, historiques ou culturelles de chaque région⁶⁸. La référence commune des textes régionaux à la *Déclaration universelle* de 1948 atténue ce danger par la réaffirmation d'une unité substantielle des droits humains ; le débat entre « universalisme » et « régionalisme » des droits de l'homme tend à se résoudre dans le sens d'une complémentarité des deux niveaux⁶⁹. Surestimer le seul aspect juridictionnel mettrait doublement en cause ce principe fondamental en faisant de la protection onusienne un succédané de protection régionale (*infra, a.*) et en

⁶⁶ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 24.

⁶⁷ La *Déclaration* de 1948 est complétée sur l'aspect juridictionnel par le premier protocole optionnel au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dont l'article premier prévoit de doter un Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui peut connaître « des communications émanant de particuliers [...] qui prétendent être victimes d'une violation ».

⁶⁸ Dix ans seulement après la *Déclaration universelle*, soit avant la mise en œuvre effective de mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme, Moses Moskowitz défendait déjà les effets positifs d'une régionalisation tout en soulignant les effets pervers à éviter : « La décentralisation des mécanismes internationaux d'implémentation ne doit rien retirer à l'universalité [de l'organisation des Nations Unies] et à son objectif de favoriser le développement d'une jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme s'appliquant également dans toutes les parties du monde » (Moses Moskowitz, *Human Rights and World Order*, New York, Oceana Publications, 1958, p. 156).

⁶⁹ Christoph Schreuer, "Regionalism v. Universalism", *European Journal of International Law*, 6-1, 1995, p. 487: "No negative effects can be seen to arise from a two-tier system for the protection of human rights". Cette opinion résume le point de vue majoritaire de la doctrine contemporaine. Voir aussi Vincent, *Human Rights and International Relations*, p. 101: "Human rights arrangements at the regional level are made to carry global standards into all the provinces of international politics."

ignorant la spécificité des modes de mise en œuvre des droits de l'homme (*infra, b.*).

a. Le niveau universel, simplement supplétif ?

Se rendre à un oukase positiviste selon lequel l'effectivité des droits de l'homme se confondrait avec leur opposabilité devant un tribunal reviendrait à se poser la question d'une éventuelle redondance des procédures de protection au niveau universel dès lors qu'un recours contentieux existe au niveau régional tel que c'est le cas en Europe. Une telle question renverse l'interrogation initiale relative à l'articulation entre les deux niveaux universel et régional. A l'origine en effet, les promoteurs d'une protection régionale (en l'occurrence européenne) eurent à justifier que celle-ci ne serait pas redondante par rapport à la Déclaration de 1948. Pour l'essentiel, la réponse à cette critique reposait sur les moyens de mise en œuvre, les négociateurs de la Convention arguant principalement de son caractère obligatoire et de sa mise en œuvre contentieuse⁷⁰. Dès lors que tous deux proposent une mise en œuvre par un organe juridictionnel (Cour européenne et Comité des droits de l'homme), le débat sur la redondance des deux niveaux n'est-il pas à reprendre, modulé cette fois sur l'efficacité du « procès » ? Le niveau supplétif ne serait-il pas celui qui offre à cet égard le recours contentieux le moins efficace ou le moins régulier ?

La structure du droit international des droits de l'homme est relativement simple si l'on excepte les instruments spécifiques que sont, pour les plus symboliques, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1948), la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965) ou à l'égard des femmes (1979) et la *Convention relative aux droits de l'enfant* (1989)⁷¹. Outre la Déclaration de 1948 pour le niveau universel, on enregistre trois instruments régionaux : la *Convention européenne* du 4 novembre 1950, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* du 22 novembre 1969 et la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* du 27 juin 1981 ; on peut mentionner en passant la *Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne du 7 décembre 2000, sans véritable portée

⁷⁰ Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 9.

⁷¹ Le texte intégral et la liste exhaustive des instruments internationaux en matière de droits de l'homme peuvent être consultés en ligne sur le site du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (<http://www.ohchr.org>).

pratique jusqu'ici⁷². Seuls les deux premiers sont mis en œuvre par voie juridictionnelle, respectivement grâce à la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits humains⁷³ ; le troisième s'oriente vers ce mécanisme puisque l'OUA s'est dotée récemment d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2004) dont les juges ont été élus et se sont réunis la première fois en 2006. Le système européen fut le premier (il est aujourd'hui encore le seul) à rendre obligatoire la juridiction de la Cour européenne ainsi que le droit de pétition individuel par une réforme de 1994 entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998 (protocole n°11 visant, selon le préambule, à « restructurer le mécanisme de contrôle défini par la Convention afin de maintenir et de renforcer l'efficacité de la protection des droits »).

Examinons, au regard de cette vue d'ensemble sur les principaux éléments de la protection des droits de l'homme à l'échelle internationale, la thèse d'une complémentarité entre les niveaux universel et régional. Dans les régions dépourvues de tout autre instrument ou d'organe juridictionnel, le Comité des droits de l'homme de l'ONU est le seul recours offert aux bénéficiaires de droits pour garantir l'opposabilité des droits de l'homme aux Etats. Seulement, à lier effectivité des droits et composante juridictionnelle, on prend le risque de minimiser *in fine* l'importance à accorder à l'instrument universel. En effet, alors que 118 Etats acceptent l'autorité du Comité des droits de l'homme, la protection exclusive de ce dernier concerne, avec les Etats parties à la Charte africaine, 56 Etats dont seulement 20 ne sont liés par aucun instrument régional de protection des droits de l'homme. Si la jeune Cour africaine devient progressivement un organe d'application efficace sur le modèle des Cours européenne et interaméricaine, la juridiction universelle ne veillera plus de manière exclusive sur le respect des droits de l'homme que dans 20 Etats seulement ; elle tendra finalement à ne constituer qu'une protection régionale

⁷² Cf. Je ne mentionne pas la *Charte arabe des droits de l'homme* (1994) pour deux raisons : d'une part, seul l'ancien régime irakien l'avait signée et, d'autre part, elle témoigne d'une inspiration religieuse absente des autres instruments en matière de droits de l'homme (ceci vaut pour toute la problématique des droits de l'homme et de l'Islam ; cf. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 116-119). Il est particulièrement frappant que l'Asie soit dépourvue, dans l'Association des Nations du Sud-Est Asiatique, d'instrument relatif aux droits de l'homme alors que le Conseil de l'Europe, l'Organisation des Etats d'Amérique et l'Organisation de l'Unité Africaine le sont (cf. Maria Linda Tinio, *Les droits de l'homme en Asie du Sud-Est*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 119 et suivantes).

⁷³ Laurence Burgogue-Larsen, Amaya Ubeda De Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 3.

sous forme dispersée et somme toute la plus modeste comparée aux 53 Etats parties à la Charte africaine, aux 47 parties à la Convention européenne et aux 24 parties à la Convention interaméricaine. Tant que nous considérons comme seul critère d'effectivité des droits de l'homme l'existence d'une juridiction chargée de les appliquer, n'est-ce pas le niveau universel qui finit par paraître, pour une large part, redondant par rapport aux systèmes régionaux ?

La question semble tranchée pour une trentaine de pays qui ont souscrit des engagements régionaux mais ne sont pas parties au protocole optionnel de 1966. On notera par ailleurs que l'Autriche a émis une réserve signifiant que la protection universelle doit intervenir de manière subsidiaire par rapport à la protection régionale⁷⁴. Enfin, lorsqu'un organe juridictionnel existe au niveau régional comme c'est le cas à Strasbourg avec la Cour européenne des droits de l'homme et à San José (Costa Rica) avec la Cour interaméricaine des droits humains, les Cours régionales s'avèrent plus protectrices pour l'individu que le Comité onusien. Une analyse des requêtes portées devant l'organe de la Convention américaine et de celles portées devant le Comité des droits de l'homme conclut ainsi à la supériorité de la protection offerte par l'organe régional⁷⁵. Quant à la protection régionale européenne, il suffira de citer deux chiffres pour se convaincre de son importance par rapport à la protection offerte aux mêmes personnes privées par les organes des Nations Unies : tandis que la Cour européenne connaissait, entre 1977 et 2004, de 502 requêtes contre la France et de 89 contre la Belgique, le Comité des droits de l'homme n'en examinait respectivement que 46 et 3⁷⁶.

Conclure à la désuétude programmée du niveau universel, appelé à se trouver supplanté par l'affirmation de systèmes régionaux, est certainement optimiste

⁷⁴ "the Committee [...] shall not consider any communication from an individual unless it has been ascertained that the same matter has not been examined by the European Commission on Human Rights established by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms."

⁷⁵ Ludovic Hennebel, *Le régionalisme comme garant de l'universalisme des droits de l'homme: le cas du mécanisme de recours individuel de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, PhD, 13 mai 2005, Faculté de droit, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, p. 569, n° 1060. Cette étude qualitative est menée sur la base d'une comparaison de l'efficacité respective des deux systèmes tant au niveau de l'étendue des droits reconnus qu'au niveau du type et de l'importance des réparations ordonnées dans le cas d'un constat de violation.

⁷⁶ Le Comité ayant rendu sa première décision en 1977. Cette différence se trouve encore accentuée par le fait que la jurisprudence du Comité des droits de l'homme intègre les décisions de non-recevabilité (source : <http://www.unhchr.ch>, rubrique : « treaty bodies database »).

en pratique et peu souhaitable en théorie. Cela reviendrait surtout à adopter une vue simplificatrice sur l'effectivité des droits et les mécanismes de mise en œuvre. En effet, la sanction d'une violation individuelle, par un tribunal indépendant et sur requête de la victime n'est qu'un moyen, qu'un « *quomodo* », de la mise en œuvre des obligations étatiques. Il n'est pas certain que, selon les situations, ce moyen se révèle le plus efficace pour atteindre les buts de la protection des droits de l'homme.

b. La spécificité des modes de mise en œuvre des droits de l'homme.

A côté de la compétence contentieuse du Comité des droits de l'homme, les organes des Nations Unies (soit le Comité des droits de l'homme, la Commission des droits de l'homme, remplacée récemment par le Conseil des droits de l'homme, et l'Assemblée générale⁷⁷) remplissent d'autres fonctions. Par exemple, le Conseil des droits de l'homme se trouve désormais chargé d'un « examen périodique universel » visant à passer en revue les actions en faveur des droits de l'homme des 192 Etats membres des Nations Unies. Même s'il s'agit d'un processus de surveillance étatique (*state-driven process*), ce nouveau système promet non seulement une couverture importante mais vise aussi, selon les termes de la résolution instituant le Conseil, à évaluer l'observance des engagements étatiques selon des principes d'objectivité, d'universalité d'action (contre toute sélectivité « de l'examen des questions relatives aux droits de l'homme ») et d'égalité de traitement entre les Etats (afin « de mettre fin à la pratique du deux poids deux mesures et à toute politisation »)⁷⁸. Ce système est

⁷⁷ Le Comité est l'organe juridictionnel des Nations Unies, la Commission, maintenant le Conseil, l'organe consultatif subsidiaire et l'Assemblée générale, l'organe décisionnaire ou politique. De plus, il convient de préciser que le Comité des droits de l'homme est un parmi les huit organes (comités) chargés de la surveillance des engagements étatiques en matière de droits fondamentaux ; les sept autres organes s'occupent des instruments portant sur des droits spécifiques (économiques, sociaux et culturels, droits de l'enfant, etc.).

⁷⁸ Sur le remplacement de la Commission par le Conseil des droits de l'homme, voir la résolution de la 72^e assemblée plénière de l'Assemblée générale le 15 mars 2006 (A/RES/60/251). La politique du « deux poids deux mesures » a été longtemps un argument principal à l'encontre des mécanismes interétatiques de mise en œuvre des droits de l'homme, à savoir que l'ONU centrait son attention sur un groupe d'Etats parias ou de régimes « impopulaires » et la détournait, pour des raisons géopolitiques, d'autres Etats violateurs des droits de l'homme. Voir Ron Wheeler, "The United Nations Commission on Human Rights, 1982-1997: A Study of "Targeted" Resolutions", *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 32-1, 1999, p. 81 : "The targeting of governments has been highly selective and repetitive, and only 22 were named for gross human rights violations throughout the entire period examined [...] Resolutions were focused on a small number of regional outcasts (such as South Africa, Israel and Equatorial Guinea) and other politically unpopular regimes (such as in

intéressant dans la mesure où il promet une surveillance active et générale du respect, par les Etats, de leurs obligations et de leurs engagements vis-à-vis des droits de l'homme. Loin du modèle contentieux, il est construit comme « une entreprise de coopération fondée sur un dialogue auquel le pays concerné est pleinement associé⁷⁹ ».

Un mécanisme quasi-juridictionnel de plainte incombe aussi au Conseil qui peut être saisi de communications émanant de particuliers ou de groupes qui dénoncent des violations. Ce mécanisme repose en réalité sur deux procédures distinctes dont les conditions sont fixées par les Résolutions 1503 et 1235 des Nations Unies. Comme avantages à un tel mécanisme quasi-juridictionnel fondé sur un principe de coopération, nous pouvons citer :

1. Un accès facile (*"inexpensive"*⁸⁰) : contrairement au système européen, le critère de « victime » saute ; toute personne ou groupe de personnes, victime ou non, ou toute organisation non-gouvernementale, ayant une connaissance directe ou indirecte, peut introduire une action sur la procédure 1503 tant qu'elle possède des preuves des violations alléguées⁸¹ ;
2. Une portée générale : il ne s'agit pas de remédier à des violations isolées mais de considérer des *situations* dans lesquelles un Etat porte atteinte aux droits de l'homme. Dès lors, une série de communications portant sur des violations individuelles peuvent être regroupées et donner lieu à une enquête générale plutôt qu'à une série de décisions

Guatemala, Iran and Iraq). Others were ignored or considered only under the confidential 1503 procedures." L'impunité de l'Argentine face aux condamnations fortes du Chili illustre ce traitement différentiel des pays devant l'ancienne commission selon les équilibres stratégiques en jeu (l'Argentine, malgré des violations plus massives que le Chili, était une sphère d'intérêt économique importante pour l'ancienne Union Soviétique). Cf. Maria Luisa Bartolomei, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983. An analysis of the Procedure under ECOSOC Resolution 1503*, Lund, Juristförlaget, No. 118, 1994, ch. 5.

⁷⁹ Résolution A/RES/60/251 de l'Assemblée générale, §5, p. 3.

⁸⁰ Bartolomei, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983. An analysis of the Procedure under ECOSOC Resolution 1503*, op. cit., ch. 7.

⁸¹ Voir la Résolution 1 (XXIV) de la sous-commission de prévention des discriminations et de de protection des minorités (13 août 1971), sous-commission chargée de l'admissibilité des plaintes sous la procédure 1503, reproduite in Jakob Th Moller, "Petitioning the United Nations", *Universal Human Rights*, 1-4, 1979, p. 67-68, particulièrement §(2)(c) : "Communications shall not be inadmissible solely because the knowledge of the individual authors is second-hand, provided that they are accompanied by clear evidence."

dispersées ; de plus, les communications admissibles peuvent viser tous les pays, même ceux qui ne reconnaissent pas de mécanisme de pétition par ailleurs⁸².

La politique de confidentialité est un élément intéressant de ce processus visant à améliorer l'effectivité des droits de l'homme sur la base de mécanismes de coopération. Tant qu'une communication ou un ensemble de communications se rapportant à une même « situation » sont examinés sous le bénéfice de la procédure 1503, l'ensemble du processus reste confidentiel. C'est-à-dire que les personnes, ou ONG, qui ont introduit les communications à la base d'une enquête de la Commission sont seulement informées que celles-ci ont été déclarées admissibles ; elles ne sont pas informées des développements de l'enquête, ni des réponses du gouvernement. Cet élément de confidentialité (certains diront de « secret »⁸³) peut être diversement apprécié : il est en effet de nature à nourrir le doute quant à l'indépendance de la procédure vis-à-vis des Etats et sa vulnérabilité aux manœuvres dilatoires⁸⁴. Seulement confidentiel, l'examen des situations de violations ne pourrait être pleinement efficace ; il traduirait, de la part de la communauté internationale, « plus qu'un murmure, moins qu'une clameur⁸⁵ » de désapprobation face aux situations de violations des droits de l'homme. Mais on peut voir aussi dans cet élément de confidentialité la marque caractéristique de la stratégie de l'ONU pour obtenir des Etats qu'ils corrigent leurs pratiques contraires aux droits de l'homme.

⁸² Jack Donnelly, "International Human Rights: A Regime Analysis", *International Organization*, 40-3, 1986, p. 613.

⁸³ Howard Tolley, Jr., "The Concealed Crack in the Citadel: The United Nations Commission on Human Rights' Response to Confidential Communications", *Human Rights Quarterly*, 6-4, 1984, p. 433 : "Commission practice, however, soon disappointed the activists' expectations; critics charged that the Resolution 1503 procedure was so politicized, secretive, and slow that offending governments escaped meaningful scrutiny."

⁸⁴ Donnelly, "International Human Rights: A Regime Analysis", op. cit., p. 612. Wheeler, "The United Nations Commission on Human Rights, 1982-1997: A Study of "Targeted" Resolutions", op. cit., p. 81. Voir aussi : Tolley, "The Concealed Crack in the Citadel...", op. cit., p. 451 : "Once a cooperative government has accepted the Secretary-General's good offices, confidential review may continue indefinitely with no apparent deadline for action or a recommendation to ECOSOC. The Commission has monitored situations in Paraguay and Uruguay for over seven years without a thorough study, an investigation, or public disclosure of the evidence presented."

⁸⁵ Selon l'expression *in* Tom J. Farer, "The United Nations and Human Rights: More than a Whimper Less than a Roar", *Human Rights Quarterly*, 9-4, 1987, p. 550-586. De manière littérale, « plus qu'un gémissement, moins qu'un rugissement ».

Tant que nous conservons un schème juridictionnel présent à l'esprit, la confidentialité de la procédure 1503 à l'ONU apparaît en contradiction avec tous les principes d'un examen contradictoire des situations. Seulement, il s'agit d'une procédure politique, non seulement fondée sur la coopération des Etats incriminés, mais orientée aussi vers la conclusion d'une résolution amiable des situations de violation⁸⁶. Dans cette perspective, l'examen confidentiel des situations au bénéfice de la procédure 1503 devient à la fois un moyen « d'accroître graduellement la pression sur les Etats violateurs⁸⁷ » et, par conséquent, une manière d'augmenter les chances d'obtenir leur concours⁸⁸. En effet, la résolution 1503 prévoit différentes suites possibles que les organes de la Commission (aujourd'hui du Conseil) peuvent réserver lorsque le constat d'une situation de violation des droits de l'homme dans un pays est dressé :

I) mettre fin à l'examen de la question lorsqu'il n'y a pas lieu de le poursuivre ou de prendre d'autres mesures ;

II) garder la situation à l'étude en tenant compte de tous autres renseignements qui pourraient être reçus du gouvernement concerné et de toutes nouvelles informations qui pourraient parvenir à la Commission au titre de la procédure 1503 ;

III) garder la situation à l'étude et nommer un expert indépendant ;

IV) mettre fin à l'examen de la question au titre de la procédure confidentielle régie par la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social afin d'entreprendre l'examen de la même question au titre de la procédure publique régie par la résolution 1235 (XLII) du Conseil⁸⁹

⁸⁶ Voir le point (7)(d) de la Résolution 1503 (XLVIII) du Comité économique et social (ECOSOC) du 27 mai 1970, reproduite in Moller, "Petitioning the United Nations", op. cit., p. 66 : "The committee shall strive for friendly solutions before, during and even after the investigation."

⁸⁷ Th. C. Van Boven, *People Matter: Views on International Human Rights Policy*, Amsterdam, Meulenhoff, 1982, p. 65 ("placing gradually increasing pressure on offending governments") ; cité in Meghna Abraham, *A handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council*, Geneva, ISHR and Friedrich Ebert Stiftung, 2006, <http://www.ishr.ch/handbook/Handbook.pdf>, p. 66.

⁸⁸ Donnelly, "International Human Rights: A Regime Analysis", op. cit., p. 612.

⁸⁹ ONU, ECOSOC, Résolution 2000/3 (10^e séance plénière, 16 juin 2000), procédure 1503 révisée, §7(d).

Ces suites possibles dépendent en premier lieu de l'attitude adoptée par l'Etat concerné, à savoir s'il coopère (ou non) à la procédure en donnant aux organes de l'ONU les éléments d'explication requis ou en leur permettant d'obtenir les informations utiles et s'il prend (ou non) les dispositions adéquates pour remédier à la situation dénoncée. En l'absence de coopération de sa part, les quatre étapes prévues comme des options de procédure fournissent un éventail de pressions que les organes du Conseil peuvent exercer sur l'Etat contempeteur. Cette pression croissante sur les gouvernements repose sur deux principes. Le premier principe est celui de l'autonomie de l'ONU vis-à-vis des Etats ; ainsi, en l'absence de coopération, les organes de l'ONU peuvent désigner des experts indépendants ou un comité spécial chargé d'enquêter sur la situation. Seulement, ce principe d'autonomie de l'ONU, quoique plutôt novateur et apparemment prometteur pour l'effectivité des droits de l'homme, butte contre les limites propres à l'interétatisme : de fait, cette voie de procédure n'a jamais été empruntée avant la révision de la procédure 1503⁹⁰. Finalement, le deuxième principe qui permet aux organes des Nations Unies d'exercer une pression croissante sur les Etats qui violent les droits de l'homme est moins audacieux mais plus efficace ; c'est un principe de publicité : plus un Etat renâcle à coopérer avec les organes des Nations Unies ainsi qu'à mettre fin à une situation de violation, plus cette situation gagne en visibilité sur la scène internationale jusqu'à, potentiellement, se trouver portée à l'attention universelle des Etats par son renvoi devant le Conseil économique et social et son examen au bénéfice de la procédure 1235 qui, elle, est publique. Dans ce cas, la situation du pays se trouve largement documentée et soumise aux représentants des Etats à l'ONU en séance publique, à charge pour eux d'adopter une résolution, ou d'engager une procédure spéciale comme, par exemple, le mandatement de représentants de l'ONU (rapporteurs, représentants, experts, groupes de travail).

Pour conclure sur ce point, les procédures de mise en œuvre devant les instances des Nations Unies montrent combien l'effectivité des droits de l'homme peut passer par des voies alternatives à la seule procédure contentieuse où un Etat se trouve contraint de se défendre d'accusations de violation. Dans la configuration contentieuse mettant aux prises *débiteurs* et *bénéficiaires* de droits, l'intérêt d'un Etat tend uniment vers la justification d'une pratique et l'évitement d'une décision de violation qui équivaut à une condamnation. Le

⁹⁰ Abraham, *A handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council*, op. cit., p. 65, n. 19.

modèle coopératif semble laisser plus de latitude à un processus de socialisation : la violation est moins au centre du processus de mise en œuvre que l'instauration d'un dialogue sur les conditions d'une amélioration de la conformité des pratiques incriminées avec les droits de l'homme. La mise en œuvre des obligations apparaît à même de poursuivre des objectifs plus larges que la seule incrimination des Etats déficients devant un tribunal : il ne s'agit pas d'envisager seulement la réparation de violations passées, mais d'engager aussi des politiques de veille (*monitoring*) ou de promotion des droits de l'homme⁹¹. Des limites à l'effectivité des droits de l'homme existent, bien entendu, dans le système onusien et peuvent faire l'objet de critiques, mais les procédures de coopération ont aussi joué un rôle important, par exemple dans la fin de l'apartheid en Afrique du Sud. La mise en œuvre exclusivement contentieuse des obligations étatiques connaît elle-même des limites, dont la principale touche au caractère seulement « réactif » du contrôle juridictionnel des pratiques étatiques ; les juges européens doivent attendre que des requêtes leur parviennent et ne peuvent, au surplus, pas juger de « situations », ce qui limite aussi la portée de leur action :

The work of the European Court of Human Rights and its jurisprudence has been reactive to the particular events and application which have been presented to it. The method of the Court has been to adopt an essentially common law approach⁹², allowing it to elaborate upon the meaning and application of the human rights articles in the Convention on a case by case basis [This implies] that the Convention and its decision-making should operate as a common denominator among member states, representing a standard below which European human rights must not fall. In other words,

⁹¹ Voir Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 65-73 : l'auteur défend que le développement de nouvelles fonctions du droit sont caractéristiques du passage de « l'Etat gendarme » à « l'Etat providence » (ou *Welfare State*). Ce passage est marqué, selon Bobbio, par la reconnaissance d'une « fonction promotionnelle » du droit où il ne s'agit plus seulement de sanctionner les comportements indésirables mais aussi d'encourager des comportements souhaitables. L'*obligation* et son corollaire, la distinction entre actes conformes et actes déviants ne seraient plus les seuls concepts-clé de la théorie du droit ; il faudrait leur adjoindre l'*incitation* et la distinction entre des comportements conformes, ou « déviants par défaut », et des comportements « super-conformes ». Les premiers ne se voient attribuer aucun effet juridique tandis que les seconds peuvent faire l'objet de mesures d'incitation.

⁹² Pour une critique d'une identification des méthodes de la Cour européenne aux méthodes de *common law*, voir *infra*, ch. 5.

[...] the Convention [...] serves to 'delineate thresholds for state compliance and not ceilings'.⁹³

APPROCHE DESCRIPTIVE ET QUANTITATIVE
DE LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE

La comparaison avec d'autres formes de mise en œuvre nous permet de nous démarquer de l'oukase positiviste du « procès » comme condition nécessaire à l'effectivité des droits de l'homme. En d'autres termes, il est possible d'adopter un point de vue interne sur les institutions européennes tout en conservant à l'esprit, comme indice de la nécessité d'une distance critique, les limites inhérentes à cette modalité de mise en œuvre des obligations étatiques :

1. d'un côté, le recours à un contrôle juridictionnel de l'observance, par les Etats, des droits de l'homme s'accompagne de limitations dans les fonctions de l'instance européenne et dans les modalités de son contrôle ;
2. d'un autre côté, la configuration contentieuse des débats sur les droits de l'homme, calquée sur l'opposition entre *bénéficiaires* et *débiteurs* de droits, encourt le risque d'exacerber l'intérêt des requérants à développer une compréhension "individualiste" des droits fondamentaux en même temps que l'intérêt des Etats à justifier une conduite plutôt que de la modifier.

Dès lors, la question qui se pose au philosophe est la suivante : une « discussion rationnelle » sur les droits de l'homme peut-elle se développer sur cette base ou bien les limitations du contrôle opéré par les juges européens combinées avec la configuration éristique d'une opposition des revendications suffisent-elles à la rendre impossible ?

Cette question touche à la liaison qu'il est possible d'établir entre, d'une part, les pratiques d'interprétation de la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme par ceux que Robert Kolb désigne sous la catégorie large « d'opérateurs juridiques » (« *juge national, juge international, conseil d'une partie, etc.* ») et, d'autre part, l'instauration d'une forme de « sociabilité » entre

⁹³ Robert Blackburn, "The Institutions and Processes of the Convention", Robert Blackburn et Jörg Polakiewicz (ss. dir.), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press, p. 25.

eux : la confrontation, répétée à l'occasion de chaque « cas » soumis aux juges européens, d'interprétations ou d'opinions contradictoires sur les droits de l'homme suffit-elle à initier et à pérenniser un processus « d'acculturation » au sens d'une procédure de convergence ou d'accord sur la définition et l'extension des obligations en matière de droits de l'homme ? *Tenter de répondre à cette question consiste à examiner les conditions d'une « rationalité » du procès comme dispositif épistémique. Je le fais dans les trois chapitres suivants en examinant respectivement à quel modèle peut correspondre cette représentation éristique de « l'acculturation » (ch. 4), sous quelles conditions les limitations du contrôle européen peuvent y contribuer (ch. 5) ainsi que l'opposition des « convictions » des acteurs sur les droits de l'homme (ch. 6).*

La « praticabilité » du système européen repose sur le postulat d'une telle liaison entre la concurrence des interprétations et l'établissement d'une sociabilité, entre « procès » et « dialogue rationnel » :

The Court has viewed its role as facilitating an organic process and dialogue between national systems and the Strasbourg machinery towards establishing a common European law on human rights. This has involved the Court paying close attention to the distinctive legal traditions and cultures of member states and welcoming the positive contribution that national judicial systems of member states can make in articulating theory and practice on human rights, which in turn serves to influence the developing jurisprudence of the Court of human rights. [...] This organic process clearly works best where the member state's judicial system may apply the human rights articles of the Convention, through incorporation of the Convention in its domestic law.⁹⁴

Dans la fin de ce chapitre, j'identifie les caractéristiques empiriques de ce « processus organique » (*infra, a*), le traitement des requêtes individuelles devant la Cour européenne (*infra, b*) et identifie un corpus de jurisprudence sur la base duquel analyser le traitement, par les juges, des situations d'incertitude en matière de droits de l'homme (*infra, c*).

⁹⁴ Blackburn, "Fundamental Rights in Europe...", op. cit., p. 27-28.

a. *Description du processus européen de contrôle de l'effectivité des droits de l'homme.*

Le principe d'un « processus organique » d'application des droits de l'homme est très tôt acté, tant par les concepteurs du système conventionnel que par les juges européens. Winston Churchill l'exprime en décrivant la protection des droits de l'homme au Conseil de l'Europe par opposition à l'idée d'un ordre juridique injonctif, s'imposant aux Etats en quelque sorte de l'extérieur : « *Ce n'est pas une machine que nous fabriquons, mais une plante vivante que nous faisons croître*⁹⁵. » Dans la jurisprudence de la Cour européenne, ce principe a trouvé une traduction particulière dont les juges européens ont fait un ressort de l'effectivité des droits ; ils affirment ainsi régulièrement, notamment lorsqu'il s'agit de motiver une évolution dans la jurisprudence, que « *la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles*⁹⁶ ». Ce principe nous permet de distinguer deux conditions concourantes de rationalité qui guident les juges européens dans leur travail d'interprétation de la Convention à l'occasion des espèces dont ils sont saisis :

1. une condition de cohérence (critère statique) de la jurisprudence qui commande de ne pas s'éloigner sans raison des précédents (*stare decisis*) ;
2. une condition d'adaptation au contexte social (critère dynamique) selon laquelle l'interprétation de la Convention ne doit pas contrarier son caractère « d'instrument vivant ».

Le travail des juges européens est caractérisé par la recherche d'un tel point d'équilibre entre des exigences qui peuvent paraître contradictoires mais qui, poursuivies individuellement, obéiraient la possibilité d'une interprétation

⁹⁵ Winston Churchill, Discours devant le Conseil de l'Europe, Strasbourg (11 août 1950).

⁹⁶ Dans le corpus que j'ai décidé de considérer pour les raisons présentées plus loin, ce principe est rappelé dans 9 arrêts (n=410), ce plutôt récemment (première occurrence en 1990, les autres après 2002). Cependant, cette idée d'un « instrument vivant » apparaît dans la jurisprudence dès 1978 et se trouve ensuite régulièrement rappelé. Notons qu'il se trouve introduit dans la jurisprudence comme une évidence (« La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant [...] », Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°5856/72, 25 avril 1978, §31) ; ce principe est donc considéré comme acquis dès le début, même s'il se trouve répété dans un faible nombre d'arrêts (une recherche générale dans la jurisprudence de la Cour donne 53 occurrences dont il faudrait retrancher les occurrences dans les opinions séparées et non dans le dispositif de l'arrêt).

rationnelle des clauses de la Convention ; l'extrait suivant exprime cette complémentarité entre critères statique et dynamique :

la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...] Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence [...] Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles.⁹⁷

Cette approche conciliatrice permet de concevoir comment on peut passer d'une saisine de la Cour de Strasbourg sur des requêtes individuelles au développement d'une conception commune des droits de l'homme en Europe par le moyen d'une jurisprudence dans laquelle les juges européens cherchent à tenir les deux bouts de la prévisibilité des obligations et d'un caractère « vivant » de l'instrument conventionnel. Dans l'élaboration d'un « standard » des droits de l'homme au Conseil de l'Europe, les juges adoptent clairement une stratégie 'vitaliste' qu'on peut opposer à une stratégie 'déontologique'.

Cette opposition entre une forme 'vitaliste' et une forme 'déontologique' d'application des droits de l'homme est marquée, à l'origine de la Convention, par l'adoption de clauses générales (« alternative A » durant les débats préparatoires) plutôt que d'une définition exhaustive des obligations (« alternative B ») : les négociateurs de la Convention s'accordèrent à suivre la « méthode suivie dans les Constitutions écrites » plutôt que de tenter « d'atteindre la précision légale dans la définition des Droits qu'elle cherche à garantir » ; la Convention désigne une « déclaration » (*a bill of rights*) plutôt qu'un « contrat » dans lequel se trouveraient exprimées les obligations des Etats⁹⁸. L'opposition entre formes 'vitaliste' et 'déontologique' se traduit aussi,

⁹⁷ Cour EDH, *Cossey c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°10843/84, 27 sept. 1990, §35.

⁹⁸ Voir Cedh, *Travaux préparatoires de l'article 1er (...)*, op. cit., p. 2. Voir p. 12 : « je me permets de douter de l'impossibilité d'appliquer les dispositions de notre projet. A l'appui de ma thèse, je peux citer comme précédent la Déclaration des droits contenue dans la Constitution des Etats-Unis, qui a été une expérience très réussie. La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique n'a pas éprouvé de difficultés à interpréter et à faire appliquer en général la Déclaration des droits » (Sir Maxwell-Fyfe, Royaume-Uni) ; aussi p. 53 : « Dans l'histoire, les meilleurs textes étaient ceux qui étaient rédigés en termes généraux. Nous ne devons pas envisager l'acte juridique qui va sortir de nos travaux comme un contrat comportant des engagements à la charge des uns et des

par conséquent, dans la manière dont les juges européens gèrent, au cas par cas, dans chaque affaire, l'incertitude liée à la signification des droits. Si les juges européens suivaient une stratégie déontologique, ils chercheraient à guider l'évolution de ce standard commun par une interprétation objective de ce que, selon leur propre appréciation, l'effectivité des droits de l'homme requiert dans une situation donnée. Au contraire, *"the [...] Court has not sought the uniformity or harmonization of laws and procedures relative to civil liberties and human rights for their own sake or simply in order to impose what it believes would be a better standard of human rights"*⁹⁹. Le procès en matière de droits de l'homme suit en cela une stratégie vitaliste : les juges de Strasbourg évaluent la nécessité (*i.e.* les « raisons impérieuses ») d'une évolution du standard européen à l'aune de l'émergence, ou non, d'un consensus entre les Etats sur l'opportunité d'un changement de jurisprudence. Il y a là quelque chose de l'ordre d'une interprétation subjective dans la mesure où ils ne jugent pas de l'opportunité d'un tel changement en fonction d'exigences propres aux droits de l'homme mais de « l'évolution de la situation dans les Etats contractants¹⁰⁰ » et, donc, de l'acceptabilité d'une évolution de la définition des droits pour eux.

Cette description des modalités de mise en œuvre des droits de l'homme en Europe permet de situer la stratégie institutionnelle au Conseil de l'Europe en fonction du degré de précision des obligations et du mode de contrôle (Figure 7).

autres, mais comme une déclaration de principe. C'est d'ailleurs la méthode choisie dans les Constitutions écrites » (M. Boland, Irlande).

⁹⁹ Blackburn, "Fundamental Rights in Europe...", *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁰ Cour EDH, *Jane Smith c. Royaume-Uni* (Grande Chambre), req. n°25154/94, 18 janvier 2001, §77 : « La Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre. »

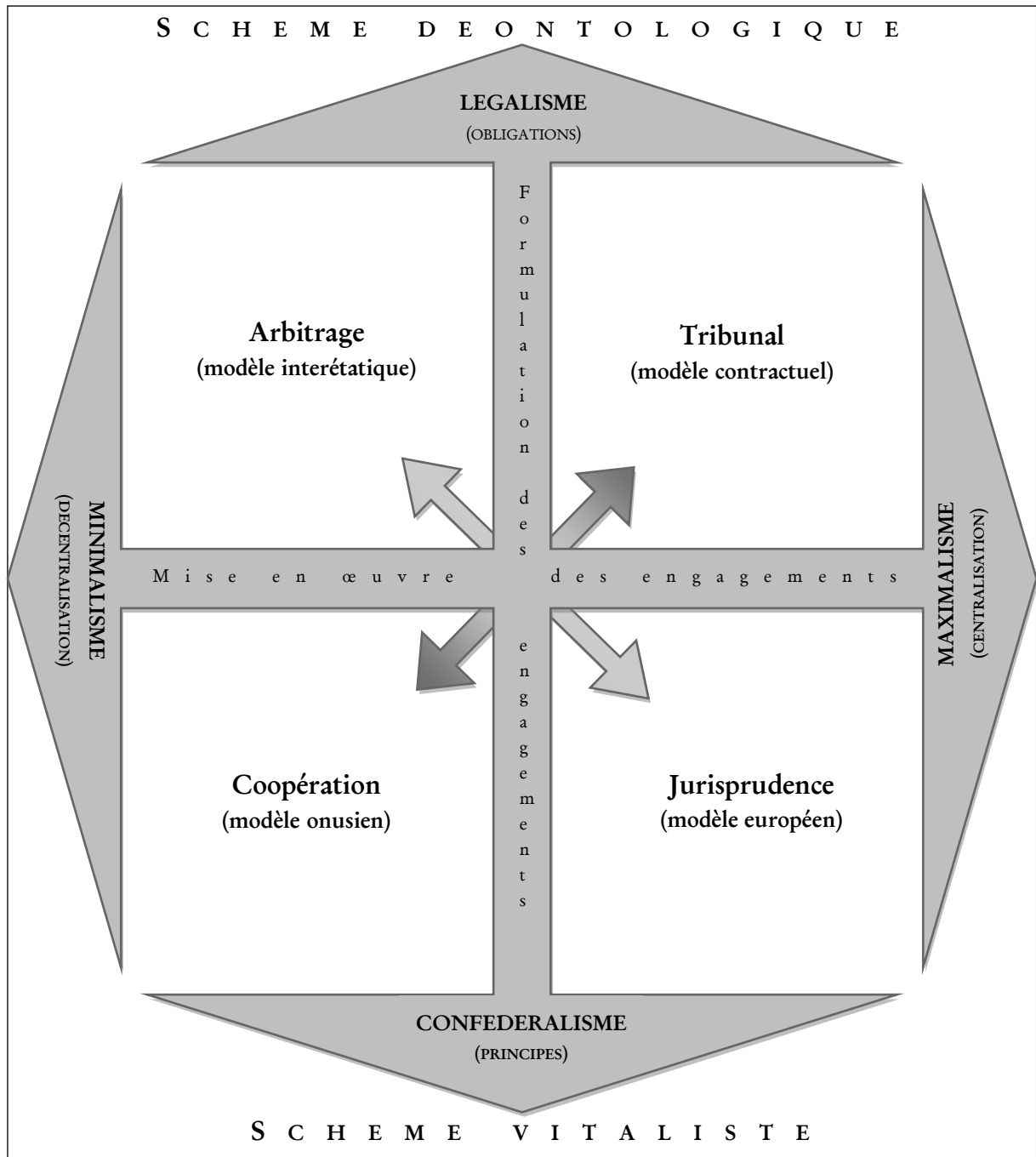


Figure 7 : Représentation des stratégies de mise en œuvre des engagements interétatiques.

Cette représentation permet aussi de souligner un écueil à la « praticabilité » de la « méthode » choisie à la lumière des données statistiques permettant de juger de l'activité de la Cour européenne. Cet écueil touche au fait que la Cour européenne ne maîtrise pas son "agenda" et ne peut donc procéder à une réévaluation de la définition des droits de l'homme qu'à l'occasion des requêtes dont elle est saisie¹⁰¹. En conséquence, on doit attendre un éventuel « progrès » des droits de l'homme (au sens d'une extension de leur exercice pour les bénéficiaires) avant tout d'une évolution des pratiques internes. Si ce constat peut être justifié sur la base du caractère subsidiaire du contrôle européen¹⁰² et de la souveraineté des Etats dans ces matières, il convient de voir qu'il dépend aussi – peut-être même avant tout – d'une limite inhérente au « procès » en matière de droits de l'homme par rapport à toute autre stratégie de mise en œuvre. Il y a là une limite empirique au développement d'une doctrine cohérente des droits de l'homme en Europe, limite accrue par l'augmentation exponentielle des arrêts rendus (Figure 8) si l'on considère que la multiplication des situations traitées (n=837 avant 1998 et n=9736 après 1998) diminue les chances d'une maîtrise, par les juges européens, de leur "agenda" et du développement des droits de l'homme par un risque plus grand d'incohérences internes dans leur jurisprudence.

¹⁰¹ On voit, par exemple, un juge défendre une opinion dissidente par rapport à l'avis de la majorité en regrettant « que la Cour n'ait pas saisi l'occasion que lui donnait [une] affaire sensible [...] pour confirmer une nouvelle approche » (Cour EDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* (2ème Section), req. n^{os} 78028/01 et 78030/01, 22 juin 2004, op. part. diss. Juge Bîrsan, p. 52).

¹⁰² Voir, par ex., les extraits suivants : « la Cour [...] rappelle [...] qu'il lui incombe non pas d'examiner *in abstracto* la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont touché les requérants a enfreint la Convention. En particulier, elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes. C'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne [...] Le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation » (Cour EDH, *Ernst et autres c. Belgique* (2ème Section), req. n^o 33400/96, 15 juillet 2003, §51) ; « Conformément au principe de subsidiarité, il appartient en effet avant tout aux Etats contractants de décider des mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction et, pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique [de ces droits] » (Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (Grande Chambre), req. n^o 28957/95, 11 juillet 2002, §85).

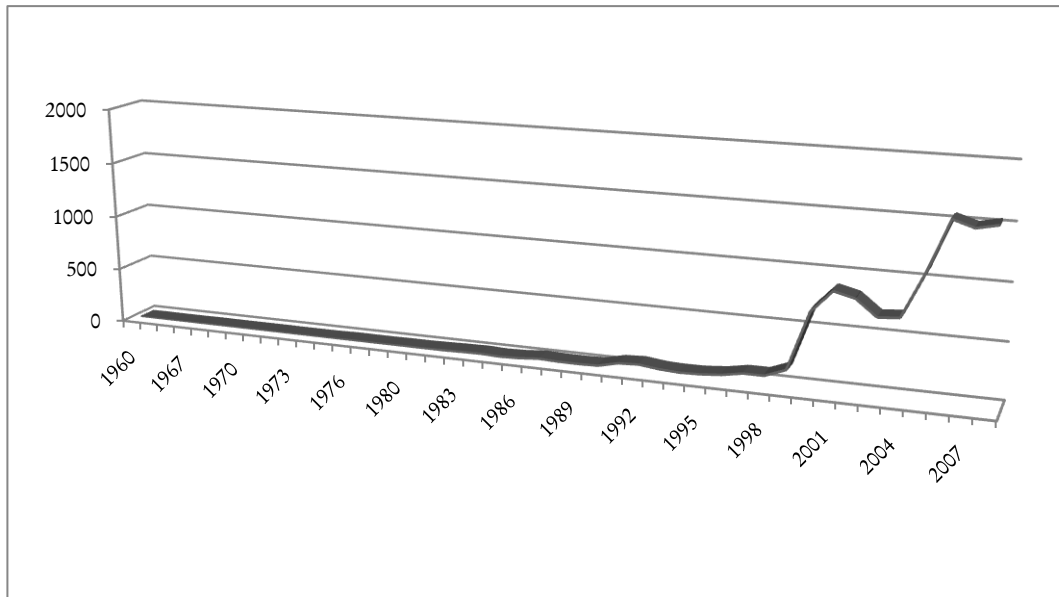


Figure 8 : évolution du nombre d'arrêts rendus par la Cour européenne.

Une telle dynamique exponentielle ne s'inversera d'ailleurs pas si l'on compte que la Cour européenne a reçu en 2008 autant de requêtes ($n=42376$) que durant les quarante premières années de son fonctionnement ($n=45016$)¹⁰³. Le seul frein à l'accroissement du nombre d'arrêts rendus semble devoir résider dans la capacité de traitement des requêtes par la Cour européenne, et celle-ci n'est pas infinie si l'on considère la relative stagnation du nombre de décisions ces trois dernières années corrélativement à l'explosion du nombre d'affaires pendantes ($n=81100$ début 2006 contre $n=97300$ fin 2008)¹⁰⁴. Cette limite empirique du procès comme mode de mise en œuvre des obligations en matière de droits de l'homme peut aussi être illustrée, par conséquent, par le volume des requêtes adressées à l'organe européen rapporté au nombre de décisions rendues (figure 9). En effet, ce rapport entre les sollicitations et l'activité effective de la Cour est un indice de l'écart entre les situations d'incertitude existantes (le nombre de cas où l'existence ou non d'une violation reste sujette à débat entre bénéficiaires et débiteurs de droits) et la fréquence à laquelle ces situations se trouvent tranchées par l'organe européen.

¹⁰³ Cedh, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits et en chiffres*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, www.echr.coe.int, p. 4.

¹⁰⁴ Voir : CEDH, rapport annuel 2006, p. 97 et CEDH, rapport annuel 2008, p. 129.

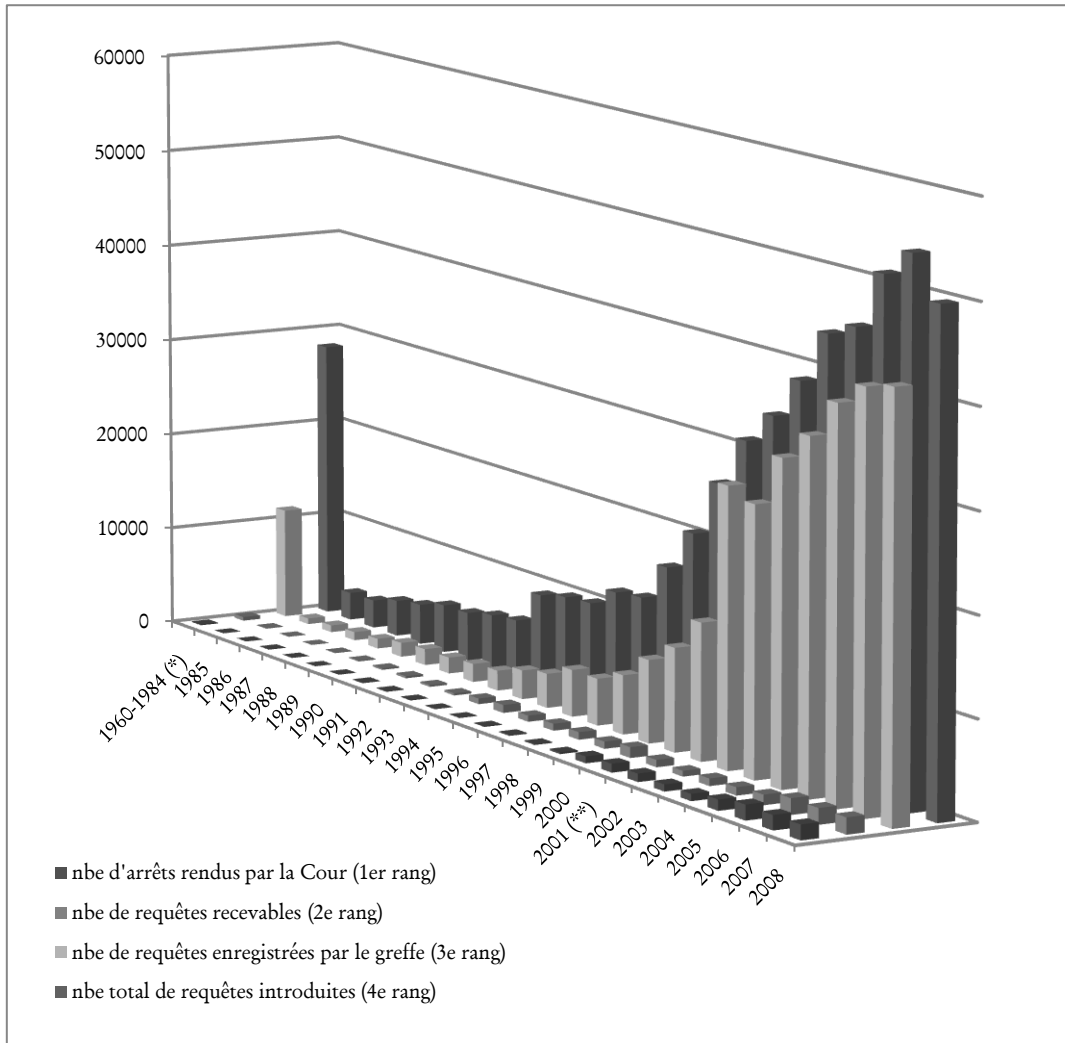


Figure 9 : une réponse très limitée aux incertitudes exprimées par les bénéficiaires de droits¹⁰⁵.

Or, à cet égard, si l'on oppose le nombre de requêtes jugées recevables et le nombre d'arrêts rendus (au premier plan dans la figure 9, 1^{er} et 2^e rangs) au nombre absolu de requêtes adressées à la Cour ou même seulement enregistrées par le greffe (à l'arrière-plan, 3^e et 4^e rangs), il apparaît que le procès n'apporte une réponse qu'à une faible portion des situations d'incertitude des bénéficiaires quant à la définition et à l'extension des droits de l'homme en Europe. Cette portion varie entre 0.83% (entre 1960 et 1984) et 6.63% (en 2000) des requêtes si l'on se limite à comparer le nombre d'arrêts rendus et le nombre de requêtes enregistrées par le greffe (ce qui permet d'éliminer d'éventuelles saisines abusives ou fantaisistes).

¹⁰⁵ Légende des figures 9 et 10 (*infra*) : (*) données synthétiques extraites du rapport d'activité de la Cour européenne de 2001, p. 72 ; (**) données avant 2001 extraites du même rapport, même page (ensuite, données extraites des rapports 2002 à 2008).

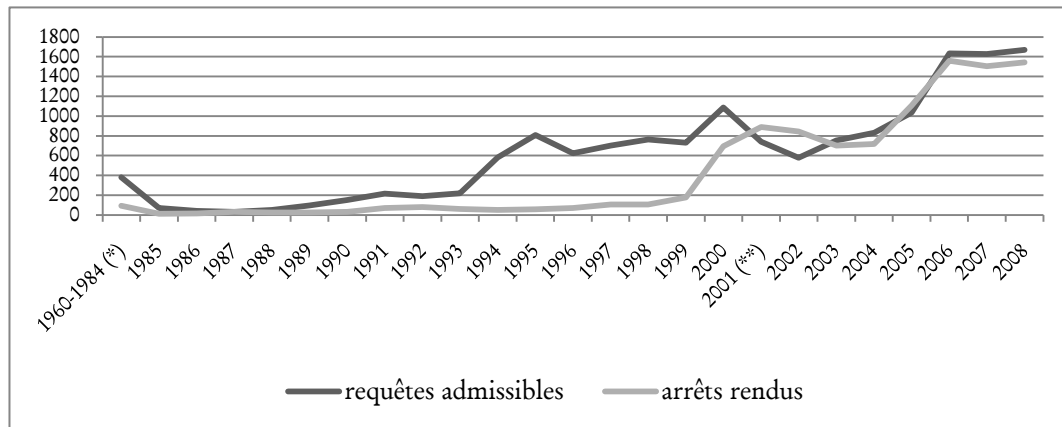


Figure 10 : une bonne réponse aux requêtes jugées admissibles.

On enregistre cependant une amélioration relative de la couverture, par la Cour, des situations d'incertitude que les citoyens européens entendent lui soumettre (2.36% en moyenne avant 1998, 3.73% en moyenne depuis). Le progrès est encore plus remarquable concernant la couverture, par l'organe européen, des situations d'incertitude (ou litiges) exprimées dans une requête qu'il aura déclarée admissible (Figure 10). Dans cette configuration, en effet, il est parvenu, malgré l'augmentation du nombre d'affaires, à rétablir un certain équilibre, le nombre d'affaires décidées dans une année correspondant plus ou moins au nombre de requêtes recevables (contrairement à une tendance au décrochage à ce niveau dans les années 1990). Ceci dit, cette amélioration n'est pas indicative d'une plus grande efficacité du procès dans la garantie des droits de l'homme car elle peut traduire simplement une politique de recevabilité plus restrictive. Mais ceci revient à poser la question des procédures d'admissibilité et d'examen des requêtes devant la Cour européenne.

b. Procédures d'admissibilité et traitement des requêtes.

Il est très simple de saisir la Cour européenne des droits de l'homme : un fax suffit pour qu'un « dossier provisoire » soit ouvert augmentant par là le nombre absolu de requêtes enregistrées en une année. L'augmentation constante de ce nombre (4^e rang dans la figure 9) atteste d'une popularité croissante de l'instance européenne auprès des bénéficiaires de droits : si l'on considère le chiffre de « 800 millions d'Européens » dont se targue le Conseil de l'Europe, chiffre qu'on peut considérer comme stable entre 1998-2008 dans la mesure où aucun élargissement massif n'est intervenu durant la période, nous sommes ainsi passé d'une requête pour 50000 personnes environ en 1998 (n=48920) à une pour 15000 personnes environ en 2008 (n=16048). Bien entendu, un tel résultat brut

ne prend pas en compte l'éventualité d'une augmentation massive des violations des droits de l'homme durant la période. S'il ne semble pas que l'évolution de la situation politique suffirait à justifier une telle augmentation du nombre de requêtes par rapport à la population, on peut enregistrer cependant une évolution positive de la popularité de l'organe européen aussi dans les cas de troubles politiques : en 2008, alors que les armées russe et géorgienne entrèrent en confrontation au mois d'août, le rapport d'activité de la Cour fait état de 3000 requêtes (dont une requête interétatique) enregistrées avant la fin de l'année relatives à des allégations de violation des droits de l'homme dans ce contexte¹⁰⁶. Cet exemple traduit une propension plus grande des personnes privées à considérer la Cour de Strasbourg comme un acteur de la protection des droits de l'homme en Europe. Une telle exposition accrue du système européen au contexte politique ne va pas sans poser de problèmes au regard des limites de la couverture, par les juges, des demandes qui leur sont adressées. A cet égard, un système de traitement général des requêtes incriminant une situation générale de violation tend à se mettre en place par l'instauration « d'arrêts pilotes¹⁰⁷ ».

Ce système consiste à retarder la décision de requêtes individuelles similaires en attendant une décision de principe sur la situation qui les a occasionnées. Peut-être est-ce là une explication au nombre important d'affaires pendantes devant l'instance européenne (27000 requêtes à l'encontre de la Russie étaient pendantes au 31 décembre 2008¹⁰⁸). Cette procédure de l'arrêt pilote a été mise en œuvre en 2004 contre la Pologne et a produit un résultat intéressant puisqu'elle s'est soldée par un règlement amiable, ce qui tend à indiquer que cela peut être un moyen de pression efficace sur les gouvernements¹⁰⁹. Je ne prends, cependant, pas cette procédure en compte dans le cadre de cette étude car elle n'est pas encore pleinement effective et n'est pas représentative du travail de la Cour européenne depuis son instauration.

¹⁰⁶ CEDH, rapport d'activité 2008, p. 12.

¹⁰⁷ « La procédure de l'arrêt pilote ne saurait prétendre être la solution à toutes les difficultés découlant de la charge de travail excessive de la Cour. Elle a cependant le potentiel nécessaire pour réduire de façon sensible cette charge de travail et pour éliminer certains des problèmes de fond qui sont à l'origine des requêtes répétitives ainsi que pour fournir un recours aux personnes qui en subissent les conséquences négatives » (note d'information du greffe).

¹⁰⁸ CEDH, rapport d'activité 2008, p. 131.

¹⁰⁹ Cour EDH, *Broniowski c. Pologne* (Grande Chambre), req. n°31443/96, 22 juin 2004. Règlement amiable intervenu le 28 septembre 2005.

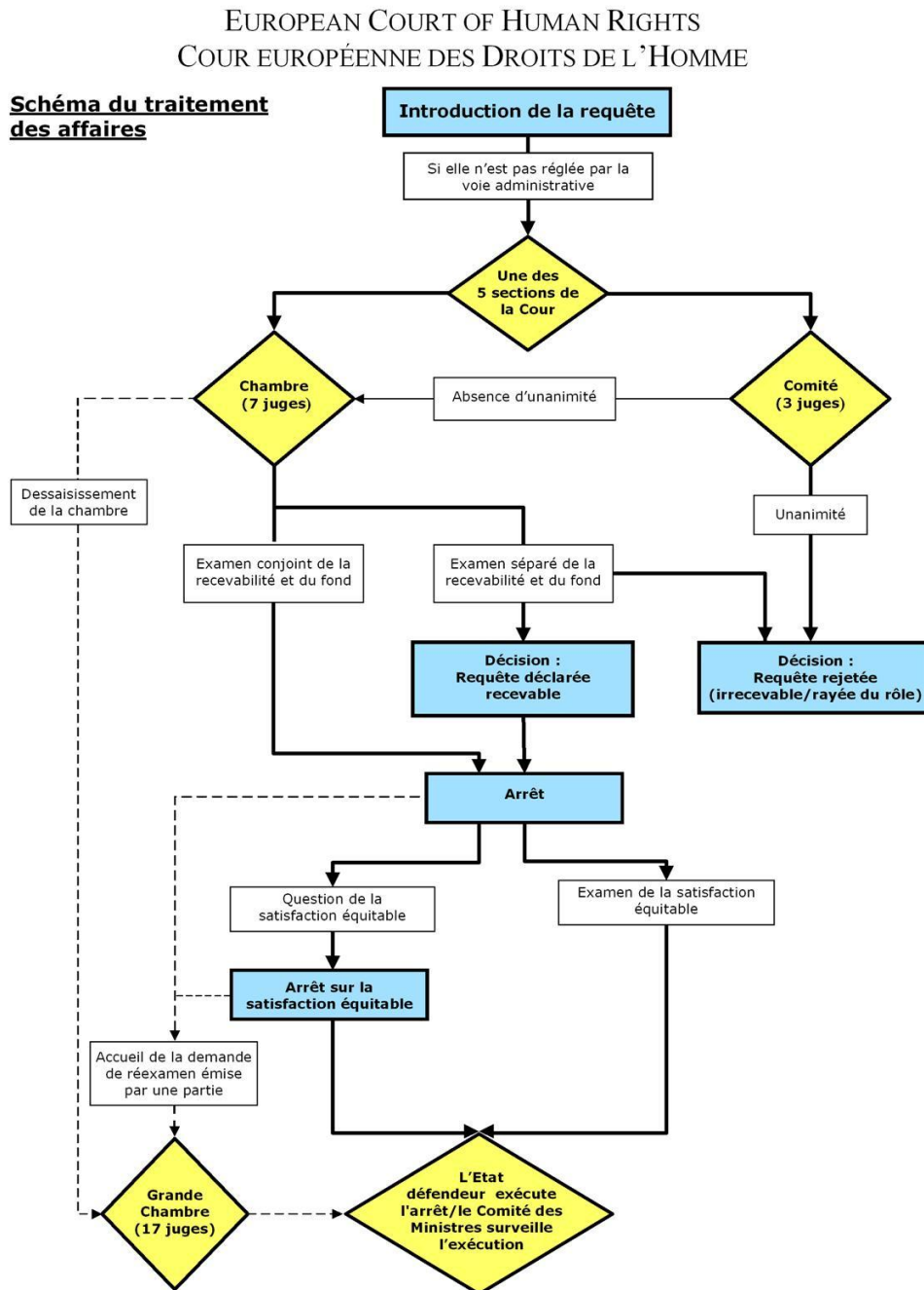


Figure 11 : schéma du traitement d'une affaire devant la Cour européenne (www.echr.coe.int)

Ce travail de la Cour européenne est guidé par la procédure suivante de traitement des requêtes avant leur examen éventuel par les juges européens sur le fond (*supra*, figure 11). Tout « dossier provisoire » doit être complété avant d'être déclaré acceptable par le greffe de la Cour ; on peut remarquer – et cela peut traduire une plus grande familiarité des citoyens avec l'instrument européen – une nette progression du taux des « dossiers provisoires » qui satisfont cette étape d'admissibilité administrative : nous passons de 20% en 1985 (premières données non synthétiques disponibles) à 36% en 1998 pour aboutir en 2008 à 85% de requêtes admises sur cette base. Ensuite, les requêtes sont soumises à l'une des cinq sections qui composent la Cour européenne, laquelle statue à l'unanimité sur son admissibilité ou son inadmissibilité (en l'absence d'unanimité, la requête est réexaminée par l'ensemble des juges de la section, contre trois initialement, qui rendent à la majorité une décision sur l'admissibilité seule). La Convention énumère les conditions suivantes de recevabilité d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme :

1. *critère de la victime* : seule la victime d'une violation (ou ses ayant-droits) peut avoir accès à la Cour européenne ; aucune action ne doit être motivée par la poursuite d'un intérêt collectif (pas d'*actio popularis*) ou ne peut être anonyme ;
2. *critère de l'épuisement des voies de recours interne* : les juridictions nationales doivent avoir eu l'occasion de redresser la situation avant la saisine de l'instance européenne ;
3. *critère de délai* : la Cour doit être saisie dans les six mois suivant la décision en dernière instance dans l'ordre juridique interne ;
4. *non bis in idem* : la requête ne peut être « essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale » (Convention, art. 35).

Seules les requêtes déclarées admissibles au terme de ce processus sont jugées sur le fond. Elles concernent une part très fortement décroissante des requêtes ayant passé le cap de l'admissibilité administrative : on passe en effet, de 12% en 1985 à 9% en 1998 et moins de 4% en 2008. Ces données, qui comparent le deuxième et le troisième rang de la figure 9, intègrent les affaires dites « rayées du rôle » parce qu'elles n'ont finalement pas donné lieu à une décision sur le fond. Ces

affaires, le plus souvent, se sont trouvées résolues par un « règlement amiable » entre les parties et devraient donc être retranchées du nombre des arrêts effectivement rendus dans la mesure où la situation d'incertitude concernant l'existence d'une violation a cessé. Je ne les ai pas distinguées en l'absence de données analytiques (année par année) les concernant. Les données synthétiques disponibles (couvrant la période 1959-2008) montrent cependant que leur retrait ne change pas la dynamique mise au jour, à savoir que la résolution judiciaire des incertitudes concernant l'existence d'une violation des droits de l'homme concerne seulement un faible pourcentage des requêtes attribuées à une formation de jugement et, *a fortiori*, des affaires introduites devant les instances européennes. La figure 9 montre que seuls 2% des affaires introduites ont trouvé en moyenne une solution devant l'organe européen (3.26% des requêtes admissibles administrativement, soit 96.74% de requêtes déclarées irrecevables par les différentes sections). Si l'on pondère ces résultats synthétiques par la prise en compte des affaires rayées du rôle, principalement du fait de la conclusion d'un règlement amiable (n=1037) ou pour toute autre raison (n=287¹¹⁰), on obtient 2.85% de chances, pour un requérant, de trouver une réponse confirmant ou infirmant son sentiment d'avoir été victime d'une violation d'un ou plusieurs droits garantis par la Convention par la voie strictement judiciaire (n=9249 décisions sur le fond).

L'analyse statistique des données disponibles concernant l'activité de la Cour européenne des droits de l'homme ne permet plus d'affiner de beaucoup la description du traitement judiciaire des requêtes individuelles. Un chiffre intéressant à cet égard concerne le rapport entre le nombre de décisions conduisant les juges européens à conclure à l'existence d'une violation et celui des décisions les conduisant à affirmer l'absence de toute violation. Le résultat auquel on aboutit semble extrêmement favorable aux requérants (n=8652 arrêts constatant au moins une violation contre n=604 arrêts de non-violation¹¹¹) soit 93% de chances, pour les 3% de requérants qui parviennent au stade du jugement sur le fond d'obtenir satisfaction (93.77% de chances, pour une requête admise au stade de la recevabilité judiciaire, d'obtenir satisfaction par un constat de violation ou l'intervention d'un règlement amiable). Ce résultat

¹¹⁰ Cedh, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits et en chiffres*, op. cit., p. 12-13 : « autres arrêts » (satisfaction équitable, révision, exceptions préliminaires et incompétence).

¹¹¹ La différence par rapport au nombre de décisions sur le fond (n=9249) s'explique par le fait que 7 arrêts qui concernent deux Etats n'étaient pas comptabilisés dans ce chiffre par le greffe.

tranche particulièrement avec le très faible taux de requêtes introduites devant la Cour européenne jugées recevables : la jurisprudence que nous connaissons ne nous induirait-elle pas dans des erreurs manifestes de perspective ? Le résultat de l'activité de cet organe judiciaire ne masquerait-il pas la masse énorme des mécontentements et des doutes relatifs à la conformité des pratiques étatiques avec les droits de l'homme, illusion augmentée par le sentiment d'une jurisprudence particulièrement protectrice des individus ?

Cette question nous incite à conserver une distance critique par rapport à ce chiffre de 93% de constats de violation par l'organe européen. Indépendamment même de l'insatisfaction subjective de la masse des requérants qui se sont vu opposé une décision d'irrecevabilité, ce chiffre ne peut être traité de manière qualitative comme un indice de la satisfaction des 8652 cas où les juges européens ont conclu à l'existence d'une violation. En effet, ce constat porte sur « au moins une violation » alors que les requêtes adressées à la Cour de Strasbourg sont construites en général sur la revendication d'une violation de *plusieurs* droits garantis¹¹². De plus, dans un certain nombre de cas (n=2220¹¹³), le constat d'une violation n'a pas donné lieu à un examen complémentaire des requêtes concernées au titre de l'article 41 de la Convention, c'est-à-dire que la Cour ne s'est pas prononcée sur l'opportunité d'une « satisfaction équitable » à octroyer aux requérants victimes d'une ingérence injustifiées de la part des Etats concernées. Dans ces affaires, les décisions concernées recouvrent une condamnation des Etats sans compensation pour les victimes ; pour les autres, il n'est pas possible de distinguer jusqu'à quel point une telle réparation a été, ou non, octroyée car il convient de distinguer à ce niveau la possibilité d'une simple compensation des frais de procédure (qui ne s'analyse pas comme une réparation de la violation) d'une compensation pour dommage matériel ou pour dommage moral. La doctrine s'accorde de plus à reconnaître que la pratique

¹¹² Voir, par exemple, la déclaration séparée de M. le Juge Costa à l'arrêt Cour EDH, *Papon c. France* (1ère Section), req. n°52210/00, 25 juillet 2002, p. 25 : « Le requérant a soutenu que la Convention [...] avait été violée, sur onze points, dans la procédure relative à sa condamnation pour complicité de crimes contre l'humanité. Sur un point seulement, il a obtenu satisfaction [...] Cette remarque me semble relativiser le sens et la portée du présent arrêt. »

¹¹³ Seuls 6432 cas ont donné lieu à un examen distinct au titre de l'art. 41 jusqu'à fin 2008 (comptage par une consultation de la base HUDOC).

européenne en matière de satisfaction équitable constitue une réponse souvent insuffisante, voire inadaptée¹¹⁴.

Si le taux de succès apparent des requérants face aux Etats lorsqu'ils parviennent à accéder devant les juges européens ne vaut pas comme un indice empirique permettant une analyse qualitative de leur satisfaction, il ne peut pas être non plus traité comme un indice épistémique permettant une analyse qualitative du traitement, par les juges européens, des situations d'incertitude quant à la définition ou aux conditions d'exercice des droits. Deux hypothèses concurrentes peuvent être formulées à cet égard : soit les procédures très restrictives déterminant la recevabilité des requêtes autorisent à considérer que les seules affaires qui sont jugées sur le fond sont celles qui représentent des « cas difficiles » au regard de la définition et de l'extension des droits de l'homme (auquel cas le mode de contrôle des ingérences par les juges européens semble particulièrement favorable aux bénéficiaires de droits), soit la recevabilité d'une requête n'est pas un indice de son caractère « facile » ou « difficile » au regard du droit européen (auquel cas les résultats statistiques ne fournissent aucune information quant aux modalités du contrôle européen)¹¹⁵.

c. Le traitement des incertitudes concernant les droits de l'homme.

Les deux branches de l'alternative posent la question de la rationalité du contrôle opéré, par les juges européens, des situations qui leur sont soumises au regard des exigences de la Convention. Pour trancher l'alternative, il faut entrer dans le détail de la jurisprudence. Compte-tenu de son importance malgré toutes

¹¹⁴ Voir Pierre-François Docquir, Rusen Ergeç, "de l'autorité des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme statuant sur la satisfaction équitable", *Journal des Tribunaux*, 41-5991, décembre 2000, p. 849 ; aussi Judith Vailhé, *La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2001, p. 105 : « [les avocats] estiment que bien souvent une réparation sous forme de satisfaction équitable pécuniaire n'est pas suffisante. Selon eux, il faut envisager d'autres modalités de réparation du préjudice, [par ex.] le droit à la réouverture des procès en cas de condamnation de la France par Strasbourg. »

¹¹⁵ Ce n'est pas le lieu d'une discussion sur les cas faciles ou difficiles en théorie du droit. Un cas facile est un cas où « les termes généraux paraissent ne requérir aucune interprétation et dans lesquels l'identification des cas d'application paraît ne poser aucune difficulté et être "automatique" » (Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 158). Selon Ronald Dworkin : « [le juge] n'a pas besoin d'une méthode pour cas difficiles et d'une autre pour cas faciles. Sa méthode est également à l'œuvre dans les cas faciles, mais, puisque les réponses aux questions qu'elle pose sont alors évidentes, ou du moins paraissent l'être, l'on n'a pas conscience qu'il y ait vraiment une théorie à l'œuvre » (Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, (1986), Paris, PUF, coll. "recherches politiques", 1994, p. 385).

les limites soulignées précédemment, je propose d'y délimiter un corpus à travers lequel il sera possible de donner une image représentative de l'activité des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et d'analyser sur cette base, dans la suite de cette étude, la manière dont ils traitent des situations d'incertitude concernant la définition ou les conditions d'exercice des droits garantis par la Convention.

La Convention consacre trois types de droits indépendamment des protocoles additionnels : *des droits inaliénables* (droit à la vie, interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, interdiction de l'esclavage ou du travail forcé, droit à la liberté et à la sûreté¹¹⁶), *des droits procéduraux* (droit à un procès équitable, pas de peine sans loi, droit à un recours effectif, interdiction de discrimination¹¹⁷) et *des droits personnels* (droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, d'expression, d'association, droit au mariage¹¹⁸). Afin de constituer un corpus restreint de jurisprudence qu'il soit aisé d'analyser, je me concentrerai sur les droits personnels pour trois raisons. Premièrement, les droits inaliénables ne se prêtent pas à un traitement large de l'incertitude (et de la confrontation des « convictions » opposées) dans la mesure où ils ne sont pas susceptibles de grandes possibilités d'interprétation. Deuxièmement, les droits procéduraux représentent un corpus de décisions trop large par rapport à l'objectif de restriction poursuivi (n=7420). Troisièmement, les droits personnels présentent dans l'instrument conventionnel une structure particulière en deux alinéas distincts, l'un portant l'énoncé des droits garantis, l'autre l'énoncé des conditions de légitimité d'une ingérence étatique dans l'exercice de ces droits :

Article 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la

¹¹⁶ Respectivement art. 2, 3, 4 et 5.

¹¹⁷ Respectivement art. 6, 7, 13 et 14.

¹¹⁸ Respectivement art. 8, 9, 10, 11 et 12.

sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Par cette construction particulière, les droits personnels présentent des possibilités importantes d'interprétation et, par conséquent, d'incertitude quant à la définition ou à l'extension des droits. Parmi ces droits, je considérerai la jurisprudence relative à l'art. 8 de la Convention car c'est celle qui a donné lieu au nombre le plus important de décisions. Je restreins le corpus à une période comprise entre la première décision rendue en la matière et le début de la présente étude (t=1968-2004), ce qui donne un ensemble de 400 arrêts (n=410). Il est possible répondre sur cette base à la question des chances d'un requérant de l'emporter face à un Etat devant les juges européens lorsque la signification des droits est indécise, c'est-à-dire à la question de la répartition du nombre de constats de violation et de non-violation en contexte d'incertitude.

Le premier élément de réponse que je peux apporter consiste à dire que la procédure de recevabilité des requêtes individuelles ne constitue pas un filtre destiné à ne retenir que des « cas difficiles ». Au contraire, il faut remarquer qu'un nombre significatif d'affaires se trouve résolu sans qu'aucune question engageant une interprétation des droits ne se pose. Tout d'abord, un nombre important d'affaires, dans lesquelles pourtant une requête est formulée relativement à l'art. 8, ne donne pas lieu à un examen par les juges sous cet angle, soit que l'affaire est radiée du rôle (n=52), soit que la Cour considère que l'affaire ne donne pas lieu à un examen distinct sous cet angle (n=51) ou qu'elle se déclare incompétente pour examiner les griefs relatifs à cet article (n=7). Ensuite, d'autres affaires (n=129) ne requièrent pas d'interprétation de la Convention car elles sont décidées sur des critères relatifs non à la définition ou à l'extension des droits, mais à la situation considérée ou aux argumentaires des comparants, soit que les faits n'étaient pas établis ou que le gouvernement a reconnu la violation, soit que l'ingérence litigieuse n'était pas « prévue par la loi » ou ne poursuivait pas l'un des « buts légitimes » prévus au titre du §2 de l'art. 8, soit enfin que la requête était mal fondée (absence d'un préjudice, par ex.) ou que le gouvernement n'a pas produit de raisons tendant à justifier l'ingérence (c'est le cas, en particulier, lorsqu'une inaction du gouvernement est incriminée). *Je défends que ces requêtes peuvent être traitées a priori comme des « cas faciles » et exclues de l'analyse du traitement, par les juges européens, des*

situations « d'incertitude » concernant la définition et les conditions d'exercice des droits de l'homme. Plusieurs objections peuvent être opposées à cette hypothèse.

Une première objection consiste à souligner que les lacunes dans l'établissement des faits, les déficiences dans les stratégies de défense des requérants ou des Etats défendeurs, ou encore les doutes concernant la compétence *ratione temporis* ou *ratione materiae* de la Cour apparaissent au cours du traitement des affaires et non en amont ; il s'agit donc d'une distinction *a posteriori*. En réponse à cette objection, la distinction que j'esquisse ne vise pas à plaider pour une restriction de l'activité de la Cour aux seules affaires posant des problèmes d'interprétation de la Convention. Basée sur l'analyse empirique d'un corpus restreint, la possibilité d'une telle distinction montre seulement que les critères de recevabilité des requêtes à la Cour européenne ne fonctionnent pas comme un filtre épistémique ; il faut donc aller au-delà de la recevabilité pour identifier l'incertitude et étudier son traitement par les juges européens. La distinction que j'entends opérer n'est pas pour le praticien, mais pour le théoricien ; elle ne concerne pas la méthodologie de la décision, mais la sémiotique juridique. Il reste cependant à justifier sa valeur *a priori*, même pour le théoricien, c'est-à-dire sa valeur de signe univoque permettant un tri dans un corpus de décisions.

Une remarque subsidiaire avant d'envisager une seconde objection à mon hypothèse. En admettant même qu'il serait possible de distinguer à un stade pré-juridictionnel entre des affaires qui posent un problème d'interprétation de la Convention et celles qui n'en posent pas, il ne serait pas pour autant légitime, du point de vue de l'effectivité reconnue au « procès », d'exclure les secondes de la procédure d'examen judiciaire. Dans le corpus considéré, au contraire, lorsque la portée de l'ingérence est exceptionnelle au point que la violation est « évidente¹¹⁹ » ou lorsque l'absence de base légale ou de motif légitime motive la décision de violation, on peut considérer que la « facilité » du cas serait plutôt

¹¹⁹ Dans le corpus considéré, la Cour est saisie d'une série importante de requêtes concernant la destruction de villages par l'armée turque dans les provinces où le PKK est actif. Dans un tel cas, la motivation de la Cour est très elliptique : "There can be no doubt that these acts constituted grave and unjustified interferences with the applicant's rights [...] Accordingly, there are been violations of Article 8" (Cour EDH, *Bilgin v. Turkey* (2ème Section), req. n°23819/94, 16 nov. 2000, §108-109). Dans une affaire différente, elle estime que les déficiences du gouvernement dans l'organisation de son administration sont « évidentes » et conclut : "Thus, it cannot be said that the Contracting State complied with its positive obligations under Article 8 of the Convention to secure to the applicant respect for her home" (Cour EDH, *Pibernik v. Croatia* (1ère Section), req. n°75139/01, 4 march 2004, §70).

un indice de la gravité de la violation et, donc, de l'importance d'une condamnation de l'Etat mis en cause¹²⁰.

Une deuxième objection consiste à souligner que l'identification d'une absence de base légale ou d'un motif légitime à une ingérence dépend d'une signification accordée à ces notions dans le système conventionnel, donc d'une interprétation de la Convention. Cette objection pose la question des conditions de compatibilité d'une ingérence avec la Convention et des modalités du contrôle opéré par les juges européens. Ce contrôle s'effectue par une série d'étapes à travers deux parties bien différenciées dans le dispositif d'arrêt :

1. partie intitulée « en fait » dans laquelle les faits se trouvent relatés sur la base des éléments fournis par les comparants (la Cour a une compétence inquisitoire très limitée)¹²¹.
2. partie intitulée « en droit » dans laquelle l'affaire se trouve jugée sur le fond.

Dans cet examen des « mérites » d'une affaire, les juges respectent une série d'étapes à travers lesquelles ils procèdent de manière méthodique. Ils se prononcent tout d'abord sur la question de savoir si les faits se trouvent établis au-delà de tout doute raisonnable et s'ils constituent une ingérence dans un droit garanti. Ils se prononcent ensuite sur la licéité de l'ingérence au regard de la Convention à travers trois critères : l'ingérence litigieuse doit être « prévue par la loi », poursuivre un « but légitime » et être « nécessaire dans une société démocratique ». Les deux premiers critères ne portent pas à proprement parler sur l'étendue et la signification des droits ; c'est la raison pour laquelle j'exclus

¹²⁰ Il y a là un élément fort de distinction par rapport à la logique qui sous-tend l'application du droit au niveau constitutionnel, par exemple à la Cour Suprême des Etats-Unis. Voir sur ce point Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel, Kluwer, coll. "Law and Philosophy Library", 1987, p. 83 : "It has been stated in legal dogmatics that the more *interesting* the problem of legal interpretation that the petitioner can present in his case, the better are his chances to obtain the permission to appeal to the Supreme Court on the ground of the precedential nature of his case. The interests of the petitioner are not the key issue – the "interesting" character of the norm interpretation problem is."

¹²¹ "In assessing evidence, the Court adopts the standard of proof "beyond reasonable doubt". Such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact" (Cour EDH, *Şirin Yılmaz v. Turkey* (1ère Section), req. n°35875/97, 29 July 2004, §75).

les affaires qui sont décidées sur cette base car elles ne traduisent pas un état d'incertitude concernant les droits de l'homme.

Ce faisant, je trace une ligne entre les cas sans enjeu interprétatif ou épistémique et les cas possiblement importants de ce point de vue. Or, cette ligne emprunte exactement les contours des méthodes empruntées par les juges pour traiter l'incertitude dans les cas qui leur ont été soumis : c'est lorsqu'une affaire est décidée sous le régime de la « nécessité » de l'ingérence dans une société démocratique que sa décision a des chances d'entraîner un changement dans l'interprétation des droits de l'homme et une évolution du droit. Je suis en cela, mais en quelque sorte à rebours, le principe méthodologique explicité par Aulis Aarnio, à savoir : “*An interpretative standpoint is always connected to a so-called hard-case situation*”¹²².

L'enjeu épistémologique du traitement, par les juges européens, des incertitudes en matière de droits de l'homme se noue à ce niveau. Ils expriment cette exigence concernant la « nécessité » d'une ingérence en disant qu'ils cherchent à déterminer si celle-ci était « proportionnée » au but légitime poursuivi, si elle respectait le principe d'un « équilibre » ou d'une « balance » entre l'intérêt subjectif du requérant à un exercice aussi large que possible de ses droits et l'intérêt général de la société « à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » (art. 8-2)¹²³. Ces trois expressions recouvrent une même technique juridique résumée sous l'étiquette générale de « contrôle de proportionnalité » :

La proportionnalité apparaît [...] comme dotée d'une homogénéité fonctionnelle, qui, combinée à son omniprésence, rend crédible sa qualification

¹²² Aarnio, *The Rational as Reasonable*, op. cit., p. 185.

¹²³ Voir, par ex., les formulations suivantes de ce principe de proportion, d'équilibre ou de balance : “The Court concludes that the restriction on the applicant's right [...] was not proportionate to [...] any legitimate aim, and therefore was in breach of Article 8 of the Convention” (Cour EDH, *Nowicka v. Poland* (2ème Section), req. n°30218/96, 3 Dec. 2002, §77) ; « la Cour estime que les juridictions allemandes n'ont pas établi un juste équilibre entre les intérêts en présence. Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention » (Cour EDH, *von Hannover c. Allemagne* (3ème Section), req. n°59320/00, 24 juin 2004, §79-80) ; “such a lack of fair balance between the various interests involved as to constitute a violation of Article 8 of the Convention. Accordingly, there has been a violation of that Article” (Cour EDH, *K. and T. v. Finland* (4ème Section), req. n°25702/94, 27 April 2000, §164).

en « principe général ». Sitôt que le droit conventionnel envisage la possibilité d'une limite – interprétative ou appréciative – aux droits qu'il consacre, celle-ci se verra concrétisée par la proportionnalité.¹²⁴

L'enseignement de la doctrine rejoint les observations qui se dégagent de l'analyse quantitative de la jurisprudence relative à l'art. 8 jusqu'en 2004 : la distinction entre les « cas faciles » (qu'on peut ignorer car ils ne présentent pas d'enjeu pour l'interprétation des droits) et les « cas difficiles » (dont on ne peut exclure qu'ils aient des conséquences importantes sur l'évolution de la jurisprudence) est une distinction qu'il est bien possible de faire *a priori*, c'est-à-dire indépendamment de l'analyse de tel ou tel extrait de la jurisprudence européenne. L'application d'un contrôle de proportionnalité constitue donc plus qu'un dernier moment, qu'une ultime étape dans l'examen des juges européens. Il s'agit véritablement d'un *marqueur* de l'existence d'une incertitude qui porte directement sur l'étendue des droits et des obligations, donc sur la définition et le champ d'application des clauses pertinentes de la Convention. L'engagement des juges dans un contrôle de proportionnalité est le signe univoque de la possibilité d'une crise épistémique dans le système européen¹²⁵.

Une troisième objection, enfin, consiste à dire que, ce faisant, une analyse des décisions relatives à l'application de l'art. 8 de la Convention quitte la perspective que j'ai proposée pour cette étude, à savoir « la perspective des participants », pour privilégier uniment celle des juges sur les affaires dont ils sont saisis. Il convient cependant de remarquer, au contraire, que *ce dernier moment*, celui où l'on interroge la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, ou l'équilibre ménagé entre les intérêts du requérant et le but légitime poursuivi par l'Etat, *fonctionne pragmatiquement comme un terrain sur lequel le conflit est porté par les comparants pour être examiné par les juges*. Le

¹²⁴ Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 149-150.

¹²⁵ Lorsque, bien entendu, un tel raisonnement est applicable. Par exemple, en matière d'interdiction de discrimination, la Cour examine s'il existe « une justification objective et raisonnable à la différence de traitement » ; on n'imagine pas de discrimination proportionnée... Quoique certaines formulations de la Cour sont ambiguës en la matière, ce qui conforte l'idée du contrôle de proportionnalité comme marqueur épistémique dans les situations d'incertitude. Voir par ex., Cour EDH, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* (4ème Section), req. n°33290/96, 21 déc. 1999, §36 : « Force est donc de constater [...] que la cour d'appel a opéré une distinction [...] qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention [...] Dès lors, la Cour ne peut conclure à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ; partant, il y a eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14. »

contrôle de proportionnalité désignant une technique juridique, il ne s'agit pas de dire qu'il a été introduit dans le raisonnement des juges européens sous l'influence des comparants¹²⁶, mais que ceux-ci manifestent des stratégies qui traduisent au minimum leur adaptation à ce contexte contentieux spécifique.

En effet, dans le corpus considéré, sauf « erreur » du requérant ou du gouvernement dans la construction de leur défense¹²⁷, les juges décident d'une violation ou d'une non-violation en dehors du terrain de la nécessité seulement lorsque l'ingérence présente des caractères particuliers de gravité, est dépourvue de base légale ou de motif légitime, ou bien lorsqu'une inaction du gouvernement a occasionné une impossibilité (temporaire ou permanente) d'exercer les droits reconnus au titre de l'art. 8. En ce sens, l'examen d'une ingérence sous le régime de la proportionnalité atténue la stigmatisation associée à la condamnation d'un Etat pour violation des droits. Par ailleurs, je n'ai pas trouvé, dans la jurisprudence relative à l'art. 8 avant 2004, d'affaire dans laquelle les juges européens ont conclu à une non-violation au détriment du requérant sans que cette décision soit imputable directement à une « erreur » de sa part. Dès lors que les faits se trouvent établis et l'existence d'une ingérence avérée, les juges ont toujours porté leur examen sur le terrain de la nécessité sauf lorsque des éléments permettaient de conclure plus tôt au constat d'une violation. En ce sens, la proportionnalité constitue aussi une garantie procédurale pour les requérants. Il n'est donc pas étonnant de voir les parties elles-mêmes, requérants et Etats défendeurs, élire régulièrement le terrain de la proportionnalité pour leur confrontation. Une fois la question des faits tranchée, nous assistons ainsi souvent à un échange de concessions : le gouvernement « concède » ou « reconnaît » que la mesure litigieuse s'analyse comme une « ingérence » ; le requérant « admet » qu'elle était « prévue par la loi et poursuivait un but légitime ». Ces concessions introduisent un effet accélérateur dans l'examen du litige et expliquent aussi en partie l'importance que le raisonnement de proportionnalité a acquise dans le système conventionnel.

¹²⁶ Nous verrons au ch. 5 que cette technique juridique est essentiellement importée en droit européen du contentieux en matière constitutionnelle, notamment en Allemagne.

¹²⁷ Dans le corpus considéré, peuvent être traitées comme « erreurs » du requérant : le non-établissement des faits (la charge de la preuve lui incombe), l'insuffisance du préjudice ou le non-établissement d'une ingérence (ou d'un risque d'ingérence), la formulation de requêtes qui ne tombent pas dans le domaine de l'art. 8, des erreurs matérielles ou des manœuvres dilatoires qui lui sont imputables ; y constituent des « erreurs » du gouvernement : l'absence de raisons fournies à l'appui d'une législation, l'absence de but légitime revendiqué, un défaut de justification concernant l'ingérence.

SYNTHÈSE.

Cette approche permet de rassembler quelques résultats intéressants. Tout d'abord, en nous situant du point de vue analytique de l'application d'un seul article de la Convention, nous rompons avec l'illusion d'une jurisprudence entièrement tournée vers la condamnation des Etats : ce ne sont pas 93% de chances, pour les requérants, de l'emporter devant la Cour de Strasbourg, mais 45% dans les « cas faciles »¹²⁸ et 64% en contexte d'incertitude (soit 53% de chances, pour un requérant, de l'emporter sur le terrain de l'art. 8 durant la période). Ensuite, l'omniprésence du « contrôle de proportionnalité », souvent décriée par la doctrine, n'est pas avérée dans ce corpus : il intervient dans 42% des arrêts.

Une dernière objection à l'hypothèse de la proportionnalité comme indice de l'importance épistémique d'une affaire concerne l'existence d'un classement, établi par les organes de Strasbourg, entre trois catégories d'arrêts selon leur « niveau d'importance » :

1 = Importance élevée, arrêts dont la Cour juge qu'ils apportent une importance contribution à l'évolution, la clarification ou la modification de sa jurisprudence, soit de manière générale, soit pour un Etat donné.

2 = Importance moyenne, arrêts qui n'apportent pas une contribution significative à la jurisprudence mais ne se bornent malgré tout pas à appliquer la jurisprudence existante.

3 = Faible importance, arrêts n'ayant qu'un faible intérêt juridique, c'est-à-dire ceux appliquant la jurisprudence existante, les règlements amiables et les radiations du rôle (sauf s'ils présentent un intérêt particulier).¹²⁹

Je n'utilise pas cet indice car il est, tout d'abord, synthétique : le degré d'importance peut être déterminé par le pays concerné ou par la matière (éventuellement l'interprétation de l'art. 6 dans une affaire comportant aussi des revendications au titre de l'art. 8). J'aurais, cependant, pu n'intégrer que des

¹²⁸ Soit les affaires dans lesquelles aucune décision n'a été rendue sur le terrain de l'art. 8 additionnées aux affaires dans lesquelles la Cour conclut à l'absence de violation (n=29) comparées aux affaires dans lesquelles elle conclut à l'existence d'une violation (n=102) contre les affaires dans lesquelles le requérant a obtenu la condamnation de l'Etat (n=108).

¹²⁹ Explications de la base de données HUDOC.

arrêts de niveau 1, quitte à effectuer un choix parmi ceux-ci, quoique j'aurais alors perdu l'élément d'objectivité qu'offre la restriction de l'analyse aux affaires jugées sous le régime de la proportionnalité. Mais surtout, l'indice développé par la Cour poursuit un objectif différent. Je ne traite pas, dans cette étude, de l'interprétation des droits de l'homme, mais du traitement des situations d'incertitude en la matière. Or une affaire peut être extrêmement importante sous cet angle, non parce qu'elle conduit la Cour à renverser sa jurisprudence, mais parce qu'elle la conduit à prendre position entre les « convictions » construites et assumées par les comparants en évaluant « la pertinence et la suffisance » de leurs raisons. Dans ce contexte, une décision conforme à une jurisprudence constante peut être plus significative qu'une décision qui procède à une innovation complète.

Ceci me conduit à une dernière remarque concernant les stratégies des comparants dans ce jeu de concessions qui leur permettent de situer le débat sur le terrain de la proportionnalité. Ni indice de la gravité d'une ingérence, ni indice de l'importance juridique d'une décision dans le système européen, la décision d'une affaire sous le régime de la proportionnalité constitue par contre un indice de la compétence des comparants. Pousser les juges à se prononcer sur la proportionnalité d'une ingérence sanctionne la réussite des comparants dans l'élaboration d'une stratégie par laquelle ils sont parvenus à conférer, qui à une revendication, qui à une pratique, un fort degré de vraisemblance ou de plausibilité dans le système européen. Le jeu de concessions réciproques sur l'établissement des faits, la légalité de l'ingérence ou la légitimité du but ne doit donc pas laisser penser à une forme de « coopération » entre les comparants (requérants et Etats défendeurs). Au contraire, elle est la marque de leur antagonisme, le gouvernement défendeur arguant notamment que les mesures litigieuses étaient parfaitement proportionnées au but d'intérêt général poursuivi et le requérant dénonçant au contraire leur caractère inutilement invasif. La proportionnalité constitue ainsi un point de cristallisation des conflits d'interprétation sur les droits de l'homme en Europe ; elle permet d'identifier, dans le corpus considéré, les situations dans lesquelles les juges européens se trouvent dans l'obligation de choisir entre des positions inconciliables. « L'incertitude » est maximale, tout comme la « crise de communication » entre débiteurs et bénéficiaires de droits.

Conclusion.

Le contrôle de proportionnalité (comme technique juridique), ou le contrôle de la « nécessité » d'une ingérence étatique dans l'exercice des droits de l'homme (comme moment de l'examen d'une requête par les juges européens), constitue un événement critique dans la « sociabilité » des acteurs de la protection des droits de l'homme en Europe. Il consacre la reconnaissance d'une « crise de communication » entre des interprétations antagonistes des droits de l'homme et contraint la Cour européenne à décider pour trancher « l'incertitude » (et non pas seulement pour sanctionner la conformité ou non d'un comportement). C'est là le principal résultat de ce chapitre : distinguer, dans un corpus de jurisprudence, un indice de l'importance épistémique d'une affaire. La suite de cette étude est consacrée à interroger la pertinence du « procès » pour gérer cette crise de la communication et de la sociabilité entre les participants aux débats sur les droits de l'homme en Europe.

J'ai défendu dans la première partie de ce chapitre que je m'inscris, ce faisant, dans un changement de paradigme dans la réflexion sur la « praticabilité » ou la rationalité d'un système de protection des droits de l'homme. L'objet d'une théorie des droits de l'homme, quel que soit le paradigme dans lequel nous nous plaçons, demeure – selon une citation précédente d'Habermas – « de fonder un système des droits qui mette en valeur, *de manière équilibrée*, l'autonomie privée et l'autonomie publique du citoyen ». Seulement, on peut opposer à ce niveau deux modèles, celui du *design* et celui de la communication, le modèle du droit comme instance de coercition ou de persuasion et le modèle du droit comme instance d'acculturation.

L'herméneutique juridique contemporaine accompagne ce changement de modèle, notamment dans la théorie de Robert Kolb, en se consacrant moins aux techniques d'interprétation qu'aux « opérations » et aux stratégies des acteurs qu'elles permettent à l'intérieur du système de droit compris comme système sémantique, comme un jeu marqué par l'opposition des significations qu'on peut accorder à une norme juridique. Cette approche non-formaliste de l'interprétation, notamment en situation de contentieux, signifie un changement dans la perspective adoptée sur le travail juridique : d'une part, elle intègre au processus herméneutique l'ensemble des « opérateurs juridiques » ; d'autre part, elle appréhende l'interprétation juridique dans sa fonction de

rationalisation d'une décision¹³⁰. Dans cette perspective, l'herméneutique juridique peut servir à la découverte du droit, mais elle est avant tout décrite dans sa fonction d'explicitation (c.-à.d. de justification et de communication) d'une opinion juridique, d'une conviction quant à la signification des droits¹³¹.

Ce changement de paradigme dans la définition du droit et la description de la pratique juridique ("*law as communication*") donne une esquisse des conditions de conciliation entre deux exigences apparemment contradictoires du procès en matière de droits de l'homme, à savoir son instrumentalisation maximale par les sujets de droit (par un recours plus fréquent et plus compétent à l'instance strasbourgeoise) et le développement d'une jurisprudence rationnelle (au sens où elle présente des qualités épistémiques suffisantes pour fonder un droit commun européen des droits de l'homme). Il s'agit maintenant de proposer un modèle dans lequel le « procès » peut être décrit comme une manière de gérer ainsi rationnellement à la fois l'opposition des revendications concurrentes en matière de droits de l'homme et la solution (même provisoire) à « l'incertitude » et à la « crise de communication » qu'elles impliquent. Cette réflexion sur l'épistémologie du procès doit donc proposer une réponse à deux questions concernant respectivement les qualités épistémiques d'une « bonne » conviction, d'une « bonne » revendication en matière de droits de l'homme et l'instauration d'un processus d'acculturation entre les participants.

¹³⁰ Robert Kolb décrit l'interprétation comme une élaboration de la décision au sein d'un dispositif discursif (un « habillage *a posteriori* »). L'interprétation au sens technique, à savoir dans sa fonction de *motivation*, peut ainsi se définir comme un « journal de l'interprète écrit *ex post* ». Voir Kolb, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., respectivement p. 116 et p. 169 ; v. aussi p. 919.

¹³¹ Kolb, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 655 : « les innombrables règles, maximes et techniques que l'interprète peut invoquer comme outillage argumentatif [lui servent pour] expliciter le raisonnement juridique et pratique qui le guide au résultat obtenu. »

Chapitre quatre. Monter des revendications à la communauté. Une épistémologie.

« Le savoir selon le sens commun veut dire le savoir que deux personnes ou plus doivent avoir en commun pour se comprendre, et non pas le savoir relatif à des choses communes¹. »

Dans les chapitres précédents, j'ai présenté comme une tension constitutive de la protection des droits fondamentaux en Europe sa forme conventionnelle et sa mise en œuvre contentieuse. Cette coïncidence des deux aspects principaux du système juridique issu de la Convention européenne est cohérente ; elle garantit même un système équilibré : les Etats ont choisi souverainement de souscrire à des engagements contraignants et de les rendre opposables devant une juridiction indépendante. Mais cette coïncidence nous conduit à envisager une logique des droits de l'homme qui semble hasardeuse : le développement et l'efficacité de l'instrument européen dépendent de son instrumentalisation maximale par les bénéficiaires de droits tandis que les juges européens ne peuvent ni juger des situations générales de violation, ni établir un "agenda" des développements souhaitables du droit européen des droits de l'homme.

L'expression des revendications individuelles constitue de cette manière le fondement de l'effectivité des droits fondamentaux au sein du Conseil de l'Europe. Attrait devant une cour de justice, mis en cause devant des juges indépendants, on ne peut certes pas dire que les Etats sont victimes d'un système qu'ils ont eux-mêmes instauré mais ils se trouvent contraints de répondre pied à pied, d'adopter au coup par coup des stratégies de défense

¹ Gardin, *La logique du plausible*, op. cit., p. 79-80.

efficaces pour justifier chaque ingérence alléguée. Le modèle de l'implémentation des droits de l'homme à l'échelle européenne repose ainsi sur la légitimation et l'exacerbation de l'expression des intérêts divergents des comparants.

J'ai identifié dans le chapitre précédent l'enjeu de rationalité du « procès » dans ce contexte : il réside dans sa capacité à constituer une instance de « contrôle social » suffisante pour faire de cette « crise de communication » un processus « d'acculturation » entre les participants aux débats sur les droits de l'homme en Europe, et non la fossoyeuse de toute « socialisation » entre eux. Cette conception du procès fait de « l'opposabilité » des droits de l'homme plus qu'une condition « positiviste » à leur effectivité ; elle participe d'un changement de paradigme dans notre conception du droit qui se traduit par une description de l'activité juridique comme activité langagière ou comme « communication ».

Ce changement de paradigme conduit, selon Jürgen Habermas, à traiter du système des droits de l'homme non plus dans la perspective d'une théorie du contrat, mais dans celle d'une théorie de la discussion². Le conflit, ou du moins la possibilité du conflit, occupe une place importante dans cette approche : dénué de fondement axiologique ou métaphysique, le droit se fonde en la matière sur notre capacité à nous en concevoir comme auteurs autant que comme destinataires³. Ce statut « d'auteur » se manifeste par des prises de position qui expriment des prétentions à la validité (des « convictions ») de la part des sujets de droit et la dissension, ou le conflit, sont les résultantes de cette activité communicationnelle. Habermas écrit : « *les risques de dissension qu'entraînent les prises de position par oui ou par non en réponse à des prétentions à la validité critiquables deviennent de plus en plus importants au cours de l'évolution sociale*⁴. » Le droit est donc, en quelque sorte, autant un vecteur de dissensions qu'un medium pour les contenir, ce dont témoigne l'institution des droits de l'homme au cours de « deux cents ans de développements constitutionnels en

² Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 214. Voir, dans un sens voisin, Attracta Ingram, *A Political Theory of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 119 : "I think that the process of rational deliberation that leads to principles of rights for self-governing beings is better represented as a social discourse than a social contract."

³ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 47-48.

⁴ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 39.

Europe⁵ ». Habermas se place dans une telle perspective rétrospective pour « reconstruire » rationnellement le système des droits de l'homme en adoptant « le point de vue d'un non-participant » (*supra*, ch. 3).

Le choix institutionnel d'un « contrôle social » de type contentieux pour garantir la « praticabilité » de la Convention européenne des droits de l'homme participe lui aussi de ce changement d'approche. Mais il nous engage à poser la question des conditions d'une discussion rationnelle sur les droits de l'homme en respectant le point de vue des participants, y-compris dans les stratégies qu'ils développent pour faire valoir leurs « convictions » sur toute conviction concurrente. Une telle approche nous conduit à envisager deux questions distinctes. Premièrement, *comment confère-t-on de la plausibilité à une « conviction » de manière à la rendre acceptable par les autres membres de la communauté ?* Deuxièmement, *comment décide-t-on, entre des « convictions » concurrentes, laquelle est valide ?* Ces deux questions représentent des enjeux du « procès » en matière de droits de l'homme pour tous les « opérateurs juridiques » à la Cour européenne, aussi bien les comparants que les juges. Avec, cependant, une articulation différente selon la position d'un « opérateur » dans le système européen : pour les juges, la seconde question paraît porter l'enjeu de rationalité (prendre une décision) et la première, l'enjeu stratégique (garantir son acceptabilité sociale) ; pour les comparants, la première semble porter, au contraire, l'enjeu de rationalité (se comporter en « producteur de raisons⁶ », prendre position dans le débat sur les droits de l'homme) et la seconde, l'enjeu stratégique (élaborer une stratégie de défense efficace grâce à une bonne connaissance du mode de contrôle des juges européens).

Mon propos dans ce chapitre consiste à défendre que cette approche des droits de l'homme en Europe du point de vue des participants engage une épistémologie qui articule ces deux conditions d'acceptabilité et de validité. *Cette épistémologie est « sociale »* parce qu'elle considère la « validité » d'une proposition comme la résultante d'une « adjudication rationnelle⁷ » par laquelle une « conviction » sera considérée non seulement comme « acceptable », mais

⁵ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 147.

⁶ Selon la désignation de Robert Brandom, cf. *supra*, ch. 3.

⁷ James B. Freeman, *Acceptable Premises. An Epistemic Approach to an Informal Logic Problem*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 29 (l'auteur parle plus spécifiquement d'un « rational adjudicator »).

aussi comme « justifiée » (*i.e.* rationnellement acceptable)⁸. Dans cette perspective, la « validité » n'apparaît pas comme une propriété de la proposition considérée, mais comme le résultat d'un processus visant établir une « présomption épistémique » favorable à telle « conviction » par rapport aux autres⁹. Illustrer cette épistémologie au niveau des débats sur les droits de l'homme permet de mettre en évidence l'élément de récursivité, ou la circularité, de ce processus « d'adjudication » : les juges européens cherchent à distinguer, parmi les « convictions » qui se présentent devant eux, celles qui sont « acceptables » (ou plausibles) et à évaluer ensuite laquelle bénéficie de la meilleure « présomption » de validité ; mais leur décision elle-même est redevable d'une évaluation rationnelle, elle doit elle-même paraître plausible et s'appuyer sur une garantie épistémique, un *warrant*. Du fait de cette circularité, toute « conviction » se trouvera définie d'un point de vue épistémologique comme une « croyance » :

Principles of presumption connect beliefs with the sources that generate those beliefs [...] For a belief to have warrant, then, it must be generated by a properly functioning belief-producing mechanism, operating in a proper cognitive environment, and engaged in or functioning to reach the truth.¹⁰

Même en substituant le terme de « justice » à celui de « vérité », le procès ne semble pas constituer a priori un environnement adéquat, ni la confrontation stratégique des revendications un mécanisme approprié, pour permettre une « génération » ou une « adjudication » rationnelles des croyances en matière de droits de l'homme. La troisième section de cette étude vise à défendre le choix institutionnel du « procès » contre cette objection d'irrationalité. Pour dire en un mot mon hypothèse à ce niveau : *l'activité juridique ne peut servir de source d'inspiration à l'approche épistémique de la validité (cf. « adjudication »¹¹) et se*

⁸ Freeman, *Acceptable Premises*, op. cit., p. 31 : “acceptability is not a monadic property of statements, but a relation, in fact a ternary relation between a statement, a person, and a point of time.”

⁹ Freeman, *Acceptable Premises*, op. cit., p. 32-33 : “The acceptability problem is not just one of properly defining “acceptability”, but of discovering how we may determine which claims are rationally acceptable or how we may justify judgments of acceptability.”

¹⁰ Freeman, *Acceptable Premises*, op. cit., p. 42-43.

¹¹ Voir aussi Nicholas Rescher, *Rationality: A Philosophical Inquiry into the Nature and Rationale of Reasons*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 49-50 (cité in Freeman, *Acceptable Premises*, op. cit., p. 19) : “A belief is justified *discursively* when there is some other pre-established belief on whose basis this belief is evidentially grounded [...] A belief is justified in this way when there is a *standing presumption* in its favour and no pre-established (rationally justified) reason that

trouver pourtant traitée comme une activité marginale ou irrationnelle de ce point de vue.

Dans ce chapitre, j'expose le modèle de la « communauté épistémique » (*infra*, 1) et interroge les conditions de sa transposition dans le contexte pratique par opposition au contexte scientifique (*infra*, 2). Je propose sur cette base une discussion de « l'opposabilité » des droits de l'homme devant un tribunal en prenant position dans le débat sur les modalités d'une « communauté épistémique » dans la pratique juridique internationale et la délibération judiciaire (*infra*, 3).

1. Des croyances individuelles à la connaissance : le modèle d'une « communauté épistémique ».

J'emploie ici le terme de « croyance » selon l'usage philosophique au XXe siècle. Cet usage renvoie cependant à une acception large de la croyance qui trouve son origine dans le concept d'opinion, ou *doxa*. Les débats philosophiques contemporains sur la « croyance » dont je fais état ici s'enracinent ainsi dans une longue tradition philosophique dont, notamment, le *Théétète* où Platon définit la connaissance comme « une opinion droite pourvue de raison » (201d). La philosophie, particulièrement aujourd'hui, trouve une robustesse à la « croyance » et lui attribue une dimension constitutive dans nos connaissances, en particulier scientifiques. Une notion, celle de « communauté épistémique », témoigne de cette bonne fortune. Au point que la croyance finit par apparaître comme un élément indissociable de toute activité rationnelle.

LE CONCEPT DE « CROYANCE » EN EPISTEMOLOGIE

Une telle approche de la croyance prend le contrepied de sa définition philosophique qui lui confère « une portée plus psychologique que logique¹² ». Il faut cependant bien partir de la croyance réduite à « un fait subjectif, un état d'âme individuel » si l'on veut interroger la possibilité de monter d'un tel état

stands in the way of its acceptance. Presumption is the epistemic analogue of "innocent until proven guilty".»

¹² Lalande, *Vocabulaire de la philosophie*, op. cit., p. 198 (art. « croyance »).

de conviction individuelle à un état de certitude objective. Une telle montée présuppose *un distinguo entre deux dimensions de la croyance, l'une subjective et psychologique, l'autre épistémique et propositionnelle.*

a. Un concept épistémique (vs. psychologique) de la « croyance ».

Bertrand Russell propose de définir la croyance 'psychologique' comme un état subjectif d'acquiescement ou de refus directement lié à une propension à agir dans un sens ou dans un autre. Il la présente comme « une réaction primitive » comme « le fait de se tenir prêt à toute action qui pourrait être appelée si ce qui est affirmé est un fait »¹³. Nul besoin de chercher un concept plus élaboré pour proposer sur cette base « une définition de 'vérité' et de 'fausseté'¹⁴ » :

Toute croyance qui n'est pas simplement une impulsion vers l'action est de la nature d'une image, combinée avec un sentiment de oui ou un sentiment de non ; dans le cas du sentiment de oui, elle est « vraie » s'il y a un fait [vérificateur] ; dans le cas d'un sentiment de non, elle est « vraie » s'il n'y a pas de fait tel. Une croyance qui n'est pas vraie est appelée « fausse ».¹⁵

Cette épistémologie repose sur l'idée que nous devons expliquer la connaissance en partant du point de vue de l'individu. Selon Russell en effet, « il n'existe aucune méthode qui permette de commencer par des données publiques accessibles à de nombreux observateurs¹⁶ ». Seulement, il apparaît rapidement qu'on ne peut définir la connaissance seulement comme l'ensemble des croyances individuelles attestées par un fait vérificateur. Soit l'exemple suivant de Russell : « Si vous regardez une horloge [...] arrêtée, et qu'il se trouve que vous la regardiez au moment où elle marque l'heure juste, vous aurez acquis une croyance vraie sur l'heure qu'il est, mais on ne peut dire en toute rigueur que vous en avez la connaissance¹⁷. » On peut cependant, d'un point de vue épistémologique, définir la connaissance comme le résultat d'une montée de la croyance individuelle à la certitude avérée. « La connaissance est une sous-classe

¹³ Bertrand Russell, *La connaissance humaine, sa portée et ses limites*, (1948), Paris, Vrin, 2002, p. 137.

¹⁴ Russell, *La connaissance humaine*, op. cit., p. 191.

¹⁵ Russell, *La connaissance humaine*, loc. cit.

¹⁶ Russell, *La connaissance humaine*, op. cit., p. 46.

¹⁷ Russell, *La connaissance humaine*, op. cit., p. 135.

de la classe des croyances vraies : tout cas de connaissance est un cas de croyance vraie, mais non l'inverse¹⁸. » Evidemment, pour le dire dans les termes mêmes de Russell, « *la question vraiment importante pour nous est de savoir ce qu'il faut ajouter à la vérité pour faire qu'une croyance soit un cas de 'connaissance'* »¹⁹.

La réponse à cette question n'est pas du ressort de la psychologie. En effet, tant que la croyance est prise comme un sentiment d'acquiescement dans le chef de l'individu, la différence entre vérité ou fausseté d'une croyance s'analyse uniquement en fonction du degré de certitude qu'il lui attache. Seulement, l'individu qui regarde au bon moment une horloge arrêtée est parfaitement certain de sa croyance qui, de plus, est « vraie ». Un critère psychologique ne permet donc pas de déterminer quelle sous-classe des croyances vraies désigne l'ensemble des connaissances. Par contre, la croyance individuelle peut être traitée sous l'angle propositionnel, c'est-à-dire comme une phrase par laquelle l'individu énonce sa certitude. De ce point de vue, la question du terme additionnel pour qu'une croyance vraie vaille comme connaissance devient une question de logique, à savoir celle des *raisons* sur lesquelles se fonde la certitude de l'individu. La qualité de ces raisons déterminera celle de la croyance vraie et sa qualification, ou non, comme connaissance.

b. La croyance comme contenu propositionnel

Cette approche n'est pas l'apanage du vingtième siècle, ni de l'empirisme de Russell. On trouve une illustration de la définition propositionnelle de la croyance à la fin de la de la *Critique de la raison pure*. Parlant de « principes » au fondement de la certitude du sujet, Emmanuel Kant distingue sur cette base la qualité de cette certitude, sa légitimité épistémique ; il définit la croyance d'un point de vue propositionnel comme un « tenir pour vrai » :

La croyance (*das Fürwahrhalten*) est un fait de notre entendement susceptible de reposer sur des principes objectifs, mais qui exige aussi des causes subjectives dans l'esprit de celui qui juge. Quand elle est valable pour chacun, en tant du moins qu'il a de la raison, son principe est objectivement suffisant et la

¹⁸ Russell, *La connaissance humaine*, op. cit., p. 191.

¹⁹ Russell, *La connaissance humaine*, op. cit., p. 534.

croissance se nomme *conviction*. Si elle n'a son fondement que dans la nature particulière du sujet, elle se nomme *persuasion*.²⁰

Le concept logique de « croyance » désigne une « attitude épistémique consistant à tenir une proposition P pour vraie avec certaines raisons à l'appui²¹ ». La croyance psychologique (subjective, individuelle) désigne une modalité de cette croyance (« je crois que... »), modalité que l'on peut considérer comme déficiente ou diminuée car je crois « sans posséder la preuve que P est vraie ». Dans ce cadre, il s'agit de savoir si l'on peut décrire le passage de cet état à celui de certitude en termes de montée doxastique, c'est-à-dire en termes d'amélioration de la qualité de la croyance. L'attitude propositionnelle « je sais que... », qui traduit l'état de connaissance, s'analyse-t-elle d'un point de vue logique comme un « je crois que... » augmenté ou qualifié ? La connaissance est-elle une autre variante de la « croyance » au sens logique, la certitude objective consistant à tenir une proposition P pour vraie et à avoir *en plus* la preuve que P est vraie ?

C'est là un problème important en philosophie depuis la question initiale d'Edmund Gettier²² : *Is Justified True Belief Knowledge?* Une fois admis qu'aucun contenu de croyance faux ne saurait valoir comme connaissance²³, cette question implique de faire de la *justification* l'instance susceptible d'améliorer le statut épistémique d'une croyance. Cela n'équivaut pas à nier toute différence entre croyance et connaissance²⁴ mais, même en admettant que des distinctions opportunes peuvent être opérées, il s'agit de considérer la croyance comme un terme générique pour désigner une attitude

²⁰ Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, (1787), Paris, PUF, coll. "Quadrige", 1993, « théorie transcendantale de la méthode », ch. 2, 3e section, p. 551.

²¹ Voir, pour tout le paragraphe, Robert Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999, art. « croyance » et « modalité épistémique ».

²² Edmund L. Gettier, "Is Justified True Belief Knowledge?", *Analysis*, vol. 23-n° 6, 1963 ; traduction en français par Julien Dutant in Julien Dutant, Pascal Engel, *Philosophie de la connaissance. Croyance, connaissance, justification*, Paris, Vrin, 2005, p. 43-46.

²³ Conformément à l'axiome d'infailibilité du savoir en logique épistémique : « si je sais que P, alors P. Autrement dit, on ne peut savoir quelque chose de faux » (Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, op. cit., art. « modalité épistémique »).

²⁴ Parmi les débats autour du problème de Gettier, une question revient sans cesse, à savoir si l'on peut réduire la connaissance à une croyance justifiée. Certains refusent l'identification en faisant valoir la dimension intentionnelle de la croyance contre la dimension objective de la vérité ; d'autres la refusent en considérant que croire et connaître correspondent à des compétences cognitives distinctes.

propositionnelle (un « tenir pour vrai », « *Fürwahrhalten* », « *holding true* ») dont l'intensité varie en fonction du degré de justification d'un énoncé²⁵. Dans cette perspective, la connaissance peut être traitée comme un cas limite où la croyance est parfaitement justifiée. Seulement, en admettant que la connaissance figure ainsi le *telos*, « le but épistémique de toute élaboration de propositions doxastiques particulières²⁶ », la justification semble appelée à ne jouer qu'un rôle transitoire ou adjuvant. Le propre d'une connaissance, c'est-à-dire d'une croyance parfaitement rationnelle, ne serait-il pas de se passer de justification ?

c. *Un concept propédeutique (vs. heuristique) de la justification.*

La réponse affirmative à cette question repose sur une conception heuristique de la justification ; en effet, tant que nous considérons la justification comme un moyen d'atteindre la connaissance, la définition de la connaissance comme but de l'activité cognitive ne peut l'inclure comme une clause nécessaire²⁷. Mais cette conception renvoie à une définition de la connaissance comme une réalité épistémique objective qu'il faudrait 'atteindre' par l'un ou l'autre moyen contingent. Dans ce cadre, la justification, comme tout autre moyen, se trouve dénié une fonction logique dans la détermination de ce qui vaut comme connaissance.

Or, si la vérité ne suffit pas à caractériser la connaissance, l'affirmation d'un caractère ancillaire de la justification implique la négation d'une approche épistémique (*i.e.* d'une épistémologie fondée sur la « croyance »). Le « ce qu'il faut ajouter à la vérité pour faire qu'une croyance soit un cas de 'connaissance' » de Russell suppose en effet un rôle constitutif, une fonction logique de la justification (en admettant que ce soit là le troisième terme recherché). La possibilité que certains contenus propositionnels vrais puissent valoir par eux-

²⁵ Voir Pascal Engel, "Believing, Holding True and Accepting", *Philosophical Explorations*, vol. 1-n° 2, 1998, p. 150 : "there [are] various kinds of attitudes related to belief: belief itself, holding true, assenting [...] and pragmatic acceptance." Voir aussi : Eric Schwitzgebel, "Belief", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/belief/>> : "Contemporary analytic philosophers of mind generally use the term "belief" to refer to the attitude we have, roughly, whenever we take something to be the case or regard it as true. [...] Most contemporary philosophers characterize belief as a "propositional attitude"."

²⁶ Crispin Sartwell, "Why Knowledge is merely True Belief", *The Journal of Philosophy*, vol. 89-n° 4, 1992, p. 167.

²⁷ Sartwell, "Why Knowledge...", *op. cit.*, p. 174 : "if justification is demanded because it is instrumental to true belief, it cannot also be maintained that knowledge is justified true belief."

mêmes, être évidents au sens qu'ils reposent sur des « principes objectifs » tout en se passant de justification (ou d'un quelconque troisième terme), semble contredire ce qui précède. La proposition « $2+2=4$ » démontre-t-elle l'inanité d'une épistémologie fondée sur la croyance ?

L'existence (ou sa possibilité) de propositions dont la vérité est évidente ne vaut pas nécessairement comme une objection dirimante à la définition de la connaissance en partant des contenus de croyance individuels. D'une certaine manière, « il y a quelque chose de bizarre à concevoir que p soit une connaissance bien que personne ne la connaisse réellement²⁸ » ; dès lors que le contenu d'une proposition ne puisse pas être faux ne suffit pas à considérer cette proposition comme un exemple de connaissance évidente ou « objective ». Incidemment, on peut se demander s'il existe un tel type de « connaissance objective » ou s'il concerne autre chose que des tautologies. De fait, la « connaissance objective », si on ne peut en exclure la possibilité, ne peut valoir comme un idéal mais comme une limite, comme « une zone grise de la métropole épistémologique²⁹ ». Du point de vue de la « métropole épistémologique », la justification ne peut être reléguée au rang de moyen simplement parce que, ponctuellement, on pourrait en faire l'économie ; elle doit, au contraire, être considérée comme une troisième condition nécessaire pour parler de « connaissance » : non seulement l'agent épistémique doit former une *croyance*, mais cette croyance doit être *vraie* et elle doit pouvoir être *justifiée*.

Par le besoin de justification, l'épistémologie des croyances nous inscrit non sur le versant heuristique, mais sur le versant propédeutique de l'activité cognitive : il ne s'agit pas d'*invention*, mais de *présentation* d'un contenu de croyance tenu pour vrai. Cette « présentation » est un élément essentiel dans l'élaboration collective de la connaissance ; « justifier » ne consiste pas seulement à divulguer mais bien à exposer une croyance à l'évaluation critique des tiers. L'idée, même 'vraie', n'est pas connaissance avant cette phase de rationalisation ; la fonction logique de la justification dans l'élaboration des connaissances tient à cette explicitation des fondements rationnels d'une croyance vraie. La connaissance

²⁸ Graham Dawson, "Justified True Belief is Knowledge", *The Philosophical Quarterly*, vol. 31-n° 125, 1981, p. 319.

²⁹ Dawson, "Justified True Belief...", loc. cit.: "I think that the wisest course is [...] to see true propositions which, while they are not actually believed, would command the assent of anyone with the requisite background knowledge, as a twilight zone of the epistemological metropolis."

peut être dite « objective » dans le sens où « elle peut être atteinte par la justification, après examen et débat publics, d'une hypothèse qui était jusqu'alors seulement crue par son promoteur³⁰ ». Graham Dawson propose une version modeste de cette conception en arguant simplement qu'il existe sans doute, à côté des connaissances évidentes évoquées précédemment, des connaissances qui ne peuvent être atteintes que de cette manière. Dans cette version prudente, la montée doxastique de la croyance individuelle à la connaissance commune via un processus d'amélioration (la justification) – *i.e.* « cette définition de la connaissance [...] comme une croyance plus quelque chose d'autre » – permet « de rendre justice » à *une* façon d'aboutir à la connaissance³¹.

LA COMMUNAUTE EPISTEMIQUE ENTRE LES « CROYANTS »

Cette façon d'aboutir à la connaissance par d'un processus d'appropriation collective des croyances est développée à travers une définition de la « métropole épistémologique » en termes de « communauté épistémique ». Deux enjeux distincts se posent à ce niveau : premièrement, celui de la délimitation de la « communauté épistémique » ; deuxièmement, celui de l'agrégation des croyances individuelles au niveau collectif.

a. Délimiter la « communauté épistémique ».

En 1980, Bas van Fraassen emploie la notion de « communauté épistémique » dans son ouvrage intitulé *The Scientific Image*. Elle désigne la classe des êtres capables de « connaître ». Empiriquement, cette classe se limite au genre humain mais on peut l'imaginer élargie. Cette ouverture fait de la « communauté épistémique » une communauté *de droit*, et non *de fait* :

At present, we count the human race as the epistemic community to which we belong; but this race may mutate, or that community may be increased by adding other animals (terrestrial or extra-terrestrial) through relevant ideological or moral decisions ('to count them as persons').³²

³⁰ Dawson, "Justified True Belief...", op. cit., p. 318.

³¹ Dawson, "Justified True Belief...", op. cit., p. 319.

³² Bas Van Fraassen, *The Scientific Image*, (1980), Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 18.

Au regard de cette description, la définition de la « communauté épistémique » ne repose pas sur des critères empiriques ; celle-ci affirme bel et bien son caractère philosophique. Seulement, il ne semble pas souhaitable d'aborder la notion de « communauté épistémique » du point de vue de son extension. A la fin de la citation précédente, ce point de vue semble en effet la présenter comme une forme de communauté morale par rapport à laquelle l'inclusion ou l'exclusion se décident selon des critères éthiques. Or une telle approche nous accule, à tout le moins, à des dilemmes à propos de la correspondance entre les deux communautés, humaine et épistémique, et révèle aussi le caractère arbitraire de tout critère d'appartenance³³.

Une approche cherchant à définir la communauté épistémique du seul point de vue épistémologique semble plus rigoureuse. Dans cette perspective, le concept de « croyance » acquiert une importance toute particulière car il sert de principe d'appartenance à la communauté épistémique :

Correlative to discussions of the relation between a theory and the world is the question what it is to accept a scientific theory. This question has an epistemic dimension (how much belief is involved in theory acceptance?) and also a pragmatic one (what else is involved besides belief?).³⁴

We have so far divided detectors into two classes, those which are potential believers and those which are not. For convenience label the former 'smart detectors', the latter 'dumb detectors'. The only smart detectors we know of are human beings and possibly some higher animals.³⁵

Au regard de ces deux citations, s'il ne peut y avoir de « communauté épistémique » qu'entre ceux qui sont « capables de former des croyances » (*potential believers*), la « croyance » seule ne peut être un critère de rationalité : non seulement, il ne suffit pas de croire pour savoir mais les croyances seront, selon toute vraisemblance, multiples et contradictoires. Ceci nous renseigne sur un aspect au moins de la « communauté épistémique », à savoir qu'elle ne peut

³³ Faut-il considérer tout membre de la communauté épistémique comme membre de la communauté humaine ? Faut-il exclure de la communauté humaine (i.e. renoncer à voir comme « personne ») ceux qui n'appartiennent pas (ou plus) à la communauté épistémique ? (Par ex.)

³⁴ Van Fraassen, *The Scientific Image*, op. cit., p. 4.

³⁵ William Seager, "Scientific Anti-Realism and the Epistemic Community", *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 182.

reposer sur un critère statique. Par exemple, on ne peut présumer que seront membres de cette communauté ceux-là seuls qui partageront une même croyance ou des croyances compatibles entre elles. Du point de vue de Bas van Fraassen, la « communauté épistémique » se définit au contraire en fonction d'un critère dynamique, à savoir « l'acceptation » d'une théorie scientifique qui recouvre à la fois la « croyance » partagée en son adéquation aux phénomènes observables et « l'engagement » dans un « programme de recherche » destiné à « continuer le dialogue avec la nature dans le cadre d'un schème conceptuel plutôt qu'un autre »³⁶. Ce principe « d'acceptation » est contrebalancé par un autre critère permettant de définir la communauté épistémique : « l'interrelation³⁷ ». De ce point de vue, la « croyance » est non seulement une compétence cognitive, mais aussi relationnelle. Si certains animaux semblent former des croyances, ils sont néanmoins dépourvus de cette dernière compétence, à tout le moins avec nous, êtres humains, qui sommes membres de plein droit de la communauté épistémique ; par conséquent, ils ne peuvent être présumés y appartenir³⁸. Les formes d'interrelation qui permettent de caractériser sous cet angle l'appartenance à la communauté épistémique sont, selon William Seager, nombreuses : « se faire des comptes-rendus les uns aux autres, mener des expériences en commun, faire des conjectures, formuler des réfutations, etc.³⁹ »

Cette conception nous renseigne sur la manière dont nous pouvons caractériser ce que pourrait être une croyance qualifiée au niveau collectif ; autrement dit, une *croyance rationnelle* serait :

1. une croyance augmentée d'un accord sur des réquisits de validité (le « schème conceptuel ») qui s'imposent à toute théorie visant à emporter l'adhésion des autres membres de la communauté (« acceptation ») ;

³⁶ Van Fraassen, *The Scientific Image*, op. cit., p. 12.

³⁷ J'utilise le terme « interrelation » pour désigner la composante relationnelle au fondement de la communauté épistémique. William Seager emploie le verbe anglais « to interact » pour caractériser empiriquement le type de relations entre les membres de la communauté, mais le terme « interrelation » me semble approprié s'agissant des principes constitutifs de la communauté épistémique ; les relations empiriques (interactions) sont envisagées plus loin.

³⁸ Seager, "Scientific Anti-Realism...", loc. cit.: "There is a question with regard to animals as to whether or not they are smart detectors, since they do not interact with us in ways that unambiguously reveal the answer."

³⁹ Seager, "Scientific Anti-Realism...", loc. cit.

2. incluse dans un réseau discursif fait de conjectures, réfutations, etc. La croyance qualifiée ne saurait être réduite à un contenu de pensée subjectif ; elle est assimilable, au contraire, à un *jugement* car elle présente indubitablement une structure et une prétention à la validité (« interrelation »).

En d'autres termes, le modèle de la « communauté épistémique » nous invite à postuler qu'une « croyance » peut être rationnelle si et seulement si elle peut être communiquée, amendée, évaluée et s'agréger à d'autres croyances. Penser la « communauté épistémique » consiste donc à déterminer les conditions d'appropriation collective des contenus de croyance individuels. S'agit-il d'une agrégation simple ou bien qualitative des croyances ? La « connaissance » partagée au sein de la communauté épistémique ne serait-elle le fruit que d'une *concaténation gradualiste* des croyances acceptées ou bien « l'acceptation » désigne-t-elle une instance évaluatrice au regard de laquelle une croyance doit subir un *saut qualitatif* pour être réputée rationnelle ?

b. L'agrégation des croyances, un enjeu « saltationniste »

Ludwik Fleck défend la thèse selon laquelle la validité d'un concept scientifique est indissociable du contexte et de l'histoire qui ont présidé à son élaboration (« il n'y a pas de *generatio spontanea* des concepts⁴⁰ »). Dans le cas de la syphilis, il affirme que « seule une communauté organisée de chercheurs, soutenue par un savoir populaire, et sur plusieurs générations⁴¹ » pouvait établir une nosologie complète de la maladie. Cet exemple montre que l'attention au fonctionnement concret de la communauté des chercheurs est un enjeu majeur pour toute théorie de la connaissance : « toute théorie de la connaissance qui ne pratique pas l'analyse historique comparative n'est qu'un vain jeu de mots, une *epistemologia imaginabilis*⁴². »

Toute « entreprise scientifique » est formellement « structure sociale », « travail collectif », « division du travail », « travail en commun », « travail préparatoire », « échange contradictoire d'idées⁴³ », etc. Mais Fleck attire notre

⁴⁰ Ludwik Fleck, *Genèse et développement d'un fait scientifique*, (1935), Paris, Les Belles Lettres, Médecine et sciences humaines, 2005, p. 44.

⁴¹ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 46.

⁴² Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 44.

⁴³ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 78.

attention sur le fait que cette dimension sociale n'est pas seulement accidentelle ; elle détermine au contraire la possibilité même de toute connaissance scientifique : « L'acte cognitif est l'activité humaine la plus conditionnée qui soit par le social, et la connaissance est tout simplement une création sociale⁴⁴. » Le caractère social de la connaissance touche au contenu des idées scientifiques. L'acceptation d'une théorie ainsi que l'interrelation entre les chercheurs ont donc une incidence qualitative sur les jugements formulés individuellement ou sur les croyances soumises à l'examen des pairs. L'agrégation des croyances ou idées scientifiques désigne ainsi un enjeu saltationniste. Fleck décrit ce saut comme une forme de dépossession :

Les idées circulent d'un individu à un autre, en se transformant un peu à chaque fois puisque chacun des individus les enrichit d'autres associations. [...] A qui appartient l'idée qui continue de circuler ? Comme il s'agit d'une idée collective, elle n'appartient à aucun individu. [...] Après une série de tours dans la société, une connaissance revient souvent complètement transformée vers le premier auteur – et lui aussi, il la perçoit alors totalement différemment, ne la reconnaît plus comme sienne [...].⁴⁵

Anne Fagot-Largeault propose de penser cette « construction intersubjective de l'objectivité scientifique » à travers un triptyque d'origine kantienne, à savoir les concepts de « communauté », de « commerce » et de « coordination »⁴⁶. Les deux premiers termes du triptyque vont ensemble et recouvrent ce que Kant désigne comme une équivocité de la notion de « communauté » entre un sens dynamique désignant une « communauté d'action » (*commercium*, interaction) et un sens statique désignant la « communauté locale » (*communio spatii*, coexistence). Le philosophe allemand précise que cette dernière ne peut être connue empiriquement qu'en partant des interactions qui seules fondent une « communauté réelle »⁴⁷. Le troisième membre du triptyque que distingue Anne Fagot-Largeault (la « coordination », *Gleichordnung*) mérite une attention particulière. Cette détermination serait redondante par rapport à celle d'interaction (*commercium*) si elle désignait seulement le fait que les parties de la

⁴⁴ Fleck, *Genèse et développement*, loc. cit.

⁴⁵ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 79.

⁴⁶ Daniel Andler, Anne Fagot-Largeault, Bertrand Saint-Sernin, *Philosophie des sciences*, Paris, Folio, coll. "folio essais", vol. 1, 2002, , p. 131, 146-148.

⁴⁷ Eisler, *Kant-Lexikon*, , voir les articles « commerce » et « communauté », p. 160-164.

communauté « ne se déterminent pas *dans un seul sens* [...] mais *récioproquement* »⁴⁸. Elle devient bien plus significative dès lors qu'on considère qu'elle forme comme une clause juridique conférant au modèle d'une communauté épistémique un statut *de droit*. Dans la perspective kantienne, un tel statut garantit l'existence d'une communauté véritable (non fictive)⁴⁹ ; surtout, et c'est ce que nous retiendrons, opposée à la « subordination » (*Unterordnung*), la « coordination » stipule que les membres de la communauté sont « soumis à des lois communes » et à un « juge commun »⁵⁰. Le principe « d'interrelation » au fondement de la communauté épistémique étant largement caractérisé à travers les deux premiers membres du triptyque, pouvons-nous lire le second principe, celui « d'acceptation », comme figurant ce « juge commun », c'est-à-dire la soumission des membres de la communauté épistémique à une forme commune d'adjudication de la validité des croyances individuelles ?

La philosophie des sciences contemporaine reconnaît que l'idée « d'acceptation » (*lato sensu*) atteste de l'existence et du fonctionnement d'un « travail coopératif des chercheurs » constitutif d'une communauté, d'un « collectif »⁵¹. Les « croyances » ou « idées » individuelles se trouvant qualifiées comme savoir ou connaissance seulement au terme de cette interaction, « l'objectivité scientifique » en désigne à la fois le résultat et le processus ; elle désigne *in fine* un jugement constant, celui de la communauté scientifique, sur l'ensemble des croyances des chercheurs. Ceci ne lève en aucun cas les difficultés épistémologiques : la « croyance » globale doit elle-même être susceptible d'examen, tout en conservant un surcroît de validité du fait qu'elle est passée sous les fourches caudines du processus tout entier ; entre « la pente dogmatique des conjectures irréfutables » et « la pente relativiste des visions du monde »⁵², la ligne de crête est étroite et l'enjeu saltationniste engage la question même de la rationalité scientifique.

⁴⁸ Kant, *Critique de la raison pure*, Analytique transcendantale, §11 (cité in Andler, Fagot-Largeault, Saint-Sernin, *Philosophie des sciences*, op. cit., p. 146).

⁴⁹ « L'état de communauté [...] ne peut jamais être pensé comme originaire, mais doit (par un acte juridique externe) être acquis » (cité in Eisler, *Kant-Lexikon*, op. cit., p. 163).

⁵⁰ Kant, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, §41, op. cit., p. 120.

⁵¹ Andler, Fagot-Largeault, Saint-Sernin, *Philosophie des sciences*, op. cit., p. 129.

⁵² Andler, Fagot-Largeault, Saint-Sernin, *Philosophie des sciences*, op. cit., p. 131.

Du point de vue philosophique, l'alternative entre dogmatisme et relativisme pose la question de la validité du jugement global porté sur les croyances et de la légitimité de leur « adjudication rationnelle » par la communauté. Abordée du point de vue du fonctionnement concret de la « communauté épistémique », il s'agit là d'une question parfaitement ouverte :

Il reste à élucider comment un collectif interactif de chercheurs dont on ne présuppose pas qu'ils sont individuellement bons, ni qu'ils sont entièrement rationnels, relativisé à une communauté humaine dont le fonctionnement ne saurait être supposé parfait, accouche d'une connaissance rationnelle, c'est-à-dire, d'une « science de la nature » à peu près cohérente.⁵³

Cet extrait montre combien le modèle de la communauté épistémique est en réalité ambivalent vis-à-vis de la question de son ancrage dans la réalité sociale et dans les pratiques scientifiques. D'un côté, il tire sa pertinence épistémologique du caractère idéal de la communauté, de sa dimension *de droit* ou normative⁵⁴. De l'autre, le modèle d'une communauté épistémique appelle la référence à une communauté réelle des chercheurs pour ne pas perdre toute valeur explicative. Une telle référence, même nécessaire, ne tend-t-elle pas à faire de la « communauté » non plus un modèle épistémologique, mais un modèle sociologique ?

L'enjeu saltationniste relatif à l'agrégation des croyances au sein d'une communauté de chercheurs a un effet paradoxal. Il désigne l'idée d'une modification qualitative des croyances qui conditionne leur validation ou qualification au titre de connaissances. Ainsi, par la référence à la communauté, la croyance est sanctionnée rationnellement. Seulement, cette « adjudication rationnelle » implique une transformation de la croyance à travers son appropriation, dans une communauté empirique, par les acteurs de cette communauté. Il semblerait que cette question de l'appropriation effective conditionnant « l'adjudication rationnelle » des croyances nous condamne ou

⁵³ Andler, Fagot-Largeault, Saint-Sernin, *Philosophie des sciences*, loc. cit.

⁵⁴ "The ideal epistemic community is made up of fully rational and also sincere members, that is, creatures who never attempt to deceive one another. I will also assume that the members are fully aware of one another's epistemic abilities-the sorts of beliefs that they would acquire in given evidential situations and that they know what epistemic situation they are actually in. (This last condition is particularly ideal, but *I am more interested in the epistemic principles relating the members of the community to each other than those relating them to the world.*") (Seager, "Scientific Anti-Realism...", loc. cit.; je souligne).

bien à faire de l'acceptation de la communauté un concept empirique, ou bien à lui conserver sa valeur normative mais au prix d'une délimitation empirique de la communauté. C'est-à-dire que nous serions pris dans l'alternative suivante : soit tout ce qui serait accepté vaudrait comme vérité scientifique, soit seules les éminences institutionnelles d'une discipline auraient voix au chapitre. Dans un cas, l'idée d'une construction sociale de la connaissance reposerait sur une pétition de principe⁵⁵. Dans l'autre cas, la philosophie des sciences semblerait vouée à s'effacer au profit d'une approche sociologique.

Tel fut, au demeurant, le terrain sur lequel l'ouvrage de Ludwik Fleck fut initialement reçu⁵⁶. Sa définition de la connaissance comme un construit social au sein d'un « collectif de pensée », ainsi que certains développements accordant à l'approche historique ou à la méthode sociologique un rôle déterminant pour la théorie de la connaissance, entretiennent l'ambiguïté, voire semblent sceller la dimension empirique de la communauté des savants. Son « collectif de pensée » constitue donc un concept clé pour répondre à la question philosophique de la dimension normative, *de droit*, ou simplement descriptive, *de fait*, de la « communauté épistémique ».

LA « COMMUNAUTE EPISTEMIQUE »,
COMMUNAUTE IDEALE OU EMPIRIQUE ?

La réception de l'ouvrage de Ludwik Fleck nous intéresse car elle pose une alternative à la « communauté épistémique », à savoir s'il s'agit d'un modèle pour la sociologie ou pour la philosophie des sciences. Deux éléments dans la réflexion du penseur polonais, le « collectif de pensée » et la « communauté officielle » permettent d'affirmer l'appartenance de ce modèle à l'épistémologie. Elles permettent aussi de penser l'articulation entre contraintes épistémiques et contraintes institutionnelles dans la constitution d'une « science ».

⁵⁵ Qu'une connaissance soit une croyance socialement acceptée ne signifie pas que tout ce qui est collectivement admis ou partagé constitue une connaissance.

⁵⁶ Cf. Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. x, p. xxxix-xl (préface d'Ilana Löwy).

a. Le « collectif de pensée ».

Montrer « à quel point la structure de la fabrique du savoir et de sa distribution s'identifie à des *processus sociaux*⁵⁷ », c'est-à-dire donner une « explication sociale⁵⁸ » de la science, ne signifie pas nécessairement faire une sociologie des connaissances scientifiques. Certes, Fleck étudie la constitution du savoir dans des branches spécialisées de la médecine et particulièrement au sein de « collectifs de pensée » restreints, hautement spécialisés, formant des réseaux parfaitement intégrés⁵⁹. La différence avec une approche strictement sociologique des sciences apparaît néanmoins dans la généralisation qu'il opère à partir de l'observation de tels « collectifs de pensée » particuliers. Fleck pense repérer, « dans d'autres domaines du savoir », un « mouvement identique » à cette intégration progressive du réseau des chercheurs, désignée sous le thème d'un « assujettissement au collectif de pensée » allant croissant. Par conséquent, le fait de « [tenir] pour établi que la science est une activité sociale, historiquement située, et qu'elle doit être comprise en relation avec les *contextes* dans lesquels elle apparaît⁶⁰ » tient lieu de programme pour une philosophie de la connaissance scientifique.

Dans la postface qu'il consacre à l'édition française de *Genèse et développement d'un fait scientifique*, Bruno Latour défend la thèse que l'entreprise de Fleck constitue non pas une incursion dans la sociologie des sciences mais un déplacement, à l'intérieur de l'épistémologie, de la distinction entre éléments adjuvants et éléments perturbateurs de la découverte scientifique :

Au lieu de mettre le monde social au débit et les faits empiriques au crédit de la connaissance objective, Fleck élabore une comptabilité tout à fait différente en mettant au crédit ce qu'il appelle les « liens actifs » et au débit les « liens passifs » : le collectif est toujours présent, toujours nécessaire, mais la nuance

⁵⁷ Steven Shapin, *La révolution scientifique*, (1996), Paris, Flammarion, coll. "nouvelle bibliothèque scientifique", 1998, p. 21.

⁵⁸ Cf. Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 253 (postface de Bruno Latour).

⁵⁹ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 145-146 : « Si l'on compare la description de l'histoire de syphilis avec celle de la réaction de Wassermann, on remarque alors que cette dernière requiert l'emploi d'un nombre beaucoup plus grand d'expressions techniques. Une plus grande formation préalable – c'est-à-dire des suggestions d'experts beaucoup plus nombreuses – est nécessaire [...] Dans le même temps, nous nous sommes rapprochés des sujets en possession de ce savoir collectivement ou individuellement. »

⁶⁰ Shapin, *La révolution scientifique*, op. cit., p. 20.

que l'on va d'habitude chercher dans « la » différence entre rationnel et irrationnel se trouve dans « les » différences entre activités et passivités.⁶¹

L'idée de « collectif de pensée », ou celle de « communauté épistémique », désigne la socialisation de l'individu comme le cadre indépassable de l'épistémologie⁶². La théorie de la connaissance se trouve commise de sortir des triades traditionnelles (sujet-objet-entendement, sujet-objet-perception) pour s'attacher à une nouvelle triade sujet-objet-« état du savoir⁶³ ». Nous restons pleinement sur le terrain philosophique car le coût de cette substitution est conceptuel : l'index de validité d'une croyance n'est plus sa *vérité objective* au sens de sa correspondance non faussée à la réalité empirique, mais sa *certitude avérée* au sens d'une corroboration collective de la croyance individuelle par sa confrontation au « réseau en constante fluctuation que l'on nomme réalité ou vérité⁶⁴ », réseau de nature éminemment sociale.

Fleck plaide que ce déplacement conceptuel n'implique ni scepticisme, ni relativisme : « la vérité n'est pas une convention » ; « la vérité n'est pas 'relative' [...] Elle est toujours ou presque toujours entièrement déterminée à l'intérieur d'un style de pensée »⁶⁵. L'approche épistémologique fondée sur le modèle de la communauté épistémique n'entend donc pas renoncer à la vérité ou à la validité des théories scientifiques mais les requalifie comme des jugements d'évaluation portés sur des hypothèses ou propositions scientifiques particulières. Cette requalification de la vérité a deux conséquences.

La première est sans conteste à mettre au crédit du modèle de la communauté épistémique : sa requalification permet de conserver au concept de vérité sa valeur de sanction rationnelle des idées scientifiques ; un tel concept de vérité préserve du scepticisme car il soumet toute croyance à un régime commun d'évaluation que Fleck appelle « le jugement de véracité⁶⁶ ». Mais ce « jugement

⁶¹ Cf. Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 257 (postface de Bruno Latour).

⁶² Jean-François Braunstein, "Deux philosophies de la médecine: Canguilhem et Fleck", Anne Fagot-Largeault, et al., *Philosophie et médecine. En hommage à Georges Canguilhem*, Paris, Vrin, 2008, p. 71-72.

⁶³ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 72-73.

⁶⁴ Cf. Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 258 (postface de Bruno Latour, citation attribuée à Fleck).

⁶⁵ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 174-175.

⁶⁶ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 52.

de vérité » de la communauté implique une deuxième conséquence qui, de fait, semble conférer un sens relativiste au modèle de la communauté épistémique : on ne saurait, en effet, prétendre poser aucun « jugement général de vérité » abstrait du point de vue du « collectif de pensée »⁶⁷. On peut pourtant interpréter cette thèse de Fleck dans un sens rationaliste.

Pour une raison pragmatique, tout d'abord, dans la mesure où ce refus d'un « jugement général de vérité » interdit à toute communauté épistémique *de fait* de se poser en adjudicateur de la rationalité des idées scientifiques passées ou à venir : la clause de spécificité du jugement de vérité impose une prudence et une modestie épistémiques qui permettent de conserver aux idées du passé leur fonction heuristique dans la formation des idées présentes ; on peut étendre le propos en soulignant que cette suspension du jugement de vérité contrarie la constitution de dogmes scientifiques pour le futur. Mais la thèse de Fleck sur le caractère communautaire du « jugement de vérité » est rationaliste aussi pour des raisons épistémologiques. Premièrement, ce caractère communautaire pose des contraintes de validité sur les croyances individuelles : par exemple, de deux hypothèses concurrentes, nous pouvons considérer la première « comme juste » et la seconde « comme fausse » si « la première [possède] un lien unique (ou presque unique) avec un collectif de pensée, lien qui [manque] à la seconde. [Ou si la] première, contrairement à la seconde, [apparaît] comme le point de convergence de lignes de développement de plusieurs représentations collectives⁶⁸ ». Deuxièmement, le « jugement de vérité », quoique communautaire, n'est pas relativiste car la sanction rationnelle du degré de vérité (la certitude, la vérité) d'un énoncé ne dépend pas empiriquement de la communauté mais des « faits » dont cet énoncé rend compte : ainsi, ce sont les propriétés des faits (leur stabilité, leur interconnexion) qui déterminent le statut épistémique des croyances évaluées par le « collectif de pensée ».

Le modèle de la communauté épistémique ne fait donc pas de l'acceptation des croyances un concept empirique, dépendant de la constitution du collectif. « L'acceptation » de la communauté est contrainte par les « faits »⁶⁹ ; c'est un

⁶⁷ Fleck, *Genèse et développement*, loc. cit.

⁶⁸ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 75.

⁶⁹ Ceci pose un principe externaliste de vérification des croyances. Voir la définition de la vérité donnée par Bertrand Russell dans ce cadre : « La vérité consiste en une certaine relation entre une croyance et un ou plusieurs faits autres que la croyance. Quand cette relation est absente, la croyance est fausse. [...] Mais ce qui n'est pas évident est la nature de la relation impliquée entre

concept logique, non pas psychologique. Vérité, savoir, connaissance sont déterminés par la qualité des faits, non par la qualité des membres de la communauté :

[...] chaque découverte recrée véritablement l'ensemble du monde formé par un collectif de pensée.

C'est ainsi que se constitue un système de faits universellement interconnectés, maintenant son équilibre grâce à des interactions continues. Cet entrelacs serré confère au « monde des faits » une constance massive et éveille le sentiment d'une réalité fixe, de l'existence indépendante d'un monde. Moins le système de savoirs est interconnecté, plus il apparaît comme magique, moins sa réalité semble stable, plus elle semble encline aux miracles.⁷⁰

Certaines formulations dans l'ouvrage de Ludwik Fleck semblent contredire cette lecture. Par exemple, lorsqu'il définit « le collectif de pensée comme la communauté des personnes qui échangent des idées ou qui interagissent intellectuellement ». Ou bien, lorsqu'il écrit que « l'étude de la manière dont les hypothèses se transforment [...] oblige à l'utilisation d'une méthode sociologique dans la théorie de la connaissance ». Ces deux affirmations scellent-elles une contradiction inhérente au modèle d'une communauté épistémique ?

b. La « communauté officielle ».

On peut distinguer deux éléments de réponse à l'objection selon laquelle le modèle de la « communauté épistémique » ne pourrait prétendre avoir de valeur épistémologique car une telle communauté se réduirait nécessairement à une communauté de fait, sans valeur normative ou rationnelle.

Un premier élément de réponse consiste à passer outre la réduction du « collectif de pensée » à une « communauté de personnes ». Bien entendu, un collectif, une communauté sont composés de personnes ou d'individus. Mais ce n'est pas là la *ratio legis* de la communauté épistémique. Fleck l'indique sans ambiguïté lorsqu'il distingue entre « communauté de pensée » (terme général) et « communauté officielle » (terme particulier) : l'appartenance à une communauté de pensée dépend d'un critère *de droit* à la différence de

la croyance et le fait, ou la définition du fait possible qui rendra vraie une croyance donnée » (Russell, *La connaissance humaine*, , p. 186).

⁷⁰ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 179.

l'appartenance à une communauté officielle. S'agissant de religion, par exemple, le sentiment religieux s'opposera sous ce rapport à la profession de foi⁷¹ ; l'hérétique sera, s'il est croyant, membre de la communauté de pensée tandis que le bigot superstitieux sera, au plus, membre passif de la communauté officielle⁷². Le « collectif de pensée » désigne la communauté *de droit*, non la communauté *de fait* ou « officielle ».

La théorie de la connaissance s'occupe de distinguer les conditions d'existence d'une telle communauté *de droit* entre les scientifiques ; elle n'est pas exclusive de la communauté *de fait* mais seules les conditions normatives de l'activité scientifique permettent de distinguer le scientifique comme un membre actif de la « communauté officielle » et, partant, comme un membre du « collectif de pensée » (et non comme un bigot pseudo-scientifique⁷³). La science se révèle spécifique à cet égard. Dans la religion, la communauté *de fait* ne pourra jamais excéder les limites de la communauté officielle ; le critère normatif fixant l'appartenance à la collectivité au sens empirique est institutionnel (la profession de foi). En science au contraire, la collectivité empirique des chercheurs épouse idéalement les contours du « collectif de pensée » ; le critère d'appartenance est déterminé en référence à une « structure de pensée », il est rationnel en ce sens. La figure repoussoir change d'un camp à l'autre : pour la religion, l'hérétique est par définition exclu de la communauté réelle des fidèles tandis que les bigots (sous la figure du « débutant » ou bien du « charlatan »⁷⁴) ne peuvent prétendre appartenir à la communauté des savants.

⁷¹ Voir Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 180 : « La communauté de pensée ne coïncide pas totalement avec la communauté officielle : tous les véritables croyants appartiennent au collectif de pensée d'une religion, alors que la communauté officielle de la religion est constituée par ceux qui y sont formellement acceptés, sans considération pour leur structure de pensée. On peut appartenir au collectif de pensée d'une religion sans être formellement accepté dans la communauté, et réciproquement. »

⁷² La dogmatique chrétienne est déclarative : elle fixe ce qui ne peut pas être dit sous peine d'excommunication ; de fait, on peut être hérétique et néanmoins croyant, par exemple en disant que « Jésus a été baptisé comme n'importe quel chrétien » (doctrine adoptianiste). Voir Richard E. Rubenstein, *Le jour où Jésus devint Dieu*, (2000), Paris, La Découverte, 2004, p. 256.

⁷³ Pour reprendre la formule d'un éditorial du *New-York Times* critiquant certains usages sociaux des tests ADN ("Pseudoscientific Bigotry in France", *The New York Times*, New York, October 21, 2007).

⁷⁴ A propos du « débutant », voir Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 113 et 98 : « L'introduction didactique, ou qui fait autorité, n'est pas [...] totalement rationnelle [...] Toute introduction d'un domaine du savoir passe par une période pendant laquelle l'enseignement purement dogmatique domine. » Pour le « charlatan », voir *infra*.

Le deuxième élément de réponse tient à la méthode qui permet au théoricien des sciences d'appliquer ces principes d'appartenance et de caractériser de manière empirique la communauté des savants dont l'acceptation vaut « jugement de véracité ». Cette méthode n'est pas sociologique si on entend par là seulement la recension des individus occupant une position institutionnelle quelconque dans la profession. Cette méthode est historique car il importe de déterminer un « état du savoir » dont le contenu est le résultat d'une généalogie des idées depuis un stade où elles entretiennent seulement des relations confuses jusqu'à un stade « où tout concorde remarquablement », où chacune est marquée par la « clarté » que lui confère la possibilité de la ramener à un système de représentation qui forme une « structure de pensée » commune, encore qualifiée de « style de pensée » ou « état d'esprit »⁷⁵.

Un tel état de fixation du savoir préfigure une nouvelle étape dans le développement historique de la science car la clarté des concepts est bientôt supplantée par l'observation « des exceptions [qui] commencent à se manifester⁷⁶ ». Chaque état de fixation du savoir constitue ainsi à la fois un « événement » et une étape dans la généalogie des concepts formant l'histoire de la pensée scientifique. La caractérisation empirique du « collectif de pensée » à un moment donné ne contrevient pas aux principes normatifs énoncés précédemment : le théoricien de la connaissance peut identifier empiriquement un tel collectif et le distinguer des autres en caractérisant une « structure de pensée » commune à partir des éléments sur la base desquels se manifeste un accord, une « adhésion » des membres de la communauté à un même « état d'esprit ». La méthode historique vise à caractériser ces éléments d'accord. Elle est essentielle car elle permet la distinction entre science et pseudoscience, rationalité et irrationalité, ce qu'illustre le cas du « charlatan ». A l'opposé de l'hérétique qui est excommunié par les instances ecclésiastiques, le charlatan n'est pas défini comme celui qui se trouve exclu par les tenants de positions institutionnelles à l'intérieur d'un style de pensée. Qu'Albert Einstein rencontrât des difficultés à trouver une position académique ne signifie pas qu'il fût un « charlatan ». Au sens de Fleck, les éléments d'accord caractéristiques

⁷⁵ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 23, 69 et 164

⁷⁶ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 23.

d'un « style de pensée » permettent de distinguer les charlatans ou pseudo-scientifiques par « leur manque d'adhésion à l'état d'esprit collectif⁷⁷ ».

Pour le dire en un mot, la théorie de la connaissance n'est pas réductible à une sociologie des institutions scientifiques. La méthode empirique, qu'on la nomme histoire ou sociologie, sert seulement à objectiver les éléments épistémiques sur lesquels les membres d'une communauté s'accordent et qui déterminent de manière normative les conditions de son acceptation, de ses « jugements de véracité ». Ceci permet de conserver au « collectif de pensée » sa dimension *de droit* même si une théorie de la connaissance doit le caractériser de manière empirique comme une communauté *de fait* si elle ne veut pas se résumer à une « *epistemologia imaginabilis* ».

SYNTHESE SUR LA NOTION DE
« COMMUNAUTE EPISTEMIQUE »

A l'exemple du « collectif de pensée », l'approche historique ou généalogique de la connaissance se présente comme une voie de conciliation entre la dimension idéale, ou *de droit*, et la dimension empirique, ou *de fait*, de la communauté épistémique. Pour conclure sur cette tension, je propose de retenir trois idées de cette conception généalogique de la connaissance :

1. premièrement, « l'acceptation » n'est pas un concept empirique car le modèle de la communauté est un modèle de la contrainte épistémique : une idée sera acceptée si elle « exerce sur la pensée la plus grande force de contrainte possible tout en permettant le moins d'arbitraire de pensée possible⁷⁸ ». *L'acceptation sanctionne la conformité d'une croyance ou d'une idée à un style de pensée, non l'existence d'une convention entre les membres du collectif de pensée ;*

⁷⁷ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 173 : « [...] de petites communautés [...] conservent de manière inchangée un vieux style de pensée. Il existe ainsi, encore aujourd'hui, des astrologues et des magiciens : des individus originaux [...] qui deviennent des charlatans à cause de leur manque d'adhésion à l'état d'esprit collectif. »

⁷⁸ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 171. Voir, dans le même sens, p. 165 : « L'objectif général du travail de cognition est donc : *la plus grande contrainte de pensée avec un minimum d'arbitraire de pensée.* » Nous sommes bien dans l'ordre de la contrainte, voire de la nécessité (p. 76-77) : « Bien qu'un collectif de pensée soit composé d'individus, il n'est pas la simple somme de ces derniers. L'individu n'a jamais, ou presque jamais, la conscience du style de pensée collectif qui, presque toujours, exerce une contrainte absolue sur sa pensée, contrainte à laquelle il est tout simplement impossible de résister. »

2. deuxièmement, la caractérisation empirique de la communauté sur la base d'éléments d'accord entre ses membres permet de conserver à l'acceptation du collectif de pensée la dimension d'une évaluation objective des croyances ou idées individuelles. *La notion d'acceptation est un terme générique qui recouvre un ensemble d'opérations par lesquelles les idées sont reliées entre elles jusqu'à former un système (un « état d'esprit » ou une « structure de pensée ») ;*

3. troisièmement, cette approche permet la distinction entre différents états épistémiques dont la vérité ou la certitude objective représentent le stade final, ce qui explique que « beaucoup d'idées apparaissent bien avant leurs fondements rationnels et de manière totalement indépendante de ces derniers⁷⁹ ». *A travers les opérations ou modalités d'évaluation d'une idée, l'épistémologie se définit en quelque sorte comme l'étude de la consolidation des faits⁸⁰, la connaissance scientifique se situant entre le « contexte de découverte⁸¹ » et le fait parfaitement consolidé⁸².*

⁷⁹ Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 23.

⁸⁰ Voir Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 1 : « Qu'est-ce qu'un fait ? Il est opposé aux théories éphémères en ce qu'il serait solidement établi, durable, indépendant de l'opinion subjective du chercheur. Il est le but de toute science ; la critique des méthodes utilisées pour l'établir constitue l'objet de la théorie de la connaissance. »

⁸¹ Je fais référence ici à la dichotomie cardinale thématisée par Hans Reichenbach entre « contexte de découverte » et « contexte de justification ». Voir Hans Reichenbach, *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*, (1938), Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2006, ch. 1: "The way, for instance, in which a mathematician publishes a new demonstration, or a physicist his logical reasoning in the foundation of a new theory, would almost correspond to our concept of rational reconstruction; and the well-known difference between the thinker's way of finding this theorem and his way of presenting it before a public may illustrate the difference in question. I shall introduce the terms *context of discovery* and *context of justification* to mark this distinction. Then we have to say that epistemology is only occupied in constructing the context of justification." Il faut cependant être prudent dans la mesure où Reichenbach et Fleck entendent différemment le terme de « découverte » ; du point de vue de l'auteur polonais, il faudrait certainement comprendre « contexte d'expérimentation ». Selon J.-F. Braunstein, l'importance de l'histoire chez Fleck démontre son intérêt pour le « contexte de découverte » contre la seule « légitimation scientifique » (Braunstein, "Deux philosophies de la médecine...", op. cit., p. 65.) ; mais la distinction m'importe surtout pour désigner l'opposition entre les modalités préscientifiques d'émergence d'une idée et ses « fondements rationnels ».

⁸² Ludwik Fleck décrit le « fait scientifique » comme un état épistémique transitoire entre l'expérimentation et la trivialisat on (ou dogmatisme). Voir Fleck, *Genèse et développement*, op. cit., p. 151, p. 2 et p. 62 : « [Les] premières expérimentations [sont] non reproductibles, et cependant elles [ont] toutes une immense valeur heuristique » ; « un fait [...] devenu évident, [...] ne représente plus aucun savoir » ; « un [...] système imprégné d'un style fermé sur lui-même

2. Une « communauté épistémique » aussi pour la délibération ? Une épistémologie pour le « domaine de l'argumentation ».

Le modèle de la « communauté épistémique » permet de penser la connaissance scientifique en conciliant deux exigences qui peuvent sembler contradictoires, à savoir l'exigence d'une « adjudication rationnelle » des contenus de croyance individuels, des « prétentions à la validité », d'une part, et, d'autre part, l'exigence d'une attention portée au développement des sciences, dont la dimension institutionnelle des interactions entre les savants. Ce modèle aborde, d'une certaine manière, la question de la rationalité des connaissances en adoptant *le point de vue d'un participant*. La question se pose cependant de sa transposition possible au domaine juridique, en particulier pour proposer une épistémologie des débats sur les droits de l'homme en Europe.

DISCIPLINES DESCRIPTIVES VS. DISCIPLINES NORMATIVES

L'ancrage du modèle de la « communauté épistémique » dans un concept aussi commun que le concept de « croyance » incite à des transpositions hardies : si je « crois » qu'il est 11h15 en regardant une horloge (éventuellement arrêtée) ou si je « crois » que la syphilis est une affection bactérienne, je « crois » aussi qu'il n'y a pas de démocratie sans respect des droits de l'homme tout comme je « crois » que le droit au respect de ma vie privée et de ma correspondance s'applique aux emails échangés avec des collègues de bureau. Le modèle d'une « communauté épistémique » semble autoriser de telles transpositions car il demande essentiellement, pour acquérir le statut de « participant », la capacité de former des croyances et de les communiquer. La distinction entre le domaine de la « connaissance » scientifique et le domaine du droit ou de la délibération tiendrait-elle uniquement à la différence entre les contraintes épistémiques qui s'exercent sur les « croyances » pour qu'elles puissent être qualifiées de « rationnelles » dans ces domaines ?

Le motif traditionnel en philosophie à l'opposition entre les domaines scientifique et pratique est un motif heuristique : « savoir » et « juger » mobiliseraient des compétences intellectuelles distinctes, la raison et la volonté,

n'est plus immédiatement accessible à l'innovation ; il interprétera tout conformément au style. »

et seraient, par-là, irréductibles. C'est la tâche d'une philosophie cognitive d'interroger la pertinence de cette distinction (mise à mal par les développements des sciences cognitives). Mais l'indifférence relative du modèle de la communauté épistémique au « contexte de découverte » (point de vue heuristique) pour privilégier le « contexte de justification » (point de vue propédeutique) permet d'envisager une *épistémologie pratique* qui n'est pas suspendue à la résolution de ce "conflit des facultés" intellectuelles⁸³.

Le traitement de la « justification » dans ce cadre accrédite cette hypothèse. L'intégration croissante d'une croyance individuelle au savoir partagé au sein d'une communauté épistémique conduit à considérer comme allant de soi la réponse à la question : "why do we want to have adequate grounds? Why do we want to be in a strong position?" Du point de vue de la conception heuristique de la justification, cette question est vide de sens⁸⁴ ; du point de vue de sa conception épistémique ou propédeutique au contraire, elle invite à considérer la justification comme déterminante pour garantir le succès d'une croyance individuelle conditionnant à la fois sa *présence* dans le débat scientifique et aussi *l'appartenance* de son promoteur à la communauté épistémique. La citation suivante résume le statut de la justification dans le modèle de la communauté épistémique :

Claiming to know is found to presuppose criteria of adjudication, for it is a social, rule-governed activity. It is not suggested that such criteria need be ultimate or universal; perhaps they are only provisional and piecemeal, varying from one society or field of knowledge to another. The essential point is that the justification of a claim to know is never the tracing of an epistemological family tree, the discovery of a source, but rather the critical approval of the claim in terms of public, or objective, criteria.⁸⁵

Justifier une croyance vise à la rendre présente dans la communauté épistémique, non à en retracer la genèse. La conception épistémique de la

⁸³ Chaïm Perelman parle lui de « psychologie des facultés » (Chaïm Perelman, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 24).

⁸⁴ Crispin Sartwell pose la question précédente pour l'invalider comme suit : "In fact, we cannot even specify what it is to have adequate grounds except that these grounds tend to establish that the proposition in question is true; we cannot even specify what it is to be in a strong position except as being in a strong position to get the truth" (Sartwell, "Why Knowledge...", op. cit., p. 175).

⁸⁵ Dawson, "Justified True Belief...", op. cit., p. 318.

justification ne cherche pas un point de vue génétique sur la connaissance ; elle ne présuppose pas d'isomorphie entre la justification et les processus qui sous-tendent la découverte. Il y a là un motif fort de transposition du modèle de la « communauté épistémique » au domaine du droit et de la délibération pratique : l'herméneutique juridique contemporaine ne dit pas autre chose lorsqu'elle insiste sur la fonction des techniques d'interprétation dans la « *rationalisation* » d'une décision. L'analyse de l'usage des techniques d'interprétation par un opérateur juridique y est réputée nous donner accès à un « journal de l'interprète écrit *ex post* », voire seulement à un « habillage *a posteriori* » ou à un « outillage argumentatif »⁸⁶. En tout état de cause, dans l'un et l'autre domaine, la pratique scientifique ou la motivation judiciaire, le postulat heuristique d'une correspondance ou d'une isomorphie entre les opérations de découverte (opérations de pensée) et les opérations de justification (opérations discursives) est abandonné.

C'est à ce niveau, cependant, qu'on rencontre peut-être l'objection la plus forte à une « épistémologie pratique » ou « sociale » sur la base d'une transposition du modèle de la « communauté épistémique » au domaine du droit et de la délibération. Car, que ce soit en herméneutique ou en théorie des sciences (au sens large), centrer l'attention sur les *opérations* par lesquelles les praticiens mettent leurs « convictions » ou leurs « croyances » à l'épreuve de la communauté impose de mener une réflexion sur la valeur des *méthodes* propres à chaque discipline, méthodes qui permettent d'explicitier la manière dont chaque communauté gère l'incertitude *de jure* (selon nature des contraintes épistémiques propres à chaque domaine) ou *de facto* (selon le fonctionnement concret des échanges, dont la dimension institutionnelle). Or, les méthodes de la science diffèrent radicalement à ce niveau des méthodes du droit ou de toute autre discipline normative.

On tend à opposer les deux domaines sur la question de l'évidence. En réalité, le modèle de la « communauté épistémique » permet de dépasser ce critère, soit en le réduisant à des formes de raisonnement (les règles de raisonnement de la logique formelle), soit en le relativisant à un cas-limite de l'acceptation collective d'une croyance (qui désigne aussi une clôture de la communauté épistémique sur elle-même). La différence entre la démarche scientifique et la démarche délibérative ne se joue pas à ce niveau : le droit connaît aussi ses « évidences »,

⁸⁶ Kolb, *Interprétation et création du droit international*, p. 116, 169, 655 (cf. ch. 3, *in fine*).

soit par la soumission aux règles fondamentales de la logique (le principe de non-contradiction, par ex.), soit par l'explicitation de prémisses du raisonnement acceptées par tous les membres de la communauté juridique (les valeurs communes ou les « lieux »). La notion « d'évidence » permet par conséquent de distinguer un fonctionnement analogue des sciences et du droit, à savoir gérer l'incertitude relative à la valeur d'une « croyance » entre les deux extrêmes de l'idiosyncrasie (la croyance pour soi seul) et de la trivialité (la croyance de tous). Ces extrêmes figurent une situation marginale qui emporte potentiellement la négation d'une communauté épistémique *de droit* : sous les deux régimes de la « singularité » ou de la « normalité », l'évidence nie le besoin de justification et, donc, d'une « communauté épistémique »⁸⁷. Le travail « d'adjudication rationnelle » d'une croyance se situe dans cet entre-deux ; les méthodes de la science et du droit s'opposent à ce niveau.

La science, en effet, entretient un rapport à la réalité qui tend à la réduction de l'incertitude par la référence à des grandeurs objectivables : on va chercher à calculer la probabilité d'un événement, la sensibilité ou la spécificité d'un diagnostic, l'efficacité d'un traitement ou l'efficience d'une pratique, etc. Par ces méthodes de calcul (modélisation, statistiques, probabilités, etc.), le scientifique se distingue par la quête d'une sanction quantitative selon des modalités épistémiques propres à chaque science : le physicien recherche une loi (*i.e.* une mesure et une reproductibilité des phénomènes), le biologiste recherche une structure (biologie moléculaire ou cellulaire, biologie synthétique) ou des régularités du vivant (taxinomie ou anatomie, biologie évolutive) et le médecin expérimental recherche des signes pathognomoniques (plutôt que simplement une étiologie de la maladie) ou une estimation de l'efficacité des traitements par des essais cliniques (méthode dite "*Evidence Based*")⁸⁸. Certaines sciences sociales s'attachent à développer des méthodes par lesquelles elles peuvent se rapprocher de tels critères de scientificité, pensons à l'économie (calcul des utilités ou des préférences, calculs d'efficience), à la démographie ou à certaines méthodes de la

⁸⁷ Charles Sanders Peirce, "Comment se fixe la croyance (1877)", *Textes anticartésiens*, Paris, Aubier, 1984, p. 277 : « Un homme peut parcourir la vie en détournant systématiquement ses regards de tout ce qui pourrait amener un changement dans ses opinions [...] Il ne se propose pas d'être rationnel. » La « normalité » hors contexte épistémique peut être vue comme l'analogie sociale de l'attitude « singulariste » que Peirce caractérise comme une « méthode de ténacité » pour fixer la croyance, méthode qui « ne se propose pas » d'être rationnelle.

⁸⁸ Je m'inspire sur ces points des travaux d'Anne Fagot-Largeault sur le diagnostic médical (cf. Anne Fagot-Largeault, *Médecine et philosophie*, Paris, PUF, 2009, à paraître) et de son cours au Collège de France sur « l'ontologie du devenir » entre 2007 et 2009.

sociologie. En sciences humaines, des démarches dans le sens d'un développement de la « mesure » existent aussi (l'analyse de discours, par ex.). Dans le domaine de la décision ou dans le domaine académique, une tendance à la mesure se manifeste dans le développement « d'indicateurs » afin d'évaluer, par un classement (*ranking*), qui la rationalité d'un choix de politique publique ou d'une pratique, qui la qualité d'une publication (dans le cadre d'une méta-analyse de la littérature dans un domaine)⁸⁹.

Le droit ou les pratiques délibératives ne se fondent pas sur des méthodes analogues ; le traitement de l'incertitude dans ces domaines ne désigne pas (ou rarement⁹⁰) une démarche statistique, probabiliste ou modélisatrice mais repose tout entier sur des évaluations et des interprétations. Les problèmes auxquels se trouvent confrontés les juges européens dont j'ai choisi de considérer l'activité dans cette étude sont des problèmes sémantiques ; ils portent sur le degré de « plausibilité » ou de « vraisemblance » qu'on peut accorder à une « croyance » ou à une « conviction » dans un système d'évaluations normatives, croyance ou conviction qui s'élabore sur la base d'une interprétation des droits.

Poser la question de la pertinence épistémique dans un tel contexte dépasse, comme enjeu philosophique, le seul domaine juridique. On peut en distinguer deux branches principales, une branche des pratiques, où il s'agit de questionner la rationalité ou la « praticabilité » des choix et des décisions en contexte d'incertitude et une branche des théories, où il s'agit de questionner la validité des « constructions de sciences humaines⁹¹ » au titre desquelles on peut compter – pour ce qui concerne cette étude – les théories philosophiques des droits de

⁸⁹ La pratique d'une instance d'aide à la décision publique telle que la Haute Autorité de Santé est illustrative de ces problématiques. Elle a instauré en juillet 2008 une Commission d'évaluation économique et de santé publique dont la charge consiste à évaluer des choix de politique de santé en fonction de critères d'efficacité et d'équité. Dans son fonctionnement, la Commission rencontre deux problématiques récurrentes : premièrement, évaluer la pertinence des indicateurs qui fondent tout calcul d'efficacité ; deuxièmement, évaluer la pertinence des publications sur la base desquelles fonder l'évaluation, notamment des aspects sociaux ou éthiques d'une politique de santé. Le développement d'un *ranking* des pratiques ou de la littérature n'apparaît pas, de ce point de vue, comme un enjeu de classement des praticiens ou des chercheurs (ce qui peut être un enjeu pour la communauté empirique ou « officielle ») mais un enjeu relatif à l'orientation et à l'amélioration des pratiques ainsi qu'à l'intégration des problématiques sociales ou éthiques dans l'évaluation médico-économique (ce qui est un enjeu pour la communauté épistémique, de rationalité des pratiques ou de validité des publications).

⁹⁰ Cf. *infra*, ch. 5, la méthode *Law & Economics* où le juge recherche une « optimalité » en s'inspirant des méthodes de calcul économique.

⁹¹ Gardin, *La logique du plausible*, op. cit., p. 82.

l'homme, les théories des relations internationales, les théories du droit, ou la doctrine juridique. Je traite, dans cette étude, de la première branche de cette alternative encore que les deux sont liées car elles partagent un enjeu épistémologique commun⁹². Cet enjeu touche à la qualité d'une « croyance » lorsqu'on ne peut l'asseoir sur des quantifications, mais seulement sur des arguments fondés sur une interprétation ou une évaluation normative (selon le souhaitable, le préférable, le raisonnable, etc.).

C'est le projet d'une théorie de l'argumentation que de démontrer le caractère rationnel de la confrontation des contenus propositionnels dont l'individu revendique la validité dans ce contexte (qu'on les nomme croyances, jugements, convictions ou opinions). Ce projet repose sur une forme de présomption en faveur de la transposition possible du modèle de la « communauté épistémique » au domaine de la délibération (*“good arguments are analogous to justified beliefs”*⁹³) et il se traduit par une délimitation du « domaine de l'argumentation [comme] celui du vraisemblable, du plausible, du probable, dans la mesure où ce dernier échappe aux certitudes du calcul⁹⁴ ». La question qui se pose à cet égard touche à la possibilité de fonder sur la notion « d'acceptabilité » collective d'une conviction individuelle ou « d'adhésion », le modèle d'une « adjudication rationnelle » des arguments fondés sur des évaluations qualitatives d'une situation. Cette problématique engage la tension fondamentale à toute « communauté épistémique » entre les dimensions empirique, ou *de fait*, et rationnelle, ou *de droit*, d'une montée doxastique par laquelle une croyance individuelle se trouve admise, ou rejetée, collectivement. La théorie de l'argumentation peut-elle, à l'instar du modèle de la « communauté épistémique », revendiquer la valeur d'une épistémologie des raisonnements pratiques ?

⁹² Cf. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, op. cit., p. 230 : “What is essential is that epistemically also the legal scholar is bound to the same type of factors as is the person applying the law.”

⁹³ Richard Feldman, “good arguments” in Schmidt (Ss. Dir.), *Socializing Epistemology. The Social Dimensions of Knowledge*, p. 159.

⁹⁴ Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, (1958), Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 1.

L'APORIE DE « L'AUDITOIRE »
COMME CRITERE DE RATIONALITE :

Dans le *Traité de l'argumentation* publié en 1958, Chaïm Perelman poursuit le projet, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, d'établir le caractère rationnel de la confrontation d'arguments lorsque l'incertitude ne peut être tranchée par la référence à des grandeurs quantitatives. Ce faisant, la « Nouvelle Rhétorique » accorde une importance déterminante à l'instauration d'une relation épistémique entre un « orateur » et son « auditoire », relation fondée sur la reconnaissance collective de la plausibilité d'une opinion par rapport aux opinions concurrentes :

La théorie de l'argumentation ne peut se développer si toute preuve est conçue comme une réduction à l'évidence. En effet, l'objet de cette théorie est l'étude des techniques discursives permettant *de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses que l'on présente à leur assentiment*⁹⁵.

Perelman reprend à cet égard, *mutatis mutandis*, la distinction de Kant entre « persuader » et « convaincre » (*supra*) : la relation épistémique entre un orateur et son auditoire sera fondée de manière objective et rationnelle s'il parvient à le *convaincre* du bien fondé de ses « thèses » tandis que toute autre forme de fondement subjectif sera traitée en termes de *persuasion*. Seule la « conviction » atteste d'une justification rationnelle des croyances et d'une forme de connaissance alors que la « persuasion » désigne une croyance fondée sur des jugements de valeur ou une disposition à l'action. Mais cette distinction reste problématique⁹⁶ et le critère de « l'adhésion » qui les regroupe constitue un terme générique commode.

Ceci nous engage cependant à reconnaître une ambivalence dans le *Traité de l'argumentation* entre cette approche générique, centrée sur les opérations ou « techniques discursives », et l'ambition philosophique d'une théorie de la rationalité dans les situations où il se révèle indispensable d'argumenter. La tension épistémique entre dimension rationnelle, ou *de droit*, et dimension empirique, ou *de fait*, de « l'adhésion » se traduit dès lors très tôt par une forme

⁹⁵ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 5.

⁹⁶ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p36 : « Les critères par lesquels on croit pouvoir séparer conviction et persuasion sont toujours fondés sur une décision qui prétend isoler d'un ensemble, ensemble de procédés, ensemble de facultés, certains éléments que l'on considère comme rationnels. »

de postulat méthodologique tendant à distinguer « les aspects du raisonnement relatifs à la vérité et ceux qui sont relatifs à l'adhésion⁹⁷ » : « *Il ne faudrait pas [...] que l'adhésion de l'interlocuteur ait été obtenue uniquement grâce à la supériorité dialectique de l'orateur*⁹⁸ ».

Cette traduction de la tension constitutive du modèle de la « communauté épistémique » à travers l'opposition entre « vérité » et « efficacité » des arguments conditionne la possibilité d'une « théorie de l'argumentation ayant une portée philosophique⁹⁹ ». Perelman consacre la première partie du *Traité* à poser ainsi les « cadres de l'argumentation », c'est-à-dire à présenter au lecteur un modèle philosophique de l'argumentation : dans « le domaine du vraisemblable, du plausible, du probable¹⁰⁰ », l'orateur doit réaliser une « communauté des esprits effective¹⁰¹ » avec son auditoire sur la base d'accords épistémiques (des « croyances »¹⁰²) dans le cadre d'une démarche rationnelle (« la recherche d'une objectivité¹⁰³ »). Dans ce modèle, l'efficacité dialectique ne peut avoir de valeur que subsidiaire par rapport au « caractère rationnel » d'une argumentation. Ici se trouvent les limites de « l'adaptation de l'orateur à son auditoire » (§5) :

L'orateur est libre, lorsqu'il ne pourrait le faire efficacement que d'une façon qui lui répugne, de renoncer à persuader un auditoire déterminé : il ne faut pas croire qu'il soit toujours honorable, en cette matière, ni de réussir, ni même de se le proposer.¹⁰⁴

Pour qui se préoccupe du résultat, persuader est plus que convaincre [...] Par contre, pour qui est préoccupé du caractère rationnel de l'adhésion, convaincre est plus que persuader.¹⁰⁵

⁹⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 5.

⁹⁸ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 49.

⁹⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 1.

¹⁰¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 18.

¹⁰² Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 37 : « La conviction et la persuasion sont, pour Kant, deux espèces de croyance [objective et subjective]. »

¹⁰³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁴ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 32.

¹⁰⁵ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 35.

Ce modèle philosophique de l'argumentation vaut comme situation idéale pour toutes les interactions discursives, y compris face à un seul auditeur (§8) ou face à soi-même (§9). Cette situation idéale est celle où l'adhésion de l'auditoire vaut sanction de la validité des arguments et le modèle philosophique de l'argumentation, c'est l'argumentation philosophique (§7) ou le philosophe argumentant (du moins tel qu'il « prétend » argumenter) :

l'auditoire universel [est la] norme de l'argumentation objective, le partenaire du dialogue [c.-à-d. aussi tous les auditoires particuliers] et l'individu délibérant avec lui-même n'en étant que des incarnations toujours précaires. [...] Les philosophes prétendent toujours s'adresser à un pareil auditoire, non pas parce qu'ils espèrent obtenir le consentement effectif de tous les hommes [...] mais parce qu'ils croient que tous ceux qui comprendront leurs raisons ne pourront qu'adhérer à leurs conclusions. *L'accord d'un auditoire universel n'est donc pas une question de fait, mais de droit.*¹⁰⁶

Cette identification de l'argumentation rationnelle et de l'argumentation philosophique, de « l'auditoire universel » et de « l'auditoire des philosophes » est problématique à plusieurs niveaux mais ce qui m'intéresse dans cette étude, c'est de savoir si l'introduction d'une contrainte telle que « l'auditoire universel » peut guider l'orateur à travers cette obligation posée précédemment de privilégier, lorsque cela est nécessaire, la vérité sur l'efficacité d'une argumentation. Deux interprétations possibles de « l'auditoire universel » s'opposent à cet égard.

Si l'on considère que celui-ci constitue un « principe régulateur », c'est-à-dire qu'il se laisse caractériser par abstraction des caractéristiques empiriques de tous les « auditoires particuliers », l'orateur ne tendra-t-il pas à considérer comme seul auditoire un « esprit divin qui ne peut donner son consentement qu'à "la vérité"¹⁰⁷ » ? Dans ce cas, l'introduction de « l'auditoire universel » comme contrainte d'une argumentation rationnelle sonne le glas non seulement de la persuasion¹⁰⁸, mais même de toute configuration *réelle* de discussion puisque de

¹⁰⁶ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 41.

¹⁰⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁸ Roland Schmetz, *L'argumentation selon Perelman. Pour une raison au cœur de la rhétorique*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2000, p. 68 : « Le fait d'introduire une dimension rationnelle dans l'argumentation et de la relier à l'idée d'auditoire universel entraîne que la définition de l'argumentation comme acte de persuasion devient insatisfaisante. »

deux choses l'une : ou bien l'assentiment de « l'auditoire concret » ne comptera pas, ou bien il ne pourra, en tant qu'« incarnation de l'auditoire universel », que donner ou refuser en bloc son assentiment. Les deux bras de l'alternative équivalent à ruiner la possibilité d'une relation épistémique entre un orateur et son auditoire, relation caractérisée par une conception gradualiste des raisons de croire ou de ne pas croire, par l'idée que l'argumentation vise à « provoquer ou à accroître l'adhésion ». Selon Barbara Cassin, l'introduction de la notion « d'auditoire universel » n'illustrerait pas seulement la distinction entre vérité et efficacité des arguments, mais consacrerait ainsi le sacrifice de l'efficace persuasive comme une contrainte pour l'argumentation¹⁰⁹. Or, en particulier dans les contextes d'incertitude qui ressortissent du « domaine de l'argumentation », il semble à tout le moins que « nous ne sommes pas à l'aise avec l'idée que nous soyons liés par le meilleur jugement qu'une autre personne peut faire à propos de ce qui est approprié¹¹⁰ ».

Si « la pratique discursive est implicitement *normative*¹¹¹ » sur un point dans le contexte argumentatif, il semble bien que cela soit sur la conservation d'une relation entre vérité (ou plutôt validité) et efficacité des arguments : même lorsque l'orateur cherche à développer une argumentation rationnelle (ce qui est tout de même préférable), il devra aussi se soucier d'être persuasif, « d'accroître l'adhésion » de ceux auxquels il s'adresse « aux thèses » qu'il leur présente. Il s'agira alors d'interpréter « l'auditoire universel » non comme un « avatar de "l'auditoire des Dieux" » (B. Cassin), mais comme un « auditoire concret, écrit Perelman, constitué par chacun à partir de ce qu'il sait de ses semblables, de manière à transcender les oppositions dont il a conscience ». Seulement, dans cette représentation de « l'auditoire universel » comme d'un construit de l'orateur, il sera « comme les autres, un auditoire concret, qui se modifie dans le

¹⁰⁹ Barbara Cassin, *L'effet sophistique*, Paris, Gallimard, 1995, p. 433-434. Henry Johnstone traite de l'auditoire universel comme d'une « fiction » et développe l'idée selon laquelle la relation argumentative n'est pas fondée sur l'établissement réel, mais sur la possibilité, d'une relation épistémique entre un orateur et son auditoire : "Rhetoric, to be sure, can occur outside of exchanges; a speaker can simply address an audience. But what renders such an act of addressing rhetorical is the *possibility* that the audience could reply to the points made by the speaker" (Henry W. Johnstone Jr., "Philosophical Argument and the Rhetorical Wedge", *Communication & Cognition*, 24-1, 1991, p. 83, aussi p. 90).

¹¹⁰ George Christie, *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, (2000), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 211.

¹¹¹ Robert Brandom, *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, (1994), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, p. 159.

temps¹¹² ». On veut croire, avec Perelman, qu'« ainsi chaque culture, chaque individu a sa propre conception de l'auditoire universel, et [que] l'étude de ces variations serait fort instructive, car elle nous ferait connaître ce que les hommes ont considéré, au cours de l'histoire, comme *réel, vrai et objectivement valable*¹¹³ ». Seulement, on peut douter aussi que « l'auditoire universel » constituera alors une contrainte effective lorsqu'il s'agit, pour un orateur, de distinguer et de privilégier entre deux arguments, celui qui est bon (car il présente des aspects de vérité) et celui qui est seulement efficace, mais sophistique.

Cette ambiguïté du statut de « l'auditoire universel » dans le *Traité de l'argumentation* a donné lieu à une remise en cause frontale de la pertinence du modèle proposé par Perelman :

The consequence of Perelman and Olbrechts-Tyteca's soundness criterion is that the norms of rationality that prevail are relative to a more or less arbitrary group of people. [...] The introduction of the universal audience does not result in any fundamental limitation, the only difference being then that the variation is eventually tied to arguers instead of audiences. Arguers are, after all, free to construct their own universal audience. As they may imagine the universal audience to be an audience with norms of rationality akin to their own, this leaves the standard of rationality as being no less than arbitrary.¹¹⁴

On peut chercher à résoudre cette difficulté par le développement d'une approche de la validité d'un argument en termes de « vertus épistémiques » de l'orateur (l'honnêteté, la prudence, la bonne foi, etc.). Ce choix qui s'impose à lui de privilégier, ou non, la vérité sur l'efficacité des arguments ne pourrait être traité du point de vue d'une épistémologie, mais d'une éthique de la discussion

¹¹² Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 650. Cf. J. W. Ray, "Perelman's Universal Audience", *Quarterly Journal of Speech*, 64-4, 1978, p. 364 : "the universal audience has no ontological status except as a mental concept of the speaker. Each speaker's experience is the basis of the embodiment of the universal audience."

¹¹³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 43.

¹¹⁴ Frans H. Van Eemeren, Rob Grootendorst, Francisca Snoeck Henkemans, *Fundamentals of Argumentation Theory. A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments*, Mahwah, New Jersey, LEA, 1996, p. 119. Voir aussi : Frans H. Van Eemeren, Rob Grootendorst, "Perelman and the Fallacies", *Philosophy and Rhetoric*, 28-1, 1995, p. 124.

rationnelle¹¹⁵. Dans la perspective d'une « pragma-dialectique », Bas van Eemeren et Rob Grootendorst assoient le caractère rationnel d'une argumentation sur l'implication réciproque des participants à la discussion dans une relation de coopération basée sur le respect conjoint de règles, sinon éthiques du moins déontologiques (*"the "Ten Commandments" of critical discussion"*), au regard desquelles la dimension sociale de l'argumentation peut être appréhendée comme une procédure collective de résolution de problèmes (*"a process of joint problem solving"*)¹¹⁶.

Cette discussion ne revient-elle pas *in fine* à sortir les conditions de rationalité des procédures de résolution des incertitudes dans le domaine de l'argumentation du registre d'une épistémologie ? En effet, contrairement au domaine des sciences, l'état de « communauté » entre l'orateur et son auditoire ne se réaliserait pas sur la base de méthodes communes et de contraintes de rationalité, mais sur la base d'engagements partagés, engagements éthiques ou règles du jeu à l'image d'une forme de déontologie. Au point que l'on pourrait se demander si les ambiguïtés de « l'auditoire universel » n'ont pas raison de toutes les velléités de transposition du modèle de la « communauté épistémique » au domaine de l'argumentation. Je veux montrer dans la fin de cette partie qu'une lecture épistémologique des conditions de rationalité d'une argumentation est possible dans le *Traité de l'argumentation* selon laquelle la constitution d'une « communauté » entre les participants à un débat repose (au minimum aussi) sur des contraintes épistémiques relatives au contenu des croyances (donc à une épistémologie) et non seulement relatives au déroulement de l'interaction argumentative (donc à une éthique ou à une déontologie).

¹¹⁵ James Crosswhite, "Universality in Rhetoric: Perelman's Universal Audience", *Philosophy and Rhetoric*, 22-3, 1989, p. 171 : "Finally, Perelman has offered a theory of rationality which neither disguises nor undervalues the particular ethical interest of reason. For the universalizing interest of reason is essentially an ethical one [...] if the universal audience represents an aspiration for agreement, the rationality in the strong sense of valid argumentation is itself such an aspiration."

¹¹⁶ Van Eemeren, Grootendorst, Snoeck Henkemans, *Fundamentals of Argumentation Theory*, op. cit., p. 277 et p. 283. On peut voir cette articulation de contraintes éthiques ou déontologiques du discours dans l'extrait suivant : « Par-dessus tout, il faut considérer qu'il y a quelque chose de plus salutaire que toute croyance particulière : c'est l'intégrité de la croyance, et qu'éviter de scruter les bases d'une croyance, par crainte de les trouver vermoulues, est immoral tout autant que désavantageux [...] c'est là, certes, une triste situation d'esprit. » (Peirce, "Comment se fixe la croyance", op. cit., p. 286).

LES DEUX CONDITIONS D'UNE
THEORIE PHILOSOPHIQUE DE L'ARGUMENTATION.

Il y a bien une difficulté propre à la « Nouvelle Rhétorique » de Perelman dans le fait de poser « l'auditoire concret » comme l'instance adjudicatrice d'une argumentation¹¹⁷ et de lui dénier en même temps le caractère d'un critère de la rationalité d'une argumentation puisque celle-ci repose sur une idée, une « imagination¹¹⁸ », que le locuteur se fait d'un « auditoire universel ». A rester tributaire des apories de « l'auditoire », une lecture du *Traité de l'argumentation* parvient à la conclusion paradoxale que « l'auditoire » ne constitue pas un concept opératoire pour distinguer entre rationalité et irrationalité de l'argumentation, ni entre intelligence et volonté épistémique (engagement de rationalité) de l'orateur :

[...] tandis que les frontières entre l'intelligence et la volonté, entre la raison et l'irrationnel peuvent constituer une limite précise, la distinction entre divers auditoires est beaucoup plus incertaine, et cela d'autant plus que la représentation que l'orateur se fait des auditoires est le résultat d'un effort toujours susceptible d'être repris.¹¹⁹

Comment Perelman peut-il à la fois développer une pensée complexe, voire contradictoire, de l'auditoire et affirmer simplement que « *les frontières entre l'intelligence et la volonté, entre la raison et l'irrationnel peuvent constituer une limite précise* » ? Je veux montrer qu'une épistémologie sous-jacente au *Traité de l'argumentation*, indépendante de la question de « l'auditoire », fonde ces « frontières » entre rationalité ou non d'un argument.

La différence entre le rationnel et l'irrationnel, entre l'intelligence et la volonté (qu'on peut traduire par l'opposition entre la bonne foi et la mauvaise foi des participants, leur intervention raisonnable ou non dans l'interaction

¹¹⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 38-39 : « Comme l'argumentation vise à obtenir l'adhésion de ceux auxquels elle s'adresse, elle est, tout entière, relative à l'auditoire qu'elle cherche à influencer » ; « c'est [...] la nature de l'auditoire auquel des arguments peuvent être soumis avec succès qui détermine dans une large mesure et l'aspect que prendront les argumentations et le caractère, et la portée qu'on leur attribuera. »

¹¹⁸ Crosswhite, "Universality in Rhetoric: Perelman's Universal Audience", op. cit., p. 167 : "The universal audience is constructed by performing imaginative operations on a particular audience."

¹¹⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 38-39.

argumentative) s'analyse sur la base d'une double contrainte de rationalité pesant sur l'orateur et son auditoire : une contrainte formelle relative à la structure des arguments et une contrainte épistémique relative à la relation argumentative.

a. La structure des arguments

Par-delà le simple postulat d'une césure entre vérité et efficacité des arguments, le caractère « philosophique » (opposé à psychologique ou sociologique¹²⁰) d'une théorie de l'argumentation repose sur sa capacité à dégager une structure des arguments. Perelman consacre la deuxième partie et les quatre premiers chapitres de la troisième partie (soit plus de 75% du volume total) du *Traité de l'argumentation* à exposer cette structure. L'approche perelmanienne se détermine tout d'abord à travers l'analyse des figures de l'accord entre un orateur et son auditoire sans lesquelles aucune « communauté effective » ne peut s'établir entre eux. Tout argument, pour prétendre à la validité et à l'adhésion de son auditoire (quelles que soient les relations entre les deux termes), doit intégrer des « points de départ » admis entre les participants, des « objets d'accord » de nature diverse qui forment en quelque sorte les briques élémentaires du raisonnement (faits, vérités ou présomptions ; valeurs, hiérarchies ou lieux). Perelman poursuit ensuite par l'analyse de quatre formes ou « schèmes » argumentatifs auxquels se réduirait toute articulation possible entre ces « objets d'accord » au sein d'un discours. Ces « schèmes » sont des mouvements argumentatifs autorisés dans le cadre du jeu des représentations entre un orateur et son auditoire, des « opérations » par lesquelles l'orateur rend possible et justifie une modification dans l'état initial des accords au sein de la communauté (confirmer un état antérieur revient à le renforcer) : « *L'argumentation est une action qui tend toujours à modifier un état de choses préexistant. Cela est vrai, même du discours épideictique : [...] celui qui, par son discours, désire renforcer des valeurs établies, ressemblera à ce gardien protecteur des digues qui subissent sans cesse l'assaut de l'Océan*¹²¹. »

Le philosophe de Bruxelles réalise, dans cette deuxième partie du *Traité de l'argumentation*, le projet qu'il s'était fixé car il parvient à réduire à quatre schèmes toutes les manières possibles d'établir une relation entre les éléments

¹²⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 12-13 et p. 25.

¹²¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 72.

d'un discours, et ce quelles que soient la situation argumentative ou la thèse de l'orateur. Ainsi, si j'argumente, je ne pourrai utiliser que :

1. des « *arguments quasi-logiques* » grâce auxquels je chercherai à faire valoir des liaisons univoques entre les éléments de mon discours ;
2. des « *arguments basés sur la structure du réel* » dans la mesure où je les lierai selon des relations de succession ou de coexistence ;
3. des « *arguments qui fondent la structure du réel* » à travers lesquels je tâcherai de faire valoir un effet des éléments de discours sur nos représentations, *c.-à-d.* sur le système des croyances (l'ensemble des « objets d'accord ») partagé avec l'auditoire. Cet effet peut être justifié par le caractère unique, irréductible, d'un « cas particulier » ou bien par l'établissement d'une analogie inédite entre des éléments jugés jusqu'alors hétérogènes ;
4. des arguments par lesquels je m'opposerai à l'établissement d'une liaison entre les éléments du discours sous l'un des trois modes précédents. De telles « *dissociations des notions* » reposeront toujours sur le prototype du couple disjonctif « apparence-réalité ».

Une telle « structure » des arguments peut constituer pour le philosophe un troisième terme au regard duquel spécifier les interactions entre un orateur et son auditoire dans une situation argumentative quelconque. Si la classification est pertinente et exhaustive¹²², peu importe en effet la qualité de l'orateur ou celle de l'auditoire ; un discours dont les éléments seront articulés selon les « schèmes » précédents pourra être réputé bien construit. « L'étude analytique des arguments¹²³ » permet donc, indépendamment des paradoxes de l'auditoire, de décider au cas par cas si, dans telle « liaison », on a affaire à une forme d'argument valide ou non.

¹²² Roland Schmetz estime que « plusieurs problèmes affectent la typologie de Perelman et la rendent peu pratique [dont] un problème récurrent [...], celui du manque d'indices linguistiques univoques permettant d'attribuer aux arguments un schème déterminé » (Schmetz, *L'argumentation selon Perelman. Pour une raison au cœur de la rhétorique*, op. cit., p. 279). Mais il s'agit là d'une question qui n'affecte pas la théorie de Perelman en tant que telle, mais sa pertinence et de son caractère opératoire pour une analyse des argumentations (cf. *infra*, ch. 6).

¹²³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 610.

Mais cette condition analytique à la validité des arguments semble vouée à la circularité car elle présuppose l'inscription de l'orateur dans un contexte de références communes avec son auditoire et l'évaluation de la validité d'un argument dans ce contexte sémantique. Nous retombons sur la question de l'adhésion de l'auditoire, du caractère persuasif ou convaincant du discours et, *in fine*, de la relation entre le « succès » d'un argument et sa « validité ». Cette question touche alors à l'interprétation des éléments d'accords qui forment les briques élémentaires du raisonnement auquel l'orateur souhaite voir ses interlocuteurs souscrire. Pouvons-nous là encore passer outre les paradoxes relatifs à la « nature » des auditoires ?

Cela semble à première vue difficile : en situation réelle, d'une part, « *l'auditoire présumé est toujours, pour celui qui argumente, une construction plus ou moins systématisée* », d'autre part, « *c'est [...] à l'auditoire que revient le rôle majeur pour déterminer la qualité de l'argumentation* »¹²⁴. Un rationaliste sortira de ce paradoxe en postulant un concept normatif de « l'auditoire universel »¹²⁵ ; un empiriste lui répondra que, vu ses chances d'emporter une quelconque adhésion, sa « construction de l'auditoire » est « inadéquate à l'expérience »¹²⁶ et un relativiste se dira qu'ils ne trouveront, de toute manière, jamais un auditoire pour les départager...

Perelman refuse d'enfermer une théorie philosophique de l'argumentation dans ces alternatives : la position empiriste ne satisfait pas la condition d'une approche *philosophique* de l'argumentation car elle nous renseigne sur les conditions réelles de l'efficacité, mais non sur les conditions *de droit* de la validité ; quant aux positions rationaliste ou relativiste, elles mènent toutes deux – sous la figure du fanatique ou du sceptique – à conclure à l'irrationalité de l'argumentation dans un contexte pratique : « L'un et l'autre méconnaissent que l'argumentation vise à un choix entre des possibles ; en proposant et justifiant leur hiérarchie, elle vise à rendre rationnelle une décision »¹²⁷. » Brosser le portrait

¹²⁴ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., respectivement p. 25 et p. 32.

¹²⁵ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 48 : « la philosophie absolutiste [cherche] par tous les moyens de passer de l'adhésion à la vérité. L'adhésion de l'interlocuteur dans le dialogue tire sa signification philosophique de ce que celui-ci est considéré comme une incarnation de l'auditoire universel. »

¹²⁶ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 25 : « ce qui importe à celui qui se propose de persuader effectivement des individus concrets, c'est que la construction de l'auditoire ne soit pas inadéquate à l'expérience. »

¹²⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 82-83.

de ces figures-repoussoirs de la Nouvelle Rhétorique permet à Perelman de désigner la seconde condition, pour une théorie de l'argumentation, sous laquelle acquérir un « caractère philosophique ». Cette condition, il la condense sous le concept de « responsabilité » ou « d'engagement » d'un « sujet libre » :

Dans l'argumentation, la personne [est] considérée comme support d'une série de qualités, l'auteur d'une série d'actes et de jugements [...] Mais, comme sujet libre, la personne possède cette spontanéité, ce pouvoir de changer et de se transformer, cette possibilité d'être persuadée et de résister à la persuasion.¹²⁸

[Ceci implique que] les propos constituent une espèce d'engagement.¹²⁹ [...] La thèse oriente le discours, mais elle est aussi une prise de position, un engagement de l'orateur.¹³⁰

[...] l'esprit qui donne son adhésion aux conclusions d'une argumentation, le fait par un acte qui l'engage et dont il est responsable.¹³¹

Ces extraits montrent que cette condition de « responsabilité » ou « d'engagement » s'impose à l'orateur comme à l'auditoire. Il s'agit donc d'une complexification de la seule obligation d'un « choix » de l'orateur entre « les aspects du raisonnement » relatifs à la vérité ou relatifs à l'adhésion. En ce sens, la « responsabilité » ou « l'engagement » désigne un ressort de l'établissement d'une relation épistémique entre l'orateur et son auditoire. On peut y voir une condition de « pluralisme » dans la mesure où l'irrationalité du « fanatique » comme du « sceptique » tient au caractère inadéquat de leurs engagements réciproques (engagement absolu, dogmatique, *vs.* refus de tout engagement). Là encore, nous semblons renvoyés à une lecture éthique ou déontologique de « l'engagement », à cette réserve près que les « vertus épistémiques » pour connaître ou délibérer devront être partagées équitablement entre l'orateur et l'auditoire. Mais une lecture épistémologique de « l'engagement » ou de la « responsabilité des uns et des autres est cependant permise, et même nécessaire.

¹²⁸ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 397.

¹²⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 141.

¹³⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 660.

¹³¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 82.

b. La relation argumentative

Perelman est sibyllin quant à l'existence d'une épistémologie au fondement de sa « Nouvelle Rhétorique ». En ce sens, le *Traité* ne propose pas une théorie de la rationalité argumentative (ce n'est pas un ouvrage d'épistémologie) ; la possibilité d'une rationalité non démonstrative y est plutôt postulée que véritablement explicitée¹³². Il livre cependant deux indices concordants révélant sa proximité intellectuelle avec l'épistémologie de Ferdinand Gonseth : concernant le lien entre faits et représentations (c.-à-d. le lien que toute théorie de la rationalité cherche à caractériser), il rejette l'étiquette d'idéalisme et déclare : « si nous devons adopter une *position métaphysique*, nous serions plutôt enclins à admettre l'existence d'un lien indissoluble entre la théorie et l'expérience, tel que l'exprime le principe de dualité de F. Gonseth¹³³ » (je souligne) ; s'il précise aussitôt que « nos prétentions sont plus limitées », il répète cependant plus loin cette référence à l'épistémologie idonéiste lorsqu'il affirme l'exposition continue de tout système de représentations (y compris les théories scientifiques) à la discussion et, partant, son « adhésion au principe de révisibilité défendu avec tant de vigueur par F. Gonseth¹³⁴ ».

A travers quatre principes (de révisibilité, de dualité, d'intégralité et de technicité) qu'il n'est pas utile de développer tous ici, Ferdinand Gonseth élabore une épistémologie qui repose sur deux affirmations. Tout d'abord, l'affirmation d'un rapport schématique entre la connaissance et l'expérience par le biais d'une activité sémiotique : « *Il faut distinguer les axiomes dans les invariances approximatives, et parfois aléatoires, que la banale réalité nous offre*¹³⁵. » Et surtout, l'affirmation subséquente du caractère communautaire de la connaissance à travers le principe de technicité qui désigne, selon Gonseth, le

¹³² Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 13 : « La logique formelle moderne s'est constituée comme l'étude des moyens de démonstration utilisés dans les sciences mathématiques. [...] Les logiciens se doivent de compléter la théorie de la démonstration ainsi obtenue par une théorie de l'argumentation. »

¹³³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 162.

¹³⁴ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 286.

¹³⁵ Ferdinand Gonseth, *Logique et philosophie des mathématiques*, (1937 - 1950), Paris, Hermann, coll. "savoir : culture", 1998, op. cit., p. 84. Voir aussi Gerhard Heinzmann, *Schematisierte Strukturen. Eine Untersuchung über den "Idoneismus" Ferdinand Gonseths auf dem Hintergrund eines konstruktivistischen Ansatzes*, Berne, Paul Haupt, 1982, p. 47 : „Gonseth wendet sich gegen die in der Mathematik übliche definatorische Einführungsweise der syntaktischen Widerspruchsfreiheit [...] und pocht als Philosoph auf die Notwendigkeit einer semiotischen Reflexion, deren Ergebnis die Aufstellung einer "Dialektik" ist.“

fait que le savant, ne pouvant maîtriser personnellement l'ensemble des connaissances dont il a besoin, est obligé « d'accepter les résultats obtenus et de reconnaître ainsi en fait l'existence d'une conscience collective des savants¹³⁶ » :

"Malheur à celui qui est seul" est-il écrit. Ne faut-il pas le dire surtout, le dire doublement de celui qui reste seul à penser ce qu'il pense ? Celui qui s'aventure seul pourra-t-il éviter de se perdre ? Il peut cependant arriver qu'un seul ait raison contre tous les autres. S'il le sait jusqu'à l'affirmer, n'est-ce pas qu'il en a dû faire l'épreuve, qu'il a donc dû subir le heurt des faits et des pensées qu'on lui impose ? Dans le domaine de la pensée c'est plutôt : "malheur à celui qui s'isole" qu'il faudrait dire. Une pensée qui se suffit à elle-même est une pensée promise à l'errement.¹³⁷

Dans la perspective de Gonsseth, hormis le fait qu'aucun savant n'est un génie universel, la contrainte épistémologique d'une communauté des savants n'est pas *de fait*, mais *de droit* ; il ne s'agit pas d'une conception, dirait-on aujourd'hui, « participative » de la science dans le sens où la collation des points de vue produirait mécaniquement de la connaissance. Dans ce cas, nous aurions une définition géométrale de la vérité où nous concevrions une vérité *de fait*, « une vérité sans corps qui n'aurait que des facettes, [...] une vérité sans lien qui n'aurait que des parties, [...] dans laquelle toutes les oppositions seraient d'avance réconciliées, à la constitution de laquelle toutes les singularités, toutes les anomalies et toutes les absurdités seraient nécessaires¹³⁸ ». Contre cette conception de la vérité, le savant peut avoir raison tout seul, ou plus exactement : tout le monde n'a pas forcément raison (« "A chacun sa vérité", c'est une profonde vérité pour un monde d'aliénés¹³⁹ »). Par conséquent, le savant doit incessamment mettre ses théories à l'épreuve, soit « de sa propre expérience [soit] de celle de toute pensée en quête de connaissance¹⁴⁰ » ; c'est là la marque de son « intelligence » contre son arbitraire ou sa « volonté », pour reprendre l'opposition perelmanienne. Cette contrainte épistémique de la mise à l'épreuve est *de droit* :

¹³⁶ Ferdinand Gonsseth, "La loi du dialogue", *Dialectica*, 6-22, 1952, p. 117.

¹³⁷ Gonsseth, "La loi du dialogue", , p. 116.

¹³⁸ Gonsseth, "La loi du dialogue", op. cit., p. 108.

¹³⁹ Gonsseth, "La loi du dialogue", loc. cit.

¹⁴⁰ Ferdinand Gonsseth, "éditorial", *Dialectica*, 6-21, 1952, p. 5.

Une idée préalable s'éprouve par l'œuvre dans laquelle elle est engagée. *La menace d'un démenti pèse sur elle.* [...] La connaissance scientifique n'est pas une connaissance qui se présente sous le signe de la nécessité ; c'est une connaissance éprouvée [...] les audaces de la pensée scientifique n'ont rien d'arbitraire.¹⁴¹ (je souligne)

« L'objectivité », la rationalité, d'une théorie scientifique ne réside pas dans une « nature » quelconque (de l'objet, de l'auditoire, etc.) mais dans ce processus de « mise à l'épreuve » constante, « c'est le versant technique, avec lequel elle est en confrontation continue et où elle est mise constamment à l'épreuve¹⁴² ». Le débat scientifique trouve sa signification épistémologique dans ce « démenti » qu'il fait peser sur toute théorie : « *une idée préalable dominante est une idée à faire valoir (à promouvoir) que nous avons des raisons d'accepter*¹⁴³. » Ferdinand Gonseth s'intéresse aux mathématiques car elles lui semblent l'une des « dernières positions du réalisme platonicien », c'est-à-dire le dernier bastion d'une conception de la connaissance « sous le signe de la nécessité¹⁴⁴ ». Mais il revendique une conception unifiée de l'activité intellectuelle (« les modalités de la pensée ne sont pas contradictoires aux modalités de l'action¹⁴⁵ »).

Ceci permet de comprendre l'idée de « position métaphysique » sous la plume de Perelman dans le *Traité de l'argumentation*. Pour le dire rapidement, cette idée de Perelman désigne un projet philosophique : conférer à la théorie gonsethienne les dimensions d'une théorie générale de la rationalité (ou de la rationalité quelconque, opposée à la seule rationalité scientifique), y compris dans le domaine de la délibération pratique. Antérieurement à la rédaction du *Traité de l'argumentation*, il s'ouvre de ce projet dans la revue du philosophe helvétique *Dialectica* (fondée en collaboration avec Paul Bernays et Gaston Bachelard) alors qu'il répond au reproche de Paul Bernays d'une reprise approximative, sinon inexacte, de la philosophie gonsethienne dans un article intitulé « Philosophies premières et philosophie régressive¹⁴⁶ ». Perelman admet

¹⁴¹ Gonseth, "éditorial", op. cit., p. 10 et p. 14-15.

¹⁴² Gonseth, *Logique et philosophie des mathématiques*, op. cit., p. 177.

¹⁴³ Gonseth, "éditorial", op. cit., p. 24.

¹⁴⁴ Ferdinand Gonseth, *Les mathématiques et la réalité. Essai sur la méthode axiomatique*, (1936), Paris, Albert Blanchard, 1974, op. cit., p. 31-32.

¹⁴⁵ Gonseth, *Les mathématiques et la réalité. Essai sur la méthode axiomatique*, op. cit., p. 17.

¹⁴⁶ Voir respectivement : Chaïm Perelman, "Philosophies premières et philosophie régressive", *Dialectica*, 3-11, 1949, p. 175-191 (reproduit in Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca,

ne pas reprendre intégralement, ni dans la même perspective, les principes de la philosophie gonsethienne : « je les situe dans une nouvelle perspective. Ce ne sera plus celle de la méthodologie des sciences, mais celle de la métaphysique. En fait, c'est même, à mon avis, le principal mérite et la principale nouveauté de mon essai que de ne pas se limiter à la problématique de la philosophie des sciences, mais de tenter l'esquisse d'une métaphysique qui chercherait à englober les résultats des efforts des partisans d'une pensée "ouverte"¹⁴⁷. » Dans cet article, Perelman propose d'introduire un principe « plus souple » de *responsabilité* en remplacement du principe de technicité gonsethien et il précise que « tout comme le principe de technicité, [le principe de responsabilité] jouera le rôle du principe verrou, qui empêchera la pensée de perdre toute consistance et de tomber dans le scepticisme négatif¹⁴⁸ ».

On tient là, je pense, l'origine des notions « d'engagement » et de « responsabilité » dans le *Traité de l'argumentation*. Dans l'article de 1949 dans *Dialectica*, Perelman écrit ainsi que « seule la rhétorique, et non la logique, permet de comprendre la mise en œuvre du principe de responsabilité¹⁴⁹ ». On distingue aussi l'égalité de l'orateur et de son auditoire devant cette condition de « responsabilité » ou « d'engagement » : « C'est l'homme [on pourrait dire « l'orateur »], en dernière instance, qui est juge de son choix, et d'autres hommes, *ses collaborateurs et ses adversaires*, jugent à la fois ce choix et l'homme qui l'a choisi » (je souligne) ; « les arguments dont on se sert en rhétorique influencent la pensée, mais ne nécessitent jamais son adhésion. Le penseur [on pourrait dire, dix ans plus tard, « l'auditoire »] s'engage en tranchant. Sa compétence, sa sincérité, son intégrité, en un mot, sa responsabilité, sont en jeu »¹⁵⁰. Ce détour par l'épistémologie montre que cette seconde condition d'une théorie philosophique de l'argumentation n'est pas obligatoirement éthique mais nécessairement épistémique :

Rhétorique et philosophie, Paris, PUF, 1952, p. 85sq.) ; Paul Bernays, "Zur methodischen Diskussion (Bemerkungen zu Herrn Perelmans Erörterung "Philosophies premières et philosophie régressive")", *Dialectica*, 4-13, 1950, p. 43-45 ; Chaïm Perelman, "Réponse à M. Bernays", *Dialectica*, 6-21, 1952, p. 92-95.

¹⁴⁷ Perelman, "Réponse à M. Bernays", op. cit., p. 93.

¹⁴⁸ Perelman, "Réponse à M. Bernays", op. cit., p. 94.

¹⁴⁹ Perelman, "Philosophies premières et philosophie régressive", reproduit in Perelman, *Droit, morale et philosophie*, p. 99.

¹⁵⁰ Perelman, "Philosophies premières et philosophie régressive", reproduit in Perelman, *Droit, morale et philosophie*, p. 98-99.

1. *elle est nécessairement épistémique*, parce que le principe de responsabilité joue *mutatis mutandis*, dans la délibération, le rôle du principe de technicité dans les sciences, à savoir d'incarner ce que Gonseth désignait comme « la menace d'un démenti » sur toute thèse ou opinion qualifiée de « préalable » tant qu'elle ne se trouve pas avoir été (temporairement) ratifiée par l'adhésion de l'auditoire (pan de la délibération et des méthodes d'interprétation) ou par la confrontation à l'expérience (pan de la pratique scientifique et des méthodes de quantification). Pour l'argumentation qui se prétend rationnelle, qui revendique une forme d'objectivité, l'analyse gonsethienne vaut au moins autant que pour le scientifique : *malheur à celui qui s'isole !* Le sceptique et le fanatique ruinent toute possibilité d'une argumentation rationnelle dans le domaine pratique par leur refus commun à considérer leur auditoire comme cette instance adjudicatrice du « démenti ». Pour autant, l'exposition au « démenti » est une instance *de droit*, et non *de fait*, car la relation argumentative entre un orateur et son auditoire (entre le proposant d'une thèse et ses opposants) est récursive : « rien n'empêche que le juge jugé puisse, à son tour, exprimer son avis sur celui qui l'a jugé¹⁵¹. » La possibilité subsiste ainsi, sans justifier l'isolement, d'avoir raison seul ;

2. *elle n'est pas obligatoirement éthique* même s'il faut reconnaître que la notion de « responsabilité » emporte avec elle une connotation morale que nous trouvons exprimée lorsque Perelman l'applique à la philosophie du droit : « En choisissant d'adhérer à une opinion, qu'il peut avoir élaborée au préalable, le penseur [on pourrait dire « l'auditoire »] s'engage personnellement et sa décision permet de *juger le juge*¹⁵² » (je souligne) ; « Au cas où une législation [est] franchement inique [...] le juge est moralement obligé de renoncer à ses fonctions [...] il ne peut espérer dégager sa responsabilité¹⁵³ ». Cependant, rien – sauf une vision iréniste des débats de société – ne garantit que l'opposition des points de vue se réalise sous un mode pacifique gouverné par des règles éthiques ou déontologiques observées par l'orateur ou son auditoire. La prudence dans l'affirmation peut être suffisamment motivée par le désir

¹⁵¹ Chaïm Perelman, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, p. 102.

¹⁵² Perelman, *Justice et raison*, loc. cit.

¹⁵³ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, op. cit., p. 100.

de ne pas s'exposer au « ridicule » d'une contradiction trop facile¹⁵⁴. L'amour de soi et la haine des autres, ces deux travers humains selon Port-Royal, peuvent suffire à garantir la satisfaction de la seconde condition de rationalité d'une argumentation¹⁵⁵. Car en effet, quelle que soit la configuration argumentative retenue (le colloque scientifique ou le procès), l'orateur sera soumis aussi bien au jugement de « ses collaborateurs [que de] ses adversaires », sans que les deux catégories soient mutuellement exclusives.

3. *La « communauté épistémique » dans le cadre du procès et de la délibération sur les droits de l'homme.*

L'établissement d'une épistémologie au fondement de la distinction entre des formes rationnelles et des formes non-rationnelles d'argumentation permet de tracer une ligne « entre l'intelligence et la volonté, entre la raison et l'irrationnel », ce même dans le cadre d'une anthropologie minimale des capacités humaines en contexte scientifique (possibilité d'erreur, limites cognitives) comme en contexte délibératif (adversité des locuteurs, comportements non-coopératifs). « L'auditoire universel » dans ce contexte apparaîtrait comme un ressort épistémique, une contrainte de rationalité, en vertu même de ses déficiences théoriques et indépendamment de l'*ethos* de l'orateur ou de son auditoire :

la possibilité du progrès humain, en particulier dans le domaine de l'organisation sociale, réside pour une grande part dans le pouvoir humain du discours [...] Les êtres humains sont naturellement enclins à pontifier, c'est-à-dire à construire un discours adressé à un auditoire idéal ou universel [...] Mais tôt ou tard, nous sommes confrontés à des situations de fait qui mettent à l'épreuve nos prétentions [...] pour presque tous à certains moments, l'intérêt à court terme qui consiste à ne pas paraître ridicules en nous comportant de manière incohérente nous force, même si c'est avec réticence, à mettre en

¹⁵⁴ Voir, par ex., Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 276.

¹⁵⁵ Antoine Arnauld, Pierre Nicole, *La logique ou l'art de penser*, (1662), Paris, Vrin, 1981, p. 265 : « L'esprit des hommes n'est pas seulement naturellement amoureux de soi-même, mais il est aussi naturellement jaloux, envieux, & malin à l'égard des autres. »

pratique ce que nous prêchons [...] Sinon, nous devons admettre ouvertement que nous sommes soit irrationnels, soit (ce qui revient au même sur le plan moral) non sincères.¹⁵⁶

Une telle épistémologie nous permet aussi d'envisager la transposition du modèle de la « communauté épistémique » à cette forme d'interaction argumentative que constitue le « procès » en matière de droits de l'homme. Je montre dans cette partie qu'une telle transposition se fonde, tout d'abord, sur la possibilité d'aboutir à un résultat épistémique quel que soit le type d'interlocution envisagé, ensuite sur le rôle de la controverse en matière de droits de l'homme et, enfin, sur une révision d'un modèle existant de la « communauté épistémique » dans le domaine pratique.

L'INCIDENCE EPISTEMIQUE DES CONTROVERSES

Il est important de bien distinguer que la condition « d'engagement » ou de « responsabilité », non seulement s'applique à l'orateur comme à son auditoire, mais surtout que, si elle est *nécessairement* épistémique, elle n'est pas *obligatoirement* éthique. Ceci me permet de ne pas prendre en compte ici les discussions relatives à une étude des « vertus épistémiques ». Ces discussions portent sur la question de savoir si de telles vertus ne seraient pas « des propriétés *extrinsèques* par rapport aux propriétés épistémiques qui garantissent nos croyances » ou opinions ainsi que sur le caractère opératoire même d'une telle approche dans la mesure où l'éthique de l'orateur (ou de son auditoire) « ne nous dit pas clairement comment on peut reconnaître les vertus épistémiques, et les personnes qui les possèdent »¹⁵⁷.

Surtout, il est difficile de développer une telle perspective éthique sur l'argumentation lorsqu'il s'agit d'envisager la rationalité de situations discursives gouvernées par l'intérêt des participants à « gagner le procès¹⁵⁸ ». Adopter, au

¹⁵⁶ Christie, *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, op. cit., p. 41.

¹⁵⁷ Pascal Engel, "Une épistémologie sociale peut-elle être aléthiste ?" in Bouvier, Conein (Ss. Dir.), *L'épistémologie sociale. Une théorie sociale de la connaissance*, op. cit., p. 95.

¹⁵⁸ Giambattista Vico, *The Art of Rhetoric. Institutiones Oratoriae*, (1711-1741), Amsterdam, Atlanta, Rodopi, 1996, p. 77 : "The civil narration (*narration civilis*) [...] is the setting forth of the fact (*facti expositio*) together with all of its useful circumstances in order to win the case". Cette approche de la rhétorique en contexte judiciaire à l'aune de son « utilité » pour l'emporter

contraire, une perspective épistémique (et non éthique) sur l'argumentation revient à se demander si « l'engagement » ou la « responsabilité » conjoints de l'orateur et de l'auditoire peuvent être traités comme le résultat de leur interaction dans un processus argumentatif quelconque, indépendamment des qualités empiriques de cette interaction (dialogue coopératif ou cadre éristique) ou de ses participants (savants ou débatteurs). L'enjeu de l'analyse argumentative pour cette étude, en effet, est le suivant : des interlocuteurs peuvent-ils traiter d'un problème avec « intelligence » dans un cadre éristique ? Pour le dire autrement, une lecture épistémique de l'engagement ou de la responsabilité vise à poser une condition normative à toute interaction argumentative (une condition de « bonne foi »), y-compris dans le cadre d'un « débat » ou d'un procès où chacun n'avancera « que des arguments favorables à sa thèse¹⁵⁹ » et ne se rendra pas de bon gré aux arguments de son adversaire. Une interaction éristique peut-elle conduire à des résultats épistémiques sans que l'on doive obligatoirement présumer d'une « bonne volonté » (ou d'autres vertus particulières) de la part des participants ?

Le *Traité de l'argumentation* de Chaïm Perelman permet de répondre positivement à ces questions dès lors que nous ne centrons pas notre attention sur les problématiques de l'auditoire (universel ou particulier, réel ou construit...). Poser, en effet, un auditoire (l'auditoire universel) et une situation argumentative (l'argumentation philosophique) comme normes des situations réelles d'interlocution tend à les disqualifier, en particulier la situation éristique. Or, Perelman ne critique pas le débat (ou le « point de vue éristique sur l'argumentation ») en tant que situation argumentative ; il le place simplement en contrepoint de l'argumentation philosophique comme un extrême de part et d'autre de l'argumentation quotidienne¹⁶⁰. Le débat reste un « dialogue » et l'emploi du conditionnel (« qui aurait pour but de dominer l'adversaire ») n'en marque pas une condamnation de principe. Nous trouvons, au contraire, en de

sur ses contradicteurs s'applique à toutes les opérations argumentatives, c'est-à-dire pour celles qui tendent à justifier une interprétation du droit comme pour celles qui visent à relater les faits.

¹⁵⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 49.

¹⁶⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 51 : « Le dialogue heuristique où l'interlocuteur est une incarnation de l'auditoire universel, le dialogue éristique qui aurait pour but de dominer l'adversaire, ne sont, l'un et l'autre, que des cas exceptionnels ; dans le dialogue habituel, les participants tendent tout simplement à persuader leur auditoire en vue de déterminer une action immédiate ou future : c'est sur ce plan pratique que se développent la plupart de nos dialogues journaliers. »

nombreux points du *Traité* une analyse des relations conflictuelles entre participants à un débat et autant de raisons de considérer le procès comme une instance d'argumentation éristique.

« L'objet » d'une théorie de l'argumentation autorise une lecture large des situations visées : nous nous souvenons que c'est « l'étude des techniques discursives permettant *de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment*¹⁶¹ ». Les situations éristiques, que l'on présuppose caractérisées par une lutte des contradicteurs pour surmonter tout contrargument, appartiennent sans conteste au « domaine de l'argumentation ». Perelman définit à cet égard l'interlocuteur comme un « adversaire » ou un « opposant » et souligne que la « plasticité des notions », au fondement même d'une situation de controverse, permet à l'orateur de manipuler les arguments soulevés à l'encontre de sa propre position. Nous lisons ainsi que « le caractère figé des concepts de l'adversaire facilite leur réfutation et permet de les considérer comme périmés, inadaptables, et, par là, dépassés. Les conceptions que l'on défend seront celles d'une pensée vivante, souple, adaptable, et, par là, toujours actuelles¹⁶² ». Cet extrait suggère qu'un orateur peut faire usage de techniques argumentatives non seulement pour justifier sa thèse, mais aussi indirectement pour discréditer la technique adverse et, par conséquent, la thèse de son interlocuteur. Par un tel mouvement argumentatif, il vise en premier lieu à affaiblir la force persuasive d'un argument adverse. Travaillant de la sorte, pour reprendre la distinction originaire de Perelman dans l'introduction du *Traité*, sur les aspects des arguments relatifs à l'adhésion, il n'en vise pas moins les aspects relatifs à la vérité (ou à la validité) de la thèse opposée. Un tel fonctionnement du dialogue éristique suggère que la quête d'une « supériorité » sur l'adversaire peut se traduire par des effets épistémiques et les aspects des arguments relatifs à l'adhésion, déterminer dans une certaine mesure leur valeur de vérité dans l'échange. Evidemment, la question demeure pendante de savoir si l'issue du débat peut être considéré pour autant comme une instance d'adjudication rationnelle des différents arguments soulevés.

Pour le moment, contentons-nous de remarquer que Perelman transpose cette structure éristique de la confrontation des arguments au contexte du procès judiciaire. Ceci nous donne une autre raison de lire le *Traité de l'argumentation*

¹⁶¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 5.

¹⁶² Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 187.

dans une perspective dialogique selon laquelle « *l'argumentation consiste fondamentalement en une déclaration adressée à quelqu'un pour qu'il modifie l'état de ses opinions. C'est une remise en cause dialectique de la cohérence logique d'un individu [selon laquelle il n'importe pas] que celui auquel elle est adressée arrive à croire effectivement ceci ou cela (il peut le faire ou ne pas le faire), mais [...] qu'il ne peut plus soutenir son refus de croyance*¹⁶³ ». Si Perelman insiste particulièrement, dans ses articles et ouvrages de philosophie du droit, sur l'importance de la motivation, par les juges, de leurs décisions, il reconnaît dans le *Traité* un rôle déterminant des comparants dans une forme qui est fortement analogue à celle que j'ai décrite au chapitre précédent à propos des « limitations » du contrôle des juges européens :

C'est ainsi que le juge "n'est point autorisé à déclarer un fait constant, par cela seul qu'il en aurait personnellement acquis, en dehors du procès, la connaissance positive". L'intervention du juge risquerait de modifier les prétentions des parties, or ce sont les parties qui déterminent le procès, dans le cadre de la loi.¹⁶⁴

Les versions anglaise et allemande du *Traité* semblent aller plus loin que le texte original à cet égard : « modifier les prétentions des parties » est rendu en allemand par l'idée de falsification (*verfalschen*) et l'anglais affirme que les parties déterminent le résultat (*outcome*) du procès¹⁶⁵. Il est certain, en tout cas, que Perelman aborde la confrontation judiciaire comme une situation éristique où l'opposition des arguments, particulièrement le « succès » ou « l'efficacité » des arguments d'une partie sur ceux de l'autre, produit des résultats épistémiques (*i.e.* des conséquences sur la « validité ») d'intensité variable :

1. au minimum, l'interaction des arguments des parties *déterminera les accords* sur la base desquels une décision pourra être justifiée : selon que les opposants s'entendent ou que l'un est contraint à faire une concession sur un point, le juge pourra disposer là « d'un élément stable sur lequel

¹⁶³ John Woods, Douglas Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, Paris, Kimé, 1992, p. 124-125.

¹⁶⁴ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 137.

¹⁶⁵ Comparer : Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Die neue Rhetorik. Eine Abhandlung über das Argumentieren*, (1958), Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2004, tome 1, p. 142 et Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, (1958), Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1969, p. 102.

[...] s'appuyer » ; de même, un point sera acquis dès lors qu'un comparant ne sera pas parvenu à le réfuter ou n'y aura pas objecté¹⁶⁶ ;

2. de manière intermédiaire, l'usage conflictuel des notions par les comparants et l'efficacité de cet usage selon les contraintes du dialogue (en particulier juridique¹⁶⁷) *déterminera la définition* des notions¹⁶⁸. Cela est particulièrement sensible en droit : deux prétentions opposées engageront souvent deux interprétations contradictoires d'une même notion. Toute controverse apportera ainsi, par le jeu entre clarification et obscurcissement des notions, « la solution d'une incompatibilité¹⁶⁹ ».
3. au maximum (mais non rarement), le résultat d'une controverse *déterminera la justification d'une vision du monde*. On argumente, en effet, en vertu de la fragilité relative d'une thèse (« toute argumentation est l'indice d'un doute¹⁷⁰ »), qu'on la défende (dans ce cas, l'orateur voudra se prémunir de cette fragilité) ou qu'on l'attaque (dans ce cas, l'orateur voudra la tourner à son avantage). Si la thèse en question touche au « normal », c'est-à-dire si un participant conteste ce qui paraît évident dans une société, « l'on transpose immédiatement la possibilité de contestations en une quête des fondements¹⁷¹ ».

¹⁶⁶ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 145. Ces résultats sont contraignants pour le juge « quand seul l'intérêt des parties est en jeu » ; il a plus de liberté si « l'ordre public est intéressé ».

¹⁶⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 144 : « le droit se conforme à l'inertie ; il est conçu de manière à ratifier, jusqu'à plus ample informé, les faits tels qu'ils sont. »

¹⁶⁸ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 287 : « ceux qui argumentent en faveur d'une définition voudront tous que celle-ci influe [...] sur l'usage de la notion [...] et surtout sur les relations de la notion avec l'ensemble du système de pensée [...] L'usage de la notion que l'on veut modifier est généralement ce qu'on appelle l'usage normal de celle-ci. »

¹⁶⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 555 : « l'effort du juriste va à l'opposé de [toute] rigidité. Son rôle est d'élaborer un système permettant de résoudre les conflits. Lorsque Napoléon, déjà Consul à vie, s'écrie à une séance du Conseil d'Etat : "Comment concilier l'hérédité de la couronne avec le principe de la souveraineté du peuple", il ne demande pas aux juristes qui l'écoutent, de constater une contradiction, il leur demande plutôt la solution d'une incompatibilité. »

¹⁷⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 635.

¹⁷¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 136.

Ainsi, les situations de controverse, de débat, produisent-elles des résultats épistémiques et c'est la situation argumentative, dont sa configuration éristique, qui détermine la possibilité de tels résultats indépendamment de l'*ethos* des participants. Cela ne signifie pas que la controverse (le « débat »), notamment par rapport à des formes coopératives d'interaction (la « discussion »), constitue « l'instrument idéal pour arriver à des conclusions objectivement valables¹⁷² ». Une lecture dialogique du *Traité de l'argumentation* nous invite, au contraire, à nous désintéresser de la question d'une hiérarchie des formes diverses de l'interaction argumentative pour nous concentrer sur l'évaluation des effets épistémiques de configurations argumentatives réelles.

LEGITIMITE DE LA CONTROVERSE
EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME.

La confrontation des arguments en matière de droits de l'homme, quoique dans une perspective plus large que dans cette étude, fournit à Chaïm Perelman l'occasion d'insister sur cette incidence épistémique des controverses, incidence qui n'est pas anodine – loin s'en faut – puisqu'elle pose en dernière instance une question de fondements, d'ontologie juridique :

Chaque fois que des controverses surgissent quant à l'existence ou à la portée de certains droits, il est normal que l'on cherche à rattacher ces droits controversés à un fondement idéologique, c'est-à-dire à des principes ontologiques, anthropologiques ou axiologiques qui, une fois admis, fourniraient des raisons suffisantes en faveur de tel droit ou de telle limitation ou hiérarchisation des droits. Une conception du réel, une vision de l'homme, contiennent, en effet, implicitement des évaluations, des hiérarchisations, des structurations, qui permettent d'en dégager une axiologie, et y rattacher des normes morales et juridiques. En structurant le réel grâce à une ontologie, on privilégie, par le fait même, certains de ses aspects.¹⁷³

Perelman traite explicitement des droits de l'homme dans deux articles dont un dans lequel il insiste sur l'importance de la Cour européenne car « il n'y a de

¹⁷² Voir Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 49.

¹⁷³ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, op. cit., article « Peut-on fonder les droits de l'homme ? » (1964), p. 70.

droit que là où il y a des juges pour le dire¹⁷⁴ ». Vus du *Traité de l'argumentation*, les droits de l'homme servent à Perelman, surtout dans l'article de 1964, non seulement à illustrer, mais aussi à éprouver, son épistémologie des raisonnements pratiques.

L'enjeu pratique ou politique des droits de l'homme naît du constat qu'un positivisme strict est, après 1945, « inconciliable avec les faits¹⁷⁵ ». Dès lors, la problématique des droits fondamentaux se trouve faire écho, dans le domaine juridique, à la problématique de la vérité dans le *Traité de l'argumentation*. En effet, l'une et l'autre posent la question du caractère rationnel de la justification des opinions. Nous avons vu que la problématique de la vérité des opinions, du point de vue de l'argumentation, se traite dans l'entre-deux d'une alternative entre fanatisme et scepticisme, entre l'affirmation qu'une seule justification et celle qu'aucune justification des opinions est possible. Une alternative analogue se présente dans le contexte des droits de l'homme. D'une part, l'écueil d'une absence de fondement objectif aux droits de l'homme est connu, c'est la posture sceptique du positivisme qui refuse par principe la possibilité même de fondements naturels du droit. D'autre part, la quête d'un fondement évident des droits, où aucune « controverse quant à l'existence ou la portée de certains droits » ne serait plus possible, ne serait pas préférable ; cette posture absolutiste d'un naturalisme nous conduirait, « par esprit de système, [à] mettre nos normes et nos valeurs à l'abri d'un démenti » : *ce serait « reconnaître à l'idéologie, quels que soient ses motifs ou ses mobiles, un caractère intangible et imperfectible [et] à des institutions élaborées en vue de la protection de l'individu et de la promotion du bien commun, un caractère infallible qu'aucun démenti non conforme aux modalités prévues par ces institutions elles-mêmes ne devrait altérer¹⁷⁶ ».*

Bien au contraire, à l'instar de la confrontation des opinions qui conduit à une « quête des fondements » dès lors qu'elle porte sur la contestation du « normal » (au sens de l'opinion admise comme évidente), la controverse sur les droits de l'homme constitue une instance de « mise à l'épreuve » *de droit* d'une quelconque normalité démocratique. « Ce qui est », le « normal », est lié à une « vision du monde » partagée « jusqu'à plus ample informé » ; ce n'est pas un

¹⁷⁴ Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ, 1984, article « La sauvegarde et le fondement des droits de l'homme » (1982), p. 51.

¹⁷⁵ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article cité, op. cit., p. 69.

¹⁷⁶ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article cité, op. cit., p. 70.

élément intangible à l'abri de la discussion. A travers nos conceptions des droits de l'homme, nous développons ce que nous pouvons désigner, en référence à Gonseth, un « schéma » des relations interpersonnelles dans un cadre démocratique. Ce schéma nous induit dans « une vision globale et hiérarchisante du réel » en quoi, écrit Perelman, « le point de vue ontologique [diffère] du point de vue purement scientifique, purement méthodologique ». En appeler, dès lors, à une révision de la norme en plaidant pour une appréhension différente de la réalité sociale ne revient pas à commettre un sophisme naturaliste ; cela équivaut à rappeler « la menace d'un démenti [qui] pèse » sur toute « idée préalable ». « *Il en résulte que la tentative de fonder des normes à partir d'une ontologie ne consiste nullement dans une déduction d'un devoir-être à partir d'un être, d'un Sollen à partir d'un Sein, mais dans la structuration de ces normes à partir d'une vision du réel indissociable d'une mise en relief, donc d'une valorisation, soit de certains êtres, soit de certains aspects de l'être*¹⁷⁷. » Toute revendication en matière de droits de l'homme est donc *de droit* recevable et doit être considérée, au même titre que la conception « normale » des droits, comme une tentative de structuration de la réalité sociale à l'aune des droits fondamentaux et, en tant que telle, comme exposée au « démenti ».

Ferdinand Gonseth explicite l'idée de schéma en prenant l'exemple du « plan d'une ville » : c'est « un schéma [...] descriptif dont nous connaissons bien l'efficacité. [...] La description qu'il nous donne est [...] toujours simplifiée [et] symbolique [...] Sommaire, symbolique, inachevé, ce sont les caractères essentiels de tout schéma¹⁷⁸ ». Pour filer la métaphore gonsethienne, toute conception des droits de l'homme se présente comme un tel « plan » des rapports sociaux en démocratie – un schéma de la *Polis*, pourrait-on dire. Un sentiment d'injustice (« la réaction indignée de notre conscience », dirait Perelman¹⁷⁹), la revendication « d'un démenti non conforme aux modalités prévues par ces institutions elles-mêmes », peut s'analyser comme l'affirmation d'un participant aux débats sur les droits de l'homme que le plan disponible à un moment donné ne lui a pas permis de "s'y retrouver". Le doute ou l'incertitude déterminent alors une « quête de fondements » dans la mesure où ils naissent du sentiment (ou de la croyance) qu'un état du droit est inadéquat

¹⁷⁷ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article cité, p. 71.

¹⁷⁸ Gonseth, *Logique et philosophie des mathématiques*, op. cit., p. 67.

¹⁷⁹ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article cité, p. 70.

parce qu'il ne permet pas l'expression de modes de vie légitimes. Il faut donc revoir le plan (l'interprétation), sinon le cadastre (la norme conventionnelle). En ce sens, la configuration des débats sur les droits de l'homme doivent permettre aux acteurs de prendre position dans une « métropole épistémologique » (*supra*) touchant à la définition des règles de coexistence en démocratie¹⁸⁰.

Celui qui argumente en matière de droits de l'homme construit sa revendication comme un « plan », comme une représentation schématique de l'espace des raisons par lesquelles justifier, qui une prérogative, qui une ingérence ; il vise à convaincre de ce que son « plan » est plus fidèle à la situation, plus « idoine » que tout autre plan concurrent. Le besoin de justification dans ce contexte naît ainsi de la mise en concurrence de deux schémas ou de deux « plans » (ou plus). Si le résultat de la controverse réside dans l'affirmation de la supériorité d'un schéma sur le ou les autres disponibles, cela n'implique en aucun cas que le schéma "victorieux" en sera pour autant moins « sommaire [ou] inachevé ». Le critère de la « justification » en matière de droits de l'homme ne saurait donc être « l'évidence » ou le « caractère contraignant » des raisons alléguées ; ce sera nécessairement, écrit Perelman, son caractère « suffisant » étant entendu qu'un « fondement suffisant [...] écarte un doute ou un désaccord actuel, mais [...] ne garanti[t] pas, une fois pour toutes, l'élimination de toutes les incertitudes et de toutes les controverses futures¹⁸¹ ».

Le détour par l'épistémologie perelmanienne pour éclairer la rationalité des débats sur les droits de l'homme dépasse la simple similitude terminologique. Cette similitude se manifeste à travers le fait que les juges européens, pour décider du caractère « proportionné » ou « nécessaire » d'une ingérence, cherchent à déterminer si le gouvernement défendeur, au terme de sa confrontation avec le requérant, a produit « des raisons pertinentes et suffisantes » pour justifier la nécessité de l'ingérence qui lui est reprochée¹⁸². Au-

¹⁸⁰ Par l'idée de « schéma », il ne faut pas entendre le résultat d'une activité déficiente, simplificatrice, mais d'une rationalité suspendue à la possibilité constante de sa remise en cause : « Il arrive qu'en tel ou tel moment d'une recherche [...], le schéma soit la forme même sous laquelle se présente la meilleure connaissance possible de ce que la recherche vise. [...] Jamais cependant on ne peut être assuré d'avoir dépassé [...] le stade du schéma » (Gonseth, "Stratégie de fondement et stratégie d'engagement", op. cit., p. 178-179).

¹⁸¹ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article cité, p. 68.

¹⁸² Par ex., dans le corpus dégagé à la fin du ch. 3 (*supra*), Cour EDH, *Venema c. Pays-Bas* (2ème Section), req. n°35731/97, 17 déc. 2002, §90 : « Si les autorités nationales jouissent d'une [...]

delà, l'épistémologie qui sous-tend la théorie de l'argumentation de Perelman permet de considérer la « doctrine préalable » des droits de l'homme en Europe (articulée autour des trois exigences de la sociabilité européenne, du « procès » et de la « proportionnalité ») comme un dispositif épistémique rationnel dans la mesure où le développement des droits de l'homme sur la base du procès, de la controverse et de l'opposition des arguments présupposent et garantissent à la fois le caractère communautaire de la réflexion sur les droits de l'homme.

En effet, tout d'abord, la controverse sanctionne l'existence d'une communauté, d'un accord préalable entre les participants : « Pour que la recherche d'un fondement soit une entreprise sensée, il faut [...] qu'on admette l'existence de réalités ou de principes qui servent de fondement à autre chose, et qui soient eux-mêmes incontestables ou, du moins, incontestés¹⁸³ ». Les participants peuvent donc poursuivre uniquement leur « intérêt » (fut-ce par amour de soi et haine de l'autre) sans que nous puissions dénier pour eux la possibilité de prendre part aux débats sur les droits de l'homme en Europe avec « intelligence ». Ensuite, le procès en lui-même – c'est-à-dire la confrontation des arguments sous un mode éristique – constitue une modalité rationnelle de délibération sur les droits fondamentaux car, comme lorsqu'il s'agit de déterminer la vérité ou la validité d'une opinion, « la recherche d'un fondement absolu doit céder le pas à une *dialectique*, dans laquelle les principes que l'on élabore pour systématiser et hiérarchiser les droits de l'homme, sont constamment confrontés avec l'expérience morale, les réactions de notre conscience » (je souligne). La menace du « démenti » par les raisons des autres suffit à cet égard pour voir combien « la solution des problèmes suscités par cette confrontation ne sera ni évidente ni arbitraire [mais] elle sera fournie grâce

latitude pour apprécier la nécessité [d'une ingérence] [...], il reste que la Cour doit pouvoir se convaincre de l'existence en l'espèce de circonstances justifiant pareille mesure. A cet égard, elle doit notamment vérifier si, à la lumière de l'affaire considérée dans son ensemble, les raisons invoquées pour justifier la mesure étaient pertinentes et suffisantes, de manière à autoriser la conclusion qu'elle était « nécessaire dans une société démocratique ». Voir aussi cette opinion *in* Cour EDH, *E.P. c. Italie* (2ème Section), req. n°31127/96, 16 nov. 1999, op. diss. Juge Bonello, p. 19 : « une ingérence de l'Etat dans le droit fondamental au respect de la vie familiale ne peut se justifier que par des "considérations pertinentes et suffisantes". Pour se justifier, l'ingérence doit – pour en revenir à une autre formule – répondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi. »

¹⁸³ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article cité, loc. cit.

à une prise de position¹⁸⁴ », nous dirions aussi – au regard de ce qui précède – un « engagement » et une « responsabilité », de tous les participants.

« L'OPPOSABILITE » DES DROITS DE L'HOMME :
CONTRA PETER HAAS.

Nous disposons désormais dans cette étude d'un cadre épistémologique pour rendre compte de la légitimité du « procès » comme dispositif institutionnel visant l'interaction et l'évaluation de thèses contraires quant à la définition ou au champ d'application des droits de l'homme. Nous avons vu dans les chapitres précédents combien cette « opposabilité » des droits devant un tribunal était conçue par les juristes (négociateurs de la Convention, praticiens et doctrine juridique) comme une garantie de leur effectivité. Cet a priori favorable se traduit aussi à travers un véritable engouement pour les droits dits « opposables » par-delà la matière des droits de l'homme. En France, par exemple, la loi a institué en 2007 un droit au logement opposable et on projette pour 2012 un droit opposable à la garde des enfants en bas âge.

a. Position du problème.

Le problème qui se pose, si l'opposabilité doit constituer l'avenir des droits de l'homme en Europe (ce qu'implique la réforme instaurant la Cour européenne comme organe unique d'application de la Convention), est un problème d'acceptabilité : l'opposabilité doit non seulement constituer un mécanisme acceptable pour les Etats (cf. chapitres précédents), mais elle doit être aussi acceptable du point de vue des droits de l'homme, c'est-à-dire en permettre un développement rationnel. C'est à ce titre que « l'opposabilité » doit être envisagée d'un point de vue épistémique, c'est-à-dire du point de vue de la « praticabilité » du procès comme instance d'adjudication de la validité des revendications et des opinions particulières sur les droits de l'homme.

Dans la première section de cette étude (ch. 1 et 2), j'ai utilisé le concept d'acceptabilité comme un concept empirique sanctionné par l'adhésion des Etats à des instruments internationaux en matière des droits de l'homme. Dans le chapitre précédent (ch. 3), nous avons vu que le concept d'acceptabilité joue cependant aussi un rôle après la ratification de ces instruments : c'est la capacité

¹⁸⁴ Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article cité, p. 72.

du modèle du « procès » à instaurer et à conserver la dynamique d'un processus « d'acculturation » entre les participants qui est en jeu. Enfin, « l'acceptabilité » est apparue dans ce chapitre comme un enjeu d'épistémologie puisqu'il touche à la possibilité d'une « adjudication rationnelle » des arguments développés par les participants et, partant, d'une montée doxastique des croyances individuelles vers un état de « communauté » entre ceux qui prennent part, qui à un débat scientifique, qui à un débat juridique.

Cet enjeu épistémologique n'est pas indifférent à la question des droits de l'homme puisqu'il pose la question de la justification des revendications particulières et du développement des droits sur la base d'une interrogation continue de leurs « fondements ». La question d'un « collectif de pensée » (L. Fleck) ou d'une « communauté épistémique » (B. van Fraassen) en matière de droits de l'homme consiste à se demander si l'opposabilité juridique permet l'établissement d'une délibération collective sur les droits, délibération qu'on peut qualifier de rationnelle. Ainsi qu'en épistémologie, il s'agit de rechercher les conditions d'un résultat épistémique tangible sur la base de présuppositions minimales concernant les qualités subjectives des participants au processus collectif étudié. Cependant, il ne s'agit pas de considérer l'ensemble de ceux (requérants, défendeurs, juges) qui participent à la discussion sur les droits de l'homme en Europe comme une entité de type sociologique ; pour qu'il soit possible de caractériser une construction intersubjective des droits sur la base de l'interaction entre des agents aussi divers, il faut considérer le concept de communauté, ou de collectif, comme un concept normatif. Si l'opposabilité des droits en Europe ne répond pas à ces conditions, il sera impossible de considérer que les individus, les Etats et les juges peuvent entretenir des liens épistémiques.

Ces conditions normatives à l'existence d'une communauté épistémique entre des agents sont au nombre de deux (*supra*, 1.). La première a trait à la régulation de la participation des uns et des autres, au commerce entre eux, qui doit être libre et pacifique ; de ce point de vue, l'opposabilité répond aux exigences car le procès garantit une coexistence pacifique entre les protagonistes (pensons aux règles d'indépendance de la Cour ainsi qu'aux règles de protection des requérants). La seconde condition a trait au régime de l'interaction entre les agents épistémiques qui doit établir entre eux une « coordination » au sens kantien d'une égalité de droit entre les prétentions concurrentes à la validité. Cette égalité de droit est matérialisée par la soumission des participants

à une même forme d'adjudication, ce qui est apparu au chapitre précédent (ch. 3) à travers l'instauration d'une méthode commune pour la justification des thèses qui touchent à la définition et à l'extension des droits de l'homme (le contrôle dit de « proportionnalité » visant à décider si une ingérence donnée est « nécessaire dans une société démocratique »). Ce régime commun d'adjudication peut être présumé rationnel dans la mesure où il s'exerce sur toutes les croyances (ou prétentions à la validité) relatives aux droits de l'homme, aussi bien sur les arguments des juges européens que sur ceux des parties au procès (requérants ou gouvernements défendeurs). Il peut aussi être réputé rationnel car il permet de distinguer entre les arguments qui peuvent, ou non, être légitimement convoqués en matière de droits de l'homme, c'est-à-dire ceux qui peuvent valoir comme raisons pour justifier qu'une requête, qu'une défense ou une décision.

Combinant ainsi la forme du procès et l'adjudication commune des arguments, l'opposabilité des droits peut être envisagée comme une instance de délibération collective impliquant tous les participants dans une forme de « communauté épistémique ». Ce modèle est un modèle de rationalité car il propose de traiter de « l'acceptabilité » au niveau de l'usage des arguments, des pratiques discursives et argumentatives. Ce niveau est celui de la communauté qui s'instaure, non entre gens du même avis ou persuadés des mêmes choses (cf. les limites du schème idéationiste en matière de droits de l'homme, *supra*), mais entre gens qui prennent position dans un débat entre des croyances opposées et assument « l'engagement » ou la « responsabilité » de la « justification » des thèses qu'ils avancent. En ce sens, le modèle de la « communauté épistémique » que je propose pour rendre compte de la rationalité des débats en matière de droits de l'homme en Europe participe d'un processus inférentiel visant à produire un résultat épistémique au terme de la confrontation des « raisons » :

[...] propositional contentfulness must be understood in terms of practices of giving and asking for *reasons*. A central contention is that such practices must be understood as *social* practices – indeed, as *linguistic* practices. The fundamental sort of move in the game of giving and asking for reasons is making a *claim* – producing a performance that is propositionally contentful in that it can be the offering of a reason, and reasons can be demanded for it.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Brandom, *Making it Explicit*, op. cit., p. 141.

Competent linguistic practitioners keep track of their own and each other's commitments and entitlements. They are (we are) *deontic scorekeepers*. Speech acts, paradigmatically assertions, alter the deontic score; they change what commitments and entitlements it is appropriate to attribute, not only to the one producing the speech act, but also to those to whom it is addressed.¹⁸⁶

La description en termes inférentialistes des débats entre les participants au « procès » en matière de droits de l'homme en Europe permet de conférer une valeur épistémologique à l'adjudication, par les juges européens, des raisons qui sont présentées devant eux par les comparants à la lumière de leur caractère « pertinent et suffisant ». Mais cette description, dans la mesure où les participants, en ce compris aussi les juges, se comportent alternativement en « producteurs » et en « consommateurs » de raisons, permet aussi de conférer une valeur épistémologique à un élément plus flou de la problématique de la justification en droit, à savoir « l'acceptabilité sociale » d'une décision. En effet, le processus inférentialiste décrit par Robert Brandom ne connaît pas de point d'arrêt du seul fait de l'autorité accordée à une chose jugée ; une opposition entre deux croyances concurrentes relativement aux droits de l'homme, par-delà une décision des juges européens, pourra ressurgir à l'occasion d'une autre requête : “[the] reference to legal praxis does not « lock in » the justification of [an] interpretative alternative in a way which would shut out possible disagreement. On the contrary, the chain of arguments must be continued¹⁸⁷.” La continuation de cette chaîne des arguments présuppose une forme d'adjudication, par les participants aux débats européens (comparants, juges dissidents), des décisions rendues par la Cour européenne dans une affaire.

b. La forme d'une « communauté épistémique » pour les droits de l'homme opposables (DHO).

Une transposition du modèle de la « communauté épistémique » au domaine de la délibération pratique existe d'ores et déjà dans la littérature. Peter M. Haas développa une théorie de la « communauté épistémique » pour décrire les processus de coopération internationale, notamment en matière environnementale ; cette approche du « pouvoir, [de la] connaissance et [de la] coordination internationale des politiques publiques » fut généralisée dans un

¹⁸⁶ Brandom, *Making it Explicit*, op. cit., p. 142.

¹⁸⁷ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, op. cit., p. 129.

volume de la revue *International Organization* en 1992 (*epistemic communities theory* ou modèle ECT)¹⁸⁸. Seulement, ce modèle ne saurait satisfaire les conditions de rationalité que l'épistémologie précédente a permis d'explicitier pour les droits de l'homme opposables. Il convient donc de distinguer en quoi cette « épistémologie pratique » que j'ai décrite propose un modèle alternatif de la « communauté épistémique » adéquat à la matière envisagée dans cette étude (modèle DHO).

Haas élabore, dès son article « *Do regimes matter? Epistemic communities and Mediterranean pollution control* » de 1989, un modèle des communautés épistémiques en contexte pratique, modèle qu'on peut dire linéaire : il s'agit d'étudier comment, en partant d'une connaissance consensuelle, des groupes d'experts parviennent à influencer la politique des Etats par voie de persuasion (Figure 12).

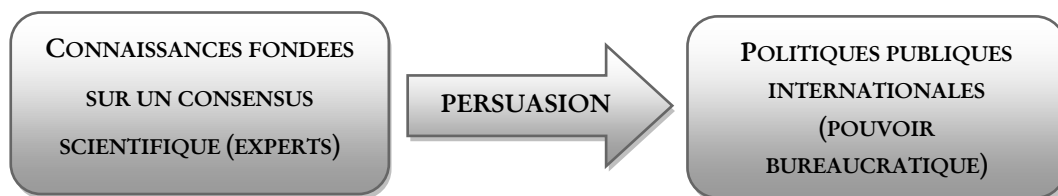


Figure 12 : le modèle ECT de la communauté épistémique (P. Haas).

Ce passage propédeutique d'un corpus de connaissances à la détermination d'un plan d'action interétatique passe par la conception d'un « régime » de coopération (on peut dire aussi un « design institutionnel », *supra*, ch. 3). Ce modèle du « régime » induit une forme de socialisation entre les Etats qui y participent : *“Regimes are not simply static summaries of rules and norms; they may also serve as important vehicles for international learning that produce convergent state policies”*¹⁸⁹. De ce point de vue, le modèle ECT paraît convenir à une description du système conventionnel : loin de se résumer au « règlement d'un club » (*supra*, ch. 1), les contraintes juridiques qui le constituent trouvent

¹⁸⁸ Voir respectivement : Peter M. Haas, "Do Regimes Matter? Epistemic Communities and Mediterranean Pollution Control", *International Organization*, 43-3, 1989 ; Peter M. Haas, "Epistemic Communities and International Policy Coordination", *International Organization*, 46-1, 1992 ; Emanuel Adler, Peter M. Haas, "Epistemic Communities, World Order, and the Creation of a Reflective Research Program", *International Organization*, 46-1, 1992. Aussi, pour un élargissement : Craig W. Thomas, "Public Management as Interagency Cooperation: Testing Epistemic Community Theory at the Domestic Level", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 7-2, 1997.

¹⁸⁹ Haas, "Do Regimes Matter?...", op. cit., p. 377.

leur sens dans l'initiation d'un processus de coordination interétatique, processus fondé de surcroît sur l'instauration d'une relation propédeutique (*social learning*). Seulement, le modèle ECT ne propose pas de rendre compte de la production de connaissances, même au sens faible qui peut être celui de la « connaissance » dans les domaines pratique ou juridique, c'est-à-dire un état de certitude sur ce qui est souhaitable et recommandable ou sur les droits et obligations de chacun. Au contraire, il se fonde sur trois présupposés qui révèlent son inadéquation à l'objet de cette étude :

1. le modèle ECT développe une conception consensualiste et préalable des « connaissances » à l'intérieur d'un système de coordination interétatique ;
2. le modèle ECT repose sur des relations d'influence et des liens stables entre les acteurs épistémiques (groupe d'experts) et les acteurs politiques (instances décisionnaires au sein des Etats concernés) ;
3. le modèle ECT vise à rendre compte d'une problématique d'efficacité des coopérations interétatiques en termes d'observance (*compliance*).

Ces trois présupposés se trouvent condensés dans l'extrait suivant qui énonce en quelque sorte la loi empirique de la sociabilité interétatique dans le modèle ECT : "*the loss of consensus within the group [of experts] or the loss of the group's access to high-level decision making would lead to a breakdown in compliance*¹⁹⁰" ; selon Craig Thomas, "Peter Haas refined the concept of epistemic community to explain international cooperation. [...] Epistemic communities are like-minded networks of professionals whose authoritative claim to consensual knowledge provides them with a unique source of power in decision-making processes¹⁹¹".

L'enjeu épistémique des débats sur les droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe ne correspond pas à la caractérisation de l'efficacité d'un système de coopération sur la seule base de l'observance (*supra*, ch. 3). Ceci conduit à distinguer la caractérisation statique des connaissances en jeu dans le modèle ECT et celle dynamique de la définition des droits de l'homme dans un système, tel le système européen, où se pose la question d'une « acculturation »

¹⁹⁰ Haas, "Do Regimes Matter?...", op. cit., p. 380.

¹⁹¹ Thomas, "Public Management as Interagency Cooperation...", op. cit., p. 221.

des participants. Ce sont, *in fine*, les relations entre les acteurs dans le système européen qu'il faut chercher à caractériser car le cadre du « procès » ne permet pas de partir de l'exigence d'un consensus existant, ni de viser l'instauration d'un mécanisme de « persuasion » comprise comme la résultante d'un jeu d'influence et de rapports interinstitutionnels. Au contraire, le « procès » est occasionné par l'absence ou l'insuffisance d'un consensus existant et instaure des relations interpersonnelles entre les participants dans un contexte où le jeu des influences directes est neutralisé de manière à établir une égalité entre eux.

L'instauration d'une communauté épistémique à travers le « procès » présuppose qu'une forme de rationalité existe dans de telles interactions, c'est-à-dire qu'un processus d'accord sur la base de contraintes épistémiques peut y être caractérisé. La troisième section de cette étude a pour objet de vérifier la réalisation de ces deux conditions dans le système de protection des droits de l'homme en Europe. Pour l'heure, il suffit de remarquer que les premier et troisième présupposés du modèle ECT ne peuvent être admis pour une transposition du modèle de la « communauté épistémique » à mon objet. Dès lors, une telle transposition repose sur la possibilité de caractériser les relations et les liens entre les participants aux débats sur les droits de l'homme de manière différente, mais tout aussi plausible, que dans le deuxième présupposé du modèle ECT.

Le modèle ECT recourt à un paradigme relationnel fondé sur la force (ou l'intégration) des rapports entre les participants. Cela se traduit au niveau des rapports à l'intérieur de la communauté épistémique entre les experts (à travers le « consensus ») ainsi qu'entre cette communauté et les organes décisionnels (à travers « l'influence »). Dès lors, dans l'approche de P. Haas, les communautés épistémiques sont d'appréhendées comme des entités sociologiques dont la composition est une condition de succès ou d'échec des négociations ; l'élément causal de la théorie repose sur la capacité de ces communautés à établir et à entretenir des *liens forts* entre les experts (qui forment en ce sens une « communauté officielle ») et le pouvoir politique.

Un modèle DHO est opposé, peut-être complémentaire dans la mesure où il envisage un autre type de relations à l'échelle internationale. Il ne peut aucunement faire du consensus un point de départ ou une condition épistémique ; au contraire, dans le cadre inférentiel d'un « marché des raisons » (R. Brandom), le système doit admettre la dissension, entre les comparants, mais

aussi entre les juges via la possibilité pour eux d'ajouter des opinions séparées (concordantes ou dissidentes) au dispositif de l'arrêt. Dès lors, le point de départ de Haas (*like-minded community*) apparaît au mieux comme un point d'arrivée pour le modèle DHO au bout de ce que Brandom appelle un processus social qui mène des raisonnements individuels à une représentation commune sous forme d'accords épistémiques ("*a social route from reasoning to representing*¹⁹²") : la dimension communicationnelle du droit dégagée dans le chapitre précédent (ch. 3) ne se fonde pas sur la cohésion et le caractère fortement intégré des relations entre les participants (le consensus), mais sur la continuation d'un processus inférentiel par lequel les raisons produites par les uns et par les autres à l'appui des opinions qu'ils expriment peuvent être continuellement évaluées, réutilisées ou critiquées par tous¹⁹³. Dans cette perspective, le critère empirique d'une « communauté épistémique » (définie comme *like-minded community*) ne sera pas le « consensus », mais la capacité ou la compétence communicationnelle des participants.

Ceci permet faire une distinction entre le modèle de la « communauté épistémique » dans le contexte étudié par P. Haas (ECT) et dans le contexte des droits de l'homme opposables (DHO) au niveau de la fonction propédeutique des argumentations. Dans le modèle ECT, il n'est pas question d'une justification rationnelle des contenus de croyance dans le moment propédeutique de la « persuasion » des autorités compétentes à agir de telle ou telle façon. Dans le contexte des droits de l'homme en Europe, par contre, l'absence de consensus implique de penser le mécanisme propédeutique comme indissociable de la justification des prétentions à la validité ; le modèle de la communauté épistémique y est couplé avec l'exigence d'une « acceptabilité rationnelle¹⁹⁴ » des interprétations possibles de la Convention : "Justification is a procedure of rational practical discourse. In a way, the justification of an interpretative standpoint is the same as to follow that procedure [...] Rational acceptability as a regulative principle [...] ought to attempt to reach such legal

¹⁹² Brandom, *Articulating Reasons*, op. cit., p. 157.

¹⁹³ Brandom, *Articulating Reasons*, op. cit., p. 167-168 : "Talk about representation is talk about what it is to secure communication by being able to use one another's judgments as reasons, as premises in our own inferences, even just hypothetically, to assess their significance in the context of our own collateral commitments."

¹⁹⁴ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, op. cit., p. 185 et p. 227.

interpretations that could secure the support of the majority in a rationally reasoning legal community.”

Dans un modèle DHO, il ne s’agira donc pas de « persuasion » dans le sens d’une influence, mais de « communication » où l’usage des méthodes d’interprétation visera à ménager la possibilité, pour le tenant d’une opinion, de partager sa croyance (ou sa conviction) avec les autres membres de la communauté, indépendamment de leur acceptation finale. Les méthodes d’interprétation et d’argumentation apparaissent dans ce contexte comme de partager une croyance en la rendant plausible aux yeux des autres (“*as a means [for the author] of conveying what he had in mind*¹⁹⁵”).

Dès lors, une « communauté épistémique » entre les participants aux débats sur les droits de l’homme repose sur un principe épistémique et non un principe sociologique comme dans le modèle ECT : il s’agit de distinguer, à travers les usages des techniques d’interprétation et d’argumentation juridiques les éléments qui attestent d’une capacité des participant à se comprendre, si ce n’est à se mettre d’accord. Un modèle DHO ne peut donc être linéaire car la progression qu’il étudie, qui va des désaccords vers la recherche d’une forme de cohérence, est problématique. La condition méthodologique d’une théorie de *la* communauté épistémique en contexte délibératif est de la définir comme une entité normative d’un point de vue épistémologique ; l’élément causal de cette théorie repose sur la multiplication de *liens faibles* – accidentels, incidents – entre les participants (et non sur la permanence de *lien forts* de consensus ou d’influence). Chaque requête, chaque litige, chaque arrêt, est ainsi l’occasion d’un lien entre des participants ; la cohérence, ou l’effectivité, du système requiert la multiplication et la répétition de telles relations (caractère répétitif des confrontations d’opinions, ou récursivité du processus ; voir figure 13).

¹⁹⁵ Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Chicago, Northwestern University Press, 1931, p. 516.

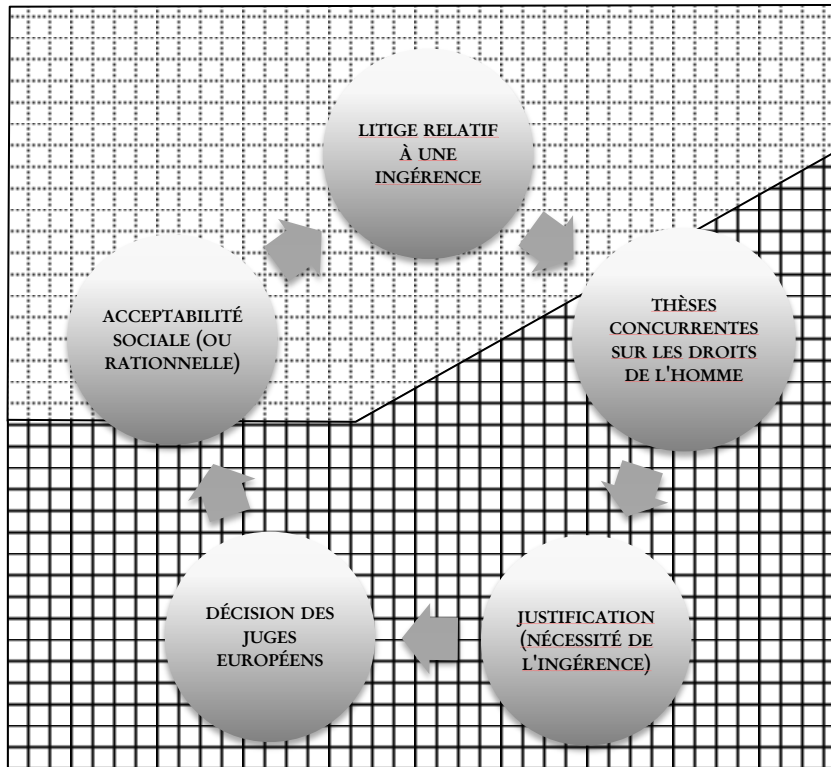


Figure 13 : modèle de la communauté épistémique pour les DHO.

Remarquons, mais les modalités en seront précisées dans la conclusion générale, qu'un tel modèle DHO de la « communauté épistémique » pour les controverses juridiques (particulièrement, les controverses relatives aux droits de l'homme) permet de figurer une articulation entre un pan juridique (quadrillage plein) et un pan social ou politique (quadrillage discontinu) de « l'adjudication rationnelle » des contenus de croyance individuels (« revendications », « convictions » ou « prétentions à la validité »). Cette articulation permet de figurer l'inscription des réponses apportées par les juges européens aux situations d'incertitude qui leur sont soumises dans un contexte délibératif qui excède les limites de la « logique juridique » tout en conservant à celle-ci sa spécificité ; à travers cette « mise à l'épreuve » par-delà « l'autopoïèse » juridique, on peut concevoir le principe d'une montée d'un conflit des revendications à un processus collectif « d'acculturation »¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Le modèle autopoïétique de la rationalité juridique envisage des communications intersystémiques entre le droit et d'autres systèmes sociaux (l'économie, par ex.) ; le modèle de la « communauté épistémique » intègre cette possibilité de communications intersystémiques, mais dans une perspective peut-être plus souple que la seule « coévolution » des systèmes ou la « reconstruction » dans l'un ou l'autre des modifications intervenues à l'extérieur de lui (voir Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, op. cit., p. 93-97).

Le modèle DHO entretient avec le modèle ECT de Peter Haas, le présupposé que l'observance est une fonction de la circulation des connaissances (« acculturation » en ce sens) à l'intérieur des systèmes de coopération¹⁹⁷. Seulement, tandis que le modèle ECT pose un problème empirique d'observance sur la base de « liens forts » (de persuasion, figure 12), le modèle DHO pose un problème épistémique d'« acceptabilité rationnelle » sur la base de « liens faibles » (de « démenti » au sens gonthien).

A partir des années 1970 et sous l'influence de Mark Granovetter, la théorie sociologique a tenu pour acquis qu'une organisation sociale tient par une combinaison de tels liens forts et faibles entre ses membres. L'exemple confirmatoire de la théorie de la force des liens faibles (*Strength of Weak Ties*) fut le marché de l'emploi démontrant que les liens faibles démultiplient l'accès à l'information et les chances d'obtenir un emploi¹⁹⁸. D'autres exemples, dont le marché de l'emploi des jeunes universitaires, montrèrent cependant que certaines organisations sociales reposent essentiellement sur la capacité des agents à former et entretenir des liens forts entre eux¹⁹⁹. C'est typiquement le cas d'organisations telles que celles étudiées par Peter Haas qui reposent sur des logiques d'*agency*, de *lobbying* et font intervenir des groupes d'intérêts ou de pression. Le domaine juridique, et notamment fiscal, a récemment fourni aux théoriciens l'occasion d'étudier cette tension, autant que cette complémentarité, entre liens forts et liens faibles en distinguant "*the role of networks in shaping knowledge and willingness to obey the law*"²⁰⁰. Ces études concluent que les ressorts de l'observance et les ressorts de la pertinence épistémique sont opposés : d'une part, on obéit par conformité au groupe, en vertu de liens forts et de valeurs consensuelles souvent distinctes d'une connaissance précise de la loi ; d'autre part, on acquiert de l'information (et l'on peut éventuellement développer des stratégies d'évitement ou d'évasion fiscale, des astuces pour

¹⁹⁷ Wolfgang H. Reinicke, "The Other World Wide Web: Global Public Policy Networks", *Foreign Policy*, 117, Winter 1999-2000, p. 57 : "Ernst B. Haas has long emphasized that knowledge and learning are key to improving global governance."

¹⁹⁸ Mark S. Granovetter, "The Strength of Weak Ties", *The American Journal of Sociology*, 78-6, 1973, p. 1372.

¹⁹⁹ Mark S. Granovetter, "The Strength of Weak Ties: A Network Theory Revisited", *Sociological Theory*, 1, 1983, p. 209 : "strong ties have greater motivation to be of assistance and are typically more easily available."

²⁰⁰ Christine H. Roch, John T. Scholz, Kathleen M. Mcgraw, "Social Networks and Citizen Response to Legal Change", *American Journal of Political Science*, 44-4, 2000, p. 777.

échapper à la loi) par l'activation d'un réseau élargi²⁰¹. Le rapport des Etats au « marché des raisons » en matière de droits de l'homme serait, dans cette perspective, comparable à celui de contribuables pour lesquels il s'agit d'acquérir une connaissance suffisante du système pour optimiser un rapport coût/bénéfice. Les bénéficiaires sont eux-mêmes soumis à des contraintes d'optimisation mais ils seraient plutôt dans la position du percepteur, c'est-à-dire soucieux d'optimiser le rendement des engagements déclarés... Je questionne dans le chapitre suivant (ch. 5) la légitimité de tels comportements d'efficience dans le domaine des droits fondamentaux.

La faiblesse des liens qui constituent une organisation sociale apparaît dès lors comme une force, ou un gain, non seulement en termes de cohérence épistémique (*"social systems lacking in weak ties will be fragmented and incoherent"*²⁰²), mais aussi de cohésion sociale (ou de sociabilité à l'intérieur d'un système tel que le système européen). Ainsi, l'opposabilité des droits de l'homme, par la multiplication des litiges impliquant les Etats de manière aléatoire, empêcherait la formation d'idiosyncrasies et favoriserait une application égale (universelle) des droits de l'homme sur la région concernée. La faiblesse des liens caractérisant la pratique juridique fondée sur l'opposabilité des droits de l'homme (le « procès ») empêcherait aussi toute collusion entre les Etats (pas de « modestie cynique ») ou entre les bénéficiaires (pas d'actions répétitives et abusives) : stabilité des attentes individuelles et stabilité des engagements internationaux se trouveraient ainsi parfaitement conciliables (et conciliés ?).

²⁰¹ Stig S. Gezelius, "Do Norms Count? State Regulation and Compliance in a Norwegian Fishing Community", *Acta Sociologica*, 45-4, 2002, p. 305 : l'auteur document l'hypothèse selon laquelle les déterminants de l'observance sont personnels (les liens avec la communauté) plutôt que juridiques (l'exposition à la sanction). Voir aussi Roch, Scholz, McGraw, "Social Networks and Citizen Response to Legal Change", op. cit., p. 779 et p. 781 : les discussions sur la loi fiscale entre proches (liens forts) sont générales (*multi-purposed*) et convoquent peu de connaissances tandis que les mêmes discussions sur base de liens faibles (le contribuable et son conseiller fiscal, par ex.) sont spécifiques (*specialized*) et charrient beaucoup de connaissances.

²⁰² Granovetter, "The Strength of Weak Ties: A Network Theory Revisited", op. cit., p. 202 ; dans un sens proche des études détaillées dans la note précédente, cela signifie que le niveau lointain (liens faibles) est plutôt celui de l'information et des connaissances et le niveau proche (liens forts) est plutôt celui de la décision et de la détermination du comportement.

Conclusion

Le tableau semble idyllique d'une idée faible, celle d'opposabilité, comme garantie forte de l'effectivité des droits de l'homme. Elle a néanmoins un coût important. Bien sûr, l'indépendance d'une juridiction chargée d'appliquer les droits de l'homme permet de résister aux tentatives de collusion d'un groupe d'Etats tentés de les instrumentaliser afin d'en faire non des garanties de liberté pour les individus mais uniquement des gages de stabilité géopolitique. Mais n'échappons-nous pas à un danger, celui de la clique et de la collusion cynique (R. J. Vincent, *supra*, ch. 2), pour mieux tomber dans un autre, celui de l'astuce et des stratégies d'évasion ou d'évitement ?

Cette question engage la pertinence de l'approche adoptée dans cette étude, à savoir l'analyse des confrontations discursives entre les parties-prenantes au « procès » en matière de droits de l'homme. Le « procès », l'opposition éristique des arguments, constituent-ils de ce point de vue un mode de participation suffisant pour garantir une montée doxastique des revendications ou prétentions particulières à une configuration rationnelle des droits de l'homme en Europe ? Ne s'agit-il pas là d'une forme de « socialisation » par trop minimale pour supporter de véritables ambitions épistémiques en termes de définition des droits et d'accord sur leur signification dans telle ou telle situation concrète ? Il y a là un véritable élément de doute quant à la pertinence du modèle de la « communauté épistémique » et quant à la portée d'une « épistémologie pratique » ou « sociale », d'une épistémologie de la délibération, dans un cadre concurrentiel et dialogique : dans le cas de la mise en œuvre des droits de l'homme en Europe, « peut-on encore parler [...] d'un lexique structuré [lorsque] les relations structurelles entre les termes de la langue [sont] laissées à la compétences des usagers²⁰³ » ?

Cette question reste ouverte à ce stade de la réflexion. J'ai formulé et documenté dans ce chapitre l'hypothèse sous l'angle de laquelle je propose d'y répondre, à savoir qu'une épistémologie du *Traité de l'argumentation* de Perelman permet de défendre que l'efficace d'une argumentation n'est jamais exclusive d'une adjudication de la validité des arguments soulevés et que la confrontation des arguments, y compris dans un cadre éristique où il s'agit de « gagner le procès », conduit à des résultats épistémiques (la « justification » des croyances

²⁰³ Gardin, *La logique du plausible*, op. cit., p. 31.

individuelles). La troisième section de cette étude est consacrée à une confrontation de cette hypothèse aux pratiques discursives à la Cour européenne des droits de l'homme et aux interactions argumentatives que le « procès » en la matière induit pour ses « participants ».

TROISIEME PARTIE :
ANALYSE ARGUMENTATIVE

Chapitre cinq. Argumenter pour s'imposer et vivre sans trop de liberté ?

« On nous objectera peut-être que la dispute est *toujours* sophistique. Peut-être, en effet, transgresse-t-on les règles du savoir-vivre argumentatif lorsqu'on s'en prend aux prémisses de son adversaire. [Mais] qu'une argumentation soit correcte ou fallacieuse ne doit certainement pas dépendre des intentions louables ou blâmables de l'argumentateur¹. »

Il s'agit, dans la troisième partie de cette étude, d'éprouver la pertinence du paradigme argumentatif pour évaluer la « rationalité » de l'activité des acteurs des droits de l'homme en Europe, c'est-à-dire la relation entre leurs engagements argumentatifs et le développement d'une sociabilité européenne. J'ai opéré dans la partie précédente trois clarifications :

1. les acteurs des droits de l'homme sont les *participants* aux débats à la Cour européenne, à savoir les requérants, les gouvernements défendeurs et les juges européens ;
2. ils s'opposent les uns aux autres sur la *définition* des droits de l'homme et formulent à cet égard des revendications contradictoires, ce qui semble contrevenir à un « progrès » du droit ;
3. l'*argumentation* semble ambivalente au regard de cette tension : d'une part, elle pose comme index de rationalité la congruence des

¹ Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, op. cit., p. 16 et p. 25.

contradicteurs sur une définition des droits et, d'autre part, elle interdit de fonder cette congruence sur la seule autorité des décisions des juges.

Toute remontée des revendications à une définition commune des droits est-elle forcée d'achopper sur cette tension entre critère épistémique (l'accord) et critère pratique (le pluralisme) de la rationalité des débats sur les droits de l'homme ?

Répondre à cette question revient, non à défendre une thèse sur les droits de l'homme, mais une thèse sur la pertinence de l'approche argumentative. Bien entendu, ce qui se profile en arrière-plan, c'est une réflexion sur le bien-fondé de la voie contentieuse pour assurer la convergence des pratiques des Etats européens en matière de droits de l'homme. Mais, en appliquant la distinction d'Hersch Lauterpacht, laissons aux juristes (en particulier les auteurs de doctrine) le soin de distinguer les conditions de réalisation d'une telle convergence et aux institutions (politiques ou judiciaires) la charge de s'y engager, et jusqu'à quel point. La philosophie ne peut répondre à cette question de politique juridique, dont on peut faire crédit à Hans Kelsen qu'elle touche à la « volonté »². L'analyse des conditions d'adoption et de mise en œuvre des droits de l'homme en Europe a montré qu'en la matière, on se défierait plutôt de la seule volonté étatique. L'approche argumentative est pertinente dans cet entre-deux : les Etats européens se sont engagés en faveur des droits de l'homme (a priori parce que l'adoption de telles contraintes rencontrait des intérêts souverains) mais on ne peut présumer de la constance de leur volonté car cet engagement a un coût. C'est lorsque la volonté n'est pas acquise, et lorsqu'elle n'est pas non plus exclue, qu'on peut s'interroger sur la valeur de l'argumentation comme mode de délibération. En effet,

Die Funktion von Argumentationen kann man nur im Zusammenhang mit einer Theorie des Konfliktes beschreiben. In Argumentationen geht es zweifellos um „das Strittige“, aber nicht immer, wenn es um etwas Strittiges geht, wird argumentiert.³

² Volonté politique, comme le soulignait Hersch Lauterpacht à propos du degré de souveraineté que les Etats européens consentirent à sacrifier à la promotion des droits de l'homme, ou volonté des juges européens, dans la mesure où la valorisation d'une définition des droits de l'homme pourrait répondre à « des motifs de politique juridique » qui justifieraient à leurs yeux de « repousser l'idée d'appliquer le droit en vigueur, alors que cette application serait logiquement tout à fait possible » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 330).

³ Paul-Ludwig Völzing, "Zu Funktion und Struktur von Argumentationen", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 65-2, 1979, p. 229.

Les auteurs soulignent fréquemment l'opposition de l'argumentation et de la violence (où toute volonté d'accord est exclue)⁴. J'insisterai quant à moi sur une autre ligne de fracture, interne à l'argumentation. Délibérer, c'est traiter de l'incertain, mais on peut le faire de deux manières distinctes, selon que la volonté des acteurs à s'entendre est acquise ou non ou, pour le dire autrement, selon que l'on « discute » ou selon que l'on « débat ». Au terme du chapitre 4, nous savons que Chaïm Perelman distingue sous ces deux aspects, coopératif ou concurrentiel, deux points de vue sur l'argumentation : « le point de vue heuristique », où « la discussion [apparaît] comme l'instrument idéal pour arriver à des conclusions objectivement valables », et « le point de vue éristique », où « chaque interlocuteur n'avancerait que des arguments favorables à sa thèse »⁵. Cette présentation de l'alternative traduit les réticences de la philosophie vis-à-vis de la voie éristique : l'adhésion ne doit pas être fonction de la « supériorité dialectique » d'un contradicteur ; les aspects de vérité d'un argument ne doivent pas être sacrifiées à son efficacité (*supra*, ch. 4).

Tous les éléments sont en place, dès l'abord, certes pour reconnaître l'inclusion du « point de vue éristique » dans le domaine de l'argumentation, mais aussi pour s'en défier d'emblée. Reconnaisant le fondement conflictuel de toute interaction argumentative, Paul-Ludwig Völzing précise cependant rapidement que, des deux branches de l'alternative⁶, « la question de la structure des argumentations doit seulement être posée pour les procédés coopératifs » ; de telles contraintes rationnelles de l'argumentation ne pourraient être mises en évidence pour les procédures éristiques qui sont reléguées à des « formes quotidiennes d'argumentation »⁷. Par contraste par rapport à ces pratiques quotidiennes, acquises spontanément avec la maîtrise du langage, la théorie de l'argumentation chercherait à déterminer sous quelles conditions la « discussion » conduit à des résultats épistémiques valides⁸. Pour ma part, et

⁴ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 73 : « L'usage de l'argumentation implique que l'on a renoncé à recourir uniquement à la force, que l'on attache du prix à l'adhésion de l'interlocuteur, obtenue à l'aide d'une persuasion raisonnée, qu'on ne le traite pas comme un objet, mais que l'on fait appel à sa liberté de jugement. »

⁵ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 49.

⁶ Völzing, "Zu Funktion und Struktur von Argumentationen", op. cit., p. 229 : „Bei diesen [...] echten Konflikten sollte man eine Trennung zwischen taktisch strategischen Bewältigungsprozeduren und kooperative Lösungen machen.“

⁷ Völzing, "Zu Funktion und Struktur von Argumentationen", op. cit., p. 234.

⁸ Van Eemeren, Grootendorst, Snoeck Henkemans, *Fundamentals of Argumentation Theory*, p. 275 : “argumentation is a phenomenon of verbal communication which should be studied as a

dans la mesure où je ne traite pas dans cette étude du « point de vue heuristique » ou du « dialogue coopératif⁹ », je me contenterai de souligner que l'étude des procédures argumentatives n'est peut-être pas décisive lorsque la volonté des acteurs à s'entendre est acquise car, dans un tel contexte, la réussite de la délibération peut dépendre essentiellement de compétences logiques et cognitives des participants. En contexte éristique, au contraire, on ne peut soustraire la dimension performative de l'argumentation, c'est-à-dire l'efficacité des discours sur leurs auditoires, du résultat de l'interaction. La question de la pertinence de la voie contentieuse en matière de droits de l'homme devient dès lors une question adressée à la théorie de l'argumentation : le procès peut-il constituer réellement un instrument pertinent (sinon « l'instrument idéal ») « pour arriver à des conclusions objectivement valables » ?

Par la référence à la pratique européenne, je veux étayer dans ce chapitre et le suivant la thèse selon laquelle le conflit dans sa configuration judiciaire (le procès) constitue une procédure adéquate de péréquation des définitions des droits de l'homme, c'est-à-dire que la confrontation d'arguments sous un mode éristique conduit à des résultats dont on peut apprécier la valeur épistémique. Cela revient à prendre le contrepied de l'affirmation d'un privilège des argumentations sous mode coopératif. Selon cette affirmation, par exemple dans l'article cité de Völzing, les procédés coopératifs se distinguent parce qu'ils imposent des normes à l'interaction des interlocuteurs par lesquelles la « discussion » acquerrait le statut « d'instrument idéal » pour parvenir à un résultat épistémique (c.-à-d. des modifications rationnelles de l'opinion ou des conclusions valides). Cette thèse du privilège épistémique des procédés coopératifs repose sur le postulat que les normes de l'interaction rationnelle suppléent les carences des règles de l'argumentation quotidienne, par nature implicites et agonistiques (le débat, ou confrontation éristique, étant ramené à un sous-ensemble des procédures d'argumentation spontanées) :

specific mode of discourse, characterized by the use of language for resolving a difference of opinion. The quality and possible flaws of argumentation are to be measured against [appropriate] criteria [...] Because the study of argumentation should encompass the descriptive as well as the normative dimensions of argumentative discourse, it is to be construed as a special branch of linguistic pragmatics.”

⁹ Frédéric Nef, *Logique et langage. Essais de sémantique intensionnelle*, Paris, Hermes, 1988, p. 137, définit le « dialogue coopératif » comme celui « où les interlocuteurs poursuivent rationnellement le but d'augmenter le nombre de propositions qu'ils tiennent pour vraies ».

Die Frage nach der Struktur von Argumentationen [...] stellt für uns im alltäglichen Argumentieren in der Regel kein Problem dar. Wir haben bestimmte Verfahrensweisen zu argumentieren so internalisiert, dass wir nicht über den Aufbau einer Argumentation nachdenken, wenn wir diskutieren. Zum Problem erhoben werden Strukturen und Begriffe der Argumentation genau erst dann, wenn gegen (alltägliche) Regeln der Argumentation verstoßen wird und wenn zumindest einer der Kommunikationspartner das einklagt.¹⁰

Dans ce chapitre, je veux établir plusieurs points. Il s'agit tout d'abord de distinguer les caractéristiques principales du procès en matière de droits de l'homme. Car tout procès n'implique pas une confrontation éristique entre les arguments des parties ; je propose ainsi (*infra*, 1) une typologie des modes de confrontation judiciaire selon la construction du litige (objective ou subjective) et la finalité poursuivie (aléthique ou épistémique). Par rapport à cette classification, le contentieux devant l'instance européenne appelle une analyse critique des techniques juridiques employées par les juges de Strasbourg pour trancher les litiges qui leur sont soumis (principalement le contrôle dit de « proportionnalité » des ingérences) ; je défends à ce niveau, qu'eu égard à la structure particulière du contentieux européen (subjective), la finalité "réduite" qu'il poursuit (épistémique) apparaît comme une condition de rationalité tant du point de vue des Etats que des individus (*infra*, 2).

1. Les figures variables du procès : formes et finalités de la confrontation judiciaire.

La principale ligne d'analyse de ce chapitre peut paraître à la limite d'un truisme puisqu'il s'agit montrer que le procès en matière de droits de l'homme ne peut être considéré comme une forme coopérative de confrontation des arguments. Ne serait-ce pas le propre de tout procès que de porter, par définition, sur une situation d'incertitude dont la résolution revêt une importance particulière pour ses protagonistes ? Dès lors, tous les éléments subjectifs seraient réunis pour donner une forme éristique, agonistique, à l'interaction des contradicteurs. Et le paradoxe tiendrait à l'enjeu de cette interaction, à savoir la manifestation d'une « vérité », l'émergence d'une « réponse » ou « solution ».

¹⁰ Völzing, "Zu Funktion und Struktur von Argumentationen", op. cit., p. 234.

Cette représentation du procès n'est pas satisfaisante. Déjà, elle postule une seule finalité possible du procès. Mais surtout elle heurte les fondamentaux de l'institution judiciaire dans nos sociétés démocratiques. Doit-on présumer que seules les parties ont un intérêt dans la résolution du litige qui les oppose ? Ne serait-ce pas là occulter la place de la société, de « l'intérêt général » ? Et *quid* de l'adage fondateur d'une justice (*contra vendetta*) que « nul ne se fait justice soi-même » ?

Contre la réduction du procès au binôme requérant-défendeur, Perelman fait valoir la fonction du droit, « fonction sociale » en vertu de laquelle il « ne peut être conçu, de façon réaliste, sans référence à la société qu'il doit régir¹¹ ». Cette intervention de la société comme troisième terme a une double conséquence. Premièrement, elle nous oblige à développer une compréhension complexe des finalités du procès : s'il peut poursuivre une finalité aléthique (selon le vrai, le bien ou l'optimal), il peut poursuivre aussi une finalité épistémique (selon le juste, le raisonnable ou l'utile)¹². Deuxièmement, la dimension sociale de la justice nous oblige à considérer « que la mise à exécution d'un droit implique l'intervention de la justice de l'Etat » ou « l'intervention de l'autorité publique »¹³. Le contentieux sera construit différemment en fonction des modalités de cette intervention : contentieux « objectif » ou « subjectif » selon que le procès visera à corriger la lésion des intérêts de la société ou des intérêts des parties.

Sur la base d'exemples contentieux (donc sans ambition d'exhaustivité), je montre que ces différentes modalités peuvent se combiner (des modes subjectifs et aléthiques ou objectifs et épistémiques existent) et échappent à toute prétention hiérarchique (chaque configuration peut revendiquer une rationalité propre). Je propose de considérer le mode contentieux devant la Cour européenne comme un mode subjectif et épistémique. Il restera à interroger le caractère rationnel d'une telle configuration (*infra*, 2).

¹¹ Perelman, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, op. cit., p. 175.

¹² La « mission » du juge est complexe et la finalité du procès pas seulement tournée vers la « vérité » mais aussi vers la « paix judiciaire ». Voir, par ex., Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, op. cit., p. 64 (cité *infra*, en conclusion) et aussi Chaïm Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 146 : « En fait, toute l'administration de la justice est un va-et-vient constant, un compromis incessant entre la sécurité et l'équité. »

¹³ Starck, Roland, Boyer, *Introduction au droit*, op. cit., p. 46-47.

APPROCHE SUBJECTIVE (VS. OBJECTIVE)
D'UN CONTENTIEUX

Il serait vain de disputer le fait que le procès constitue un mode éristique de confrontation des arguments ? Cela a pourtant du sens, particulièrement dans les contextes français ou belge. La tradition inquisitoire contrevient, en effet, à une représentation du procès comme d'une arène où se confrontent les avocats des parties, chacun cherchant à s'assurer d'une « supériorité dialectique » sur l'autre. Bien au contraire, nos systèmes de droit sont construits sur l'affirmation d'une congruence la plus grande possible entre la « vérité judiciaire » (le droit, le résultat du procès) et la « vérité » (les faits tels qu'il aura été établi qu'ils ont eu lieu). Le juge d'instruction est chargé de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à cette « manifestation » de la vérité (art. 81 du *Code de procédure pénale*) et les magistrats du Parquet ont pour « Ministère » de garantir que, dans les procès d'importance (au civil ou au pénal), l'intérêt « public » prévaut sur les seuls intérêts des parties. Dans un procès pénal, aux Assises, la victime n'est pas même présente en tant que « partie » au procès¹⁴ ; l'accusation est portée par le Ministère public et la peine d'emprisonnement correspond au tort causé à la société, non à la victime (qui demande réparation au civil) :

[...] on retiendra [deux caractéristiques du procès pénal]. La première est que toute infraction donne naissance à l'action publique, celle-ci n'aurait-elle provoqué aucun dommage (vagabondage, tentative) ; la seconde est que le procès pénal représente un contentieux purement objectif, ne demandant ni qualité, ni intérêt pour agir à la partie poursuivante, le ministère public.¹⁵

Nous obtenons ainsi un effet de contraste important entre le contentieux national (particulièrement pénal, souvent pris comme modèle du procès) et le contentieux européen en matière de droit de l'homme où, nous nous en souvenons (*supra*, ch. 3), il ne peut y avoir d'action devant les juges de Strasbourg en l'absence d'un « préjudice » et où seule la victime de ce préjudice peut se porter « partie » contre l'Etat défendeur¹⁶. En ce sens, on peut distinguer

¹⁴ La constitution de « partie » civile est peut-être trompeuse à cet égard : elle ne signifie pas que la victime porte l'accusation.

¹⁵ Starck, Roland, Boyer, *Introduction au droit*, op. cit., p. 49.

¹⁶ En cas de décès d'un requérant, la Cour examine la requête si l'affaire « [revêt] une "importance générale" pouvant justifier son maintien [c.-à-d. servir] à "clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention" » ; en l'absence d'héritiers identifiables, la poursuite

le procès en matière de droits de l'homme des modes aléthiques du procès – comme le procès pénal dans un contexte inquisitoire – où la finalité poursuivie est explicitement celle d'une « manifestation de la vérité ». Il apparaît dès lors important de poser la question de la valeur des conclusions atteintes en dehors d'une telle finalité aléthique. Un contentieux subjectif, mettant aux prises la victime d'une violation et un Etat contempteur des droits de l'homme, peut-il viser un résultat épistémique (une conséquence sur la définition des droits de l'homme) au-delà de la seule compensation (« satisfaction équitable » selon la terminologie européenne) du préjudice de la victime ?

Cette interrogation souligne combien l'idée selon laquelle les victimes doivent jouer un rôle central dans le procès ne va pas de soi en démocratie. D'une part, l'organisation du procès selon l'opposition manichéenne entre une victime et un violeur peut sembler un « vestige partiel du système de l'accusation privée où la peine remplit ostensiblement la fonction de satisfaire la partie lésée¹⁷ », sans pour autant que cette notion de « satisfaction » constitue un critère objectif de la validité d'une décision judiciaire (comment déterminer que la victime sera jamais satisfaite ?). D'autre part, « ce retour des victimes » est problématique en démocratie car la prise en compte de la dimension subjective d'un contentieux (particulièrement lorsqu'il s'agit de crimes) peut entraîner une perte de rationalité par une inflation de l'émotion¹⁸. Antoine Garapon et Denis Salas n'ont peut-être pas entièrement raison de voir dans cette fortune (notamment médiatique) des victimes « la victoire des droits subjectifs¹⁹ » mais leur analyse selon laquelle ce phénomène engage « notre perception classique de la séparation des pouvoirs » est intéressante²⁰. Elle montre combien, dans un contexte inquisitoire, l'absence d'implication (on parlerait d'immixtion) des victimes dans le procès est considérée comme une garantie de la validité des

de l'examen est d'autant plus sujette à caution (Cour EDH, *Karner c. Autriche* (1ère Section), req. n°40016/98, 24 juillet 2003, op. diss. Juge Grabenwarter, p. 12-13).

¹⁷ Françoise Tulkens, Michel Van De Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1998, p. 424.

¹⁸ Antoine Garapon, Denis Salas, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, p. 21-24 (« ce retour des victimes est ambigu [...] Il ne leur est donné que la force de l'accusation et la légitimité du suppliant »).

¹⁹ Garapon, Salas, *La République pénalisée*, op. cit., p. 31.

²⁰ Garapon, Salas, *La République pénalisée*, op. cit., p. 23. Encore récemment, dans l'affaire dite du « gang des barbares », la décision de la Chancellerie de demander au Parquet de faire appel de plusieurs condamnations a pu être interprétée comme une illustration de l'importance accordée à la satisfaction des victimes en violation de l'indépendance des magistrats (voir par exemple l'éditorial du *Monde* en date du 15 juillet 2009 intitulé « ingérence »).

conclusions auxquelles il aboutit. La Cour européenne a eu l'occasion de battre en brèche ce principe de la passivité des personnes privées comme gage de rationalité. Dans une affaire concernant le rôle du Commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat, elle a fait valoir que sa présence au délibéré alors qu'il avait soutenu auparavant publiquement des conclusions défavorables à la requérante peut « être légitimement considéré » par elle comme une violation du droit à un procès équitable (art. 6-1 de la Convention). Cette décision des juges européens est intéressante à deux titres. Premièrement, en appliquant « la théorie des apparences », ils prirent en compte, par-delà le formalisme procédural du modèle inquisitoire, le « sentiment d'inégalité [...] qu'un plaideur [peut] éprouver [...] si après avoir entendu les conclusions du commissaire dans un sens défavorable à sa thèse à l'issue de l'audience publique, il le voit se retirer avec les juges de la formation de jugement afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil ». Deuxièmement, ils firent du respect des « apparences » et de « la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice » une condition épistémique à la rationalité du procès car « indépendamment de l'objectivité reconnue [du commissaire], celui-ci, en recommandant l'admission ou le rejet d'un pourvoi, [devient] l'allié ou l'adversaire objectif de l'une des parties et sa présence au délibéré lui [offre], fût-ce en apparence, une occasion supplémentaire d'appuyer ses conclusions en chambre du conseil, à l'abri de la contradiction »²¹.

Reconnaître un rôle actif aux parties d'un procès ne se réduit donc pas à emprunter la pente glissante des émotions : *au principe de l'indépendance des magistrats peut répondre celui du contradictoire*. Ce dernier principe rappelle qu'on peut concevoir l'opposition agonistique des arguments comme une condition épistémique à la validité des conclusions du procès. Il peut être complété par le principe dispositif selon lequel « le procès est la chose des parties ». Dans ce cadre, les juges deviennent garants du bon déroulement du procès, lequel n'a pas pour fonction principale « la manifestation de la vérité » mais la mise en concurrence loyale des parties, et des intérêts, en conflit. Scott Turow, avocat et romancier reconnu pour ses *legal thrillers*, donne une bonne représentation des rapports entre les participants (parties, juge) dans un tel contexte de type accusatoire. Au début de *The Laws of our Fathers*, les protagonistes doivent faire face à deux questions déterminantes pour le procès : la juge a un lien (lointain) avec l'avocat de la défense et, par ailleurs, l'accusé renonce à son droit d'être jugé par un jury. Les échanges entre les protagonistes

²¹ Cour EDH, *Kress c. France* (Cour Plénière), req. n°39594/98, 7 juin 2001, §81-82.

montrent que ces questions trouvent leur solution par la négociation entre les parties, la juge se bornant à s'assurer de la régularité de la procédure et de leur acceptation d'un point et de l'autre²². Dans cette approche subjective du contentieux, le procès ne poursuit pas l'ambition aléthique du modèle inquisitoire²³ ; pour autant, on ne peut lui dénier un caractère de rationalité.

A travers cet exemple, il ne s'agit pas de dire que le procès en matière de droits de l'homme en Europe trouve son modèle dans les procédures de *common law* Outre-Atlantique²⁴ mais 1° *que* le procès peut être orienté vers une finalité épistémique (la concordance des parties sur un certain nombre de points litigieux) plutôt qu'aléthique (la manifestation de la vérité) et 2° *que* la non-coopération, la contradiction d'intérêts, entre les parties peut être un principe méthodologique pour parvenir à cet objectif. Afin de prévenir toute vision manichéenne de l'opposition entre deux finalités possibles du procès, précisons que valeur de vérité et valeur épistémique sont certes distinctes, mais pas exclusives l'une de l'autre :

Dans la mesure [...] où une argumentation est un discours et pas [...] une démonstration [...] il ne lui [l'orateur] suffit pas d'assurer des valeurs de vérité. Il doit encore se préoccuper des valeurs de croyance que le destinataire accorde

²² Scott Turow, *The Laws of our Fathers*, New York, Farrar, Strauss, Giroux, 1996, p. 49 : "It's Hobie. Ho-bie! "Forgive me Mr. Tuttle. It's been some time." "Contact Lenses, Judge," he says. [...] "Mr. Molto," I ask, when I regain myself, "does the court's prior acquaintance with defense counsel have any impact on your position regarding my presiding?" [...] "None," he says distinctly." *Id.*, p. 53-54 : "Hobie announces. "My client and I are willing to proceed with trial to the court alone." [...] "Mr. Molto?" I manage. "What's your position on a bench trial?" "Your honor," Hobie interjects, "they don't have a right to a position. If you won't do it, the defendant can't make you, we realize that, but this is none of the state's affair." "You're certainly correct, Mr. Tuttle. But given the disclosures the court has made, I really would not exercise my discretion to accept a bench trial if the state [...] felt that was not a wise course."

²³ Turow, *The Laws of our Fathers*, op. cit., p. 28 : "So often in this job there is never a correct decision. Far more frequently than she imagined when she was a law student, or even a practitioner, she chooses, as a judge, the alternative that seems, not right, but simply less wrong."

²⁴ Cela serait certainement faux : les comparativistes s'accordent à reconnaître l'influence générale des modèles français et allemand dans la configuration des systèmes de droit européens (Communauté ou Conseil), à l'instar des sources de la « proportionnalité » par ex. (cf. *supra*, ch. 3). A propos du caractère continental du droit européen, voir Mark Van Hoecke, "Hohfeld and Comparative Law", *International Journal for the Semiotics of Law*, IV-26, 1996, p. 193 : "Strong legal traditions, such as the French and the German ones, have a tendency to push aside the weaker ones [including "the English Common Law", see footnote n. 7]. Just as they did before with their nineteenth century Civil Codes [...] French and German legal systems of doctrine are now strongly influencing the development of European Law."

à ce qu'il dit. [...] une proposition vraie, même connue comme telle, peut conduire à des valeurs de croyance différentes les unes des autres.²⁵

On peut voir là la base d'une lecture possible de l'arrêt *Kress c. France*. Les juges européens ne reprochent pas à la tradition inquisitoire une irrationalité mais, en changeant de perspective sur le conflit des parties (en adoptant une approche subjective du litige), ils mettent en évidence un déficit de valeur épistémique d'une telle procédure qui paraît inéquitable. Pour cette raison, il ne faut pas lire le principe éristique de non-coopération des parties (l'organisation du procès selon leur antagonisme) comme un principe de défiance. En témoignent les précautions avec lesquelles les juges européens rappellent, dans cet arrêt, que « l'impartialité subjective ou l'indépendance » du Commissaire du Gouvernement ne sont pas contestées : parler de non-coopération ou de concurrence entre les parties n'équivaut pas à remettre en cause d'autres contraintes de l'interaction judiciaire, dont le principe de la « bonne foi » en particulier. Il s'agit bien plutôt d'un principe méthodologique dans le sens où, par une organisation différente du procès, – une construction différente du contentieux, – on tente d'aboutir à une solution juste ou valide en tenant compte d'autres conditions de validité que « systémiques²⁶ » :

Motiver un jugement, c'est le justifier, ce n'est pas le fonder de façon impersonnelle et pour ainsi dire démonstrative. C'est persuader un auditoire, qu'il s'agit de connaître, que la décision est conforme à ses exigences. Mais celles-ci peuvent varier avec l'auditoire : tantôt elles sont purement légalistes, tantôt elles concernent les conséquences ; il s'agit de montrer que celles-ci sont opportunes, équitables, raisonnables, acceptables [...] Le droit est simultanément acte d'autorité et œuvre de raison.²⁷

²⁵ Jean-Blaise Grize, *Logique naturelle et communications*, Paris, PUF, coll. "psychologie sociale", 1996, p. 7.

²⁶ Grize, *Logique naturelle et communications*, loc. cit. : « La vérité d'une proposition ne dépend que du statut opératoire qu'elle a au sein d'un système. » Cette idée peut être doublement interprétée dans le contexte juridique : au sens de l'idéal aléthique d'une « manifestation de la vérité » où la solution dépend d'une démonstration ou au sens de l'idéal positiviste d'une déduction valide par un raisonnement syllogistique.

²⁷ Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, op. cit., p. 122.

DEUX EXEMPLES "COMPOSITES"
DE CONTENTIEUX

J'ai opposé jusqu'ici deux fonctions (aléthique, épistémique) du procès et deux approches (objective, subjective) du contentieux qui l'occasionne. Ce serait une erreur de penser que les deux niveaux sont corrélés (à la vérité d'une procédure inquisitoire répondrait l'équité d'une procédure accusatoire). La typologie des contentieux n'est, au contraire, pas fixée ; des configurations composites (objectif et épistémique *vs.* subjectif et aléthique) existent.

On trouve ainsi, dans le cas où le procès revêt une importance politique particulière, des configurations où les faits litigieux sont traités dans le cadre d'une approche objective des contentieux alors que la finalité poursuivie est avant tout épistémique, c'est-à-dire qu'on vise à produire au terme du procès une forme d'accord entre les participants. Ainsi, depuis la fin de l'Apartheid en Afrique du Sud, les commissions dites « de vérité et de réconciliation » ont poursuivi un but de réconciliation nationale sur la base du témoignage des victimes et des responsables d'exactions (aussi au Chili ou au Timor, par ex.). On pourra voir dans de telles procédures des cas-limites de procès. Elles sont cependant intéressantes en ce qu'elles présentent un abord des faits litigieux (les exactions) dans une finalité qui n'est pas la compensation du dommage subi par les victimes, ni la manifestation d'une vérité qui est connue ou pourrait l'être par d'autres moyens. En d'autres termes, nous ne sommes pas dans un contentieux subjectif et le procès ne poursuit cependant pas une finalité aléthique ; dans ces configurations, le procès poursuit un objectif de « justice reconstructive²⁸ ».

La procédure devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme peut être vue comme un cas où le procès vise une telle finalité reconstructive au terme d'une approche objective du contentieux. En effet, les victimes de violation n'ont pas, comme devant la Cour européenne, la faculté de saisir directement la Cour (voir le rôle de la Commission mentionné au ch. 3) ; en revanche, dans le cas d'un constat de violation, la Cour ne se limite pas à commander une indemnisation du requérant (alors que les juges européens se limitent à une telle compensation du préjudice subi) mais elle assortit parfois sa décision à l'encontre de l'Etat en cause de mesures de réparation au bénéfice de la

²⁸ Antoine Garapon, *La justice reconstructive*, Cours dans le cadre de la Chaire Chaïm Perelman, U.L.B., 2002, p. 98 et p. 101.

communauté (publication de l'arrêt, excuses officielles, érection d'un monument commémoratif, par ex.).

A contrario, un contentieux peut être construit sur la base de l'opposition des intérêts du requérant et du défendeur (approche subjective) tout en poursuivant une finalité aléthique (trouver une solution objective au litige, une « vérité »). L'opposition ou balance des intérêts peut ainsi fonder la recherche d'une solution optimale au conflit entre deux parties adverses ; c'est notamment la méthode de résolution des conflits mise en avant par l'école économique du droit. Cette approche repose sur le principe utilitariste qu'il n'existe pas d'intérêt général distinct de la sommation des intérêts individuels. La conséquence de ce postulat est qu'une construction objective d'un différend est impossible (ou irrationnelle) car elle engage des jugements de valeur²⁹. Or, dans le cas d'un litige, un accord sur de tels jugements de valeur ne peut être présumé : c'est un dommage, la lésion d'un intérêt subjectif, qui détermine l'existence d'un problème de droit et commande l'intervention d'une décision de justice. Par contre, la compensation du préjudice subi n'est pas la seule réponse possible (ou rationnelle) ; l'ensemble des coûts et bénéfices induits par la situation litigieuse ainsi que par sa résolution doivent être pris en compte pour déterminer la solution rationnelle du contentieux (basée sur une maximisation de l'utilité) :

La solution proposée par l'analyse économiste est particulièrement intéressante d'un point de vue philosophique. Selon Coase, le juge doit trancher [...] en faisant prévaloir la solution économiquement la plus efficace, celle qui maximise l'utilité globale. Pour découvrir celle-ci, il lui suffit en principe,

²⁹ L'école welfariste (*welfare economics*), reposant sur ce principe utilitariste, a dû faire face aux critiques sociologiques selon lesquelles une mesure du « bien-être » économique présuppose un accord sur les critères de mesure des utilités. En d'autres termes, une évaluation objective repose sur des jugements de valeurs (dont le problème de la comparabilité interpersonnelle et intertemporelle des utilités : « Peut-on légitimement supposer que toutes les utilités sont parfaitement divisibles, que tous les indices d'utilité peuvent faire l'objet de séries continues [...] ? »). Karl Pribram résume ainsi cette problématique : « L'accord plus ou moins général d'une communauté sur une certaine uniformité de préférence est évidemment une condition préalable à la construction d'une fonction de bien-être satisfaisante, et l'attribution d'une pondération aux préférences individuelles globalisées dans les "fonctions de valeur sociale" implique vraisemblablement des jugements de valeurs. » Voir Karl Pribram, *Les fondements de la pensée économique*, (1983), Paris, Economica, 1986, respectivement p. 470 et 471.

suivant les prémisses du modèle, de retrouver la solution à laquelle une négociation rationnelle aurait normalement abouti.³⁰

Benoît Frydman fait référence, dans cette citation, à un article fondateur du mouvement *Law & Economics* qui permet d'illustrer et de préciser les différents points ci-dessus. Dans cet article intitulé « le problème du coût social », Ronald Coase étudie les modes de règlement des conflits liés aux « effets dommageables » (*harmful effects*) induits par certaines activités économiques³¹. Coase y critique toute construction objective de tels contentieux à deux niveaux. La première critique s'adresse à une approche, disons formaliste, des « effets dommageables » où l'enjeu se réduirait à empêcher quelque A d'infliger un dommage à quelque B. Cette approche est, selon Coase, fautive car la question de droit des « effets dommageables » pose un problème de réciprocité entre tel A et tel B, tel défendeur et tel requérant³² ; la construction de tels contentieux ne peut donc qu'être subjective (en termes de conflits de droits) :

If factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production [...] The cost of exercising a right (of using a factor of production) is always the loss which is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right – the inability to cross land, to park a car, to build a house, to enjoy a view, to have peace and quiet or to breath clean air.³³

L'autre critique d'une construction objective de tels contentieux renvoie au fondement utilitariste de l'approche économiste du droit. Si Coase admet le

³⁰ Benoît Frydman, "Le droit à la lumière de la philosophie de l'action. Indécidabilité, coopération et révision", Pierre Livet (ss. dir.), *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 161-162. Selon lui, mais on peut y voir une transposition abusive de la méthode économique, « les droits nationaux sont donc jugés à l'aune d'un standard, d'une norme, que représente le droit naturel économique » (Benoît Frydman, *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Bruxelles, Story Scientia, coll. "A la rencontre du droit", 1999, p. 54).

³¹ Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, 3-0, oct. 1960, p. 1 : "This paper is concerned with those actions [...] which have harmful effects on others."

³² Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., p. 2 : "The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature."

³³ Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., p. 44.

principe méthodologique de réduction de l'intérêt général à un problème de sommation des intérêts individuels, il critique l'idée que cela puisse justifier une correction du dommage au niveau collectif (par la levée d'un impôt ou la perception d'une taxe³⁴) : cette approche objective du litige suppose réglée une question qui relève en réalité d'un jugement de valeur, à savoir si un dommage doit, ou non, nécessairement être compensé³⁵. Selon Coase, la réponse à cette question (le dommage doit-il être compensé ?) ne doit pas dépendre d'un tel jugement de valeur, mais d'une mesure des conséquences de la décision du tribunal dans le litige dont il est saisi³⁶. Ceci implique non seulement une approche subjective du litige, mais aussi la recherche d'un résultat objectif. En effet, le tribunal ne doit pas seulement chercher la solution à laquelle les parties auraient pu parvenir par une négociation rationnelle (gain du défendeur *vs.* les coûts du requérant³⁷), mais il doit aussi mesurer « le produit social » incluant l'ensemble des utilités positives ou négatives, dont les coûts de transaction, des diverses solutions possibles³⁸. En adoptant ainsi une approche conséquentialiste visant, autant que possible, « l'effet total » d'une décision, le tribunal cherche bien une solution objective (en ce sens, une « vérité »). Il est intéressant de noter qu'à travers cette « vérité », le tribunal ne cherche pas à pallier les déficiences d'un système existant mais à trouver – par une approximation aussi rigoureuse

³⁴ Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit. p. 41.

³⁵ C'est là une critique de l'ancrage de l'analyse économique du droit dans le courant welfariste (voir note 29, *supra*). Voir Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., p. 31 : "[Arthur C.] Pigou was mistaken in his economic analysis. It is not necessarily desirable that the railway should be required to compensate those who suffer damage by fires caused by railway engines. [...] The problem is whether it would be desirable to make the railway liable in conditions in which it is too expensive for such bargains to be made."

³⁶ Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., p. 19 : "In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without crating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions."

³⁷ Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., respectivement p. 9 et p. 43 : la négociation directe entre les parties est une possibilité dans les cas simples (nuisances de voisinage, par ex.) mais le plus souvent, « le choix entre divers arrangements sociaux visant à régler des problèmes économiques devrait être établi en fonction de facteurs plus larges [...] et l'effet total de ces arrangements dans tous les domaines devrait être pris en compte ».

³⁸ Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., p. 44 : "in choosing between social arrangements [...] we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore, we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements [...] as well as the costs involved in moving to a new system."

que possible de tous les aspects du litige – un point d'équilibre (un *optimum*) entre les conditions d'exercice des droits en concurrence (ceux du défendeur, ceux du requérant, ceux de la société)³⁹.

LE CAS DES DROITS DE L'HOMME EN EUROPE

Quid, alors, du contentieux européen en matière de droits de l'homme ? La question se pose au regard des exemples précédents. L'arrêt *Kress c. France* nous a permis de mesurer l'écart entre l'approche européenne et le modèle inquisitoire ; l'exemple de la justice reconstructive a, quant à lui, montré que les attributions de la Cour européenne et les modalités de sa saisine ne permettent pas de concevoir une analogie avec le mode contentieux interaméricain. Le cas de l'analyse économique des conflits d'intérêts est plus problématique : il semble acquis que le contentieux européen est construit de manière subjective ; de plus, la recherche d'un équilibre, d'un optimum, semble constituer une finalité aléthique du procès plus compatible avec le contexte européen que la fameuse « manifestation de la vérité ». En l'absence, en effet, de véritables compétences inquisitoires des juges européens, ils ne peuvent baser leur examen des faits, la solution du litige qui leur est soumis, sur une « instruction » spécifique. Par contre, les commentateurs s'accordent à reconnaître, dans le contrôle des ingérences litigieuses par les juges européens, une référence à la notion d'équilibre ou d'optimum⁴⁰. Les juges européens poursuivraient-ils donc, à l'instar du contrôle des « effets dommageables » dans le contexte du mouvement *Law & Economics*, une finalité aléthique au terme d'une construction subjective des contentieux en matière de droits de l'homme ?

La lecture des arrêts de la Cour européenne le laisse croire à première vue, même si la référence à la notion « d'optimum » n'y est pas transparente. Dans le corpus des décisions relatives à la protection de la vie privée et familiale (art. 8), le terme n'apparaît d'ailleurs pas. Nous lisons cependant, dans un arrêt *Abmed and others v. the United Kingdom* qui porte sur des allégations de violation de

³⁹ C'est le « changement d'approche » que préconise Ronald Coase (Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., p. 42-44).

⁴⁰ Voir Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 190. Aussi Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: ein Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels*, München, Franz Vahlen, 1989, p. 51 et suivantes.

l'art. 10 (liberté d'expression), que « le législateur a poursuivi son but en réduisant au minimum l'atteinte aux droits garantis » car les requérants ont conservé « les plus larges possibilités » (*“optimum opportunity”*, dans la version anglaise) d'échapper aux restrictions incriminées⁴¹. Cet extrait indique que le contrôle, par les juges européens, des ingérences étatiques dans l'exercice des droits de l'homme a pour but de rechercher une forme d'optimalité : sauf pour les droits considérés comme inaliénables (art. 2 à 4 : droit à la vie, interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage et du travail forcé), une ingérence des autorités publiques est possible aux termes de la Convention si elle est « nécessaire dans une société démocratique » ; une condition, qui est une condition d'optimalité, détermine cette « nécessité » de l'ingérence selon que la mesure entraîne, ou non, une lésion minimale des droits du requérant pour une maximisation de l'effet protecteur pour la communauté selon le but poursuivi⁴².

Ainsi, la décision du litige porte sur la détermination d'un point de tension entre l'intérêt protégé revendiqué par le requérant (en ce qui nous concerne, le respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance) et l'ingérence de l'Etat dans ce droit pour des motifs légitimes ; le rapport entre les deux doit respecter le principe d'une optimisation, c'est-à-dire une maximisation des conditions de réalisation du but poursuivi pour une minimisation du préjudice subi par le requérant : « *Pour déterminer si une obligation – positive ou négative – [de l'Etat] existe, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu*⁴³. » La « mise en balance des intérêts concurrents⁴⁴ », c'est-à-dire la construction du litige en termes de conflit d'intérêts, confirme une approche subjective du contentieux en matière de droits de l'homme. Par contre, la détermination de cet optimum ne semble pas se limiter à la perspective des parties, du moins dans l'esprit des juges : « la Cour de Strasbourg a clairement pour tâche de rechercher un équilibre entre l'intérêt

⁴¹ Cour EDH, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°22954/93, 2 sept. 1998, §63.

⁴² Au titre du paragraphe 2 de l'art. 8 : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

⁴³ Cour EDH, *van Kück c. Allemagne* (3eme Section), req. n°35968/97, 12 sept. 2003, §71.

⁴⁴ *van Kück c. Allemagne* (Section), arrêt cité, §72.

pour l'Etat de lutter contre la criminalité et la protection des droits fondamentaux de l'individu⁴⁵ » ; ou encore :

la Cour juge inhérente au système de la Convention une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des intérêts individuels [...] dans le contexte de l'article 8 (art. 8), cela signifie qu'il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le paragraphe 1 (art. 8-1) et la nécessité, d'après le paragraphe 2 (art. 8-2), d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble.⁴⁶

Il serait cependant abusif de conclure de ces extraits que les juges européens poursuivent une finalité aléthique lorsqu'ils cherchent à déterminer si l'ingérence litigieuse était, ou non, « nécessaire dans une société démocratique » ou « proportionnée au but poursuivi ». Les juges, en effet, reconnaissent une limitation de leur contrôle en vertu de la souveraineté des Etats européens auxquels il faut concéder une « marge nationale d'appréciation⁴⁷ ». Leur examen n'est, par conséquent, pas assimilable au travail cognitif que Ronald Coase envisage pour le juge chargé de trancher les effets dommageables des activités économiques. La finalité aléthique poursuivie dans ce cadre (juger de « l'effet total » des diverses solutions possibles) semble, en effet, le placer dans une position analogue à celle du « juge Hercule » dworkinien⁴⁸. Si l'on ne peut pas comparer les méthodes de ces deux types-idéaux, chacun poursuit sa quête dans un solipsisme dans lequel il est impossible d'enfermer les juges européens.

Ces derniers, en effet, construisent leur examen sur la base des arguments présentés par les parties (« les parties ont beaucoup débattu⁴⁹ ») et recherchent

⁴⁵ Cour EDH, *Murray c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°14310/88, 28 oct. 1994, op. part. diss. Juge Jambrek, p. 42.

⁴⁶ Cour EDH, *Klass et autres c. Allemagne* (Cour Plénière), req. n°5029/71, 6 sept. 1978, §59.

⁴⁷ Voir l'arrêt *van Kück c. Allemagne* (Section), loc. cit. : qu'il existe une obligation positive ou négative à sa charge, « dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation ».

⁴⁸ Bien entendu, le juge Hercule de Ronald Dworkin ne poursuit pas la même méthode que celui dont Ronald Coase dresse le portrait ; il ne cherche pas une optimalité, mais une « intégrité » parfaite : « il croit que la Constitution américaine consiste en la meilleure interprétation disponible de l'ensemble du texte et de la pratique constitutionnels américains » (Dworkin, *L'empire du droit*, op. cit., p. 431).

⁴⁹ Cour EDH, *P., C. et S. c. Royaume-Uni* (2ème Section), req. n°56547/00, 16 juil. 2002, §129.

essentiellement si le gouvernement défendeur est, ou non, parvenu à présenter « des raisons pertinentes et suffisantes » pour justifier l'ingérence litigieuse⁵⁰. Cette approche peut être distinguée d'une ambition aléthique. L'équilibre recherché ne vise pas une forme de validité objective dans le sens de la meilleure solution envisageable. Les juges européens précisent à cet égard :

La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités [...] compétentes pour régler les questions de garde et de visites [...], mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation [...] Ce faisant, elle doit rechercher si les raisons censées justifier les mesures effectivement adoptées quant à la jouissance par le requérant de son droit au respect de sa vie familiale sont pertinentes et suffisantes au regard de l'article 8 (art. 8).⁵¹

Dans le même sens :

[...] la Cour considère que, compte tenu des éléments ressortant du dossier, surtout la réalité et la gravité des conflits entre le requérant et la mère de l'enfant, les mesures prises par les juridictions nationales paraissent fondées sur des raisons pertinentes et suffisantes. Mieux placées que la Cour pour établir un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant à vivre dans un milieu serein et ceux inspirant les démarches de son père [...], les juridictions nationales, constamment investies de l'affaire et moyennant des décisions amplement motivées, n'ont pas dépassé la marge d'appréciation ménagée par le paragraphe 2 de l'article 8.⁵²

⁵⁰ Dans le corpus des décisions relatives à l'art. 8 entre 1968 et 2004 (n=413), cette expression apparaît dans le dispositif de six arrêts : Cour EDH, *Hokkanen c. Finlande* (Chambre), req. n°19823/92, 23 sept. 1994, §55 ; Cour EDH, *M.S. c. Suède* (Chambre), req. n°20837/92, 27 août 1997, §44 ; Cour EDH, *Buscemi c. Italie* (2ème Section), req. n°29569/95, 16 sept. 1999, §55 ; *P., C. et S. c. Royaume-Uni* (Section), arrêt cité, §109 et 128 ; *Venema c. Pays-Bas* (Section), arrêt cité, §90 ; Cour EDH, *Peck c. Royaume-Uni* (4ème Section), req. n°44647/98, 28 jan. 2003, §85. Ce nombre peut paraître faible, mais il est à rapporter au nombre d'arrêts décidés sous le régime de la proportionnalité (n=183). Cependant, « c'est presque une banalité de dire [...] qu'une ingérence de l'Etat dans le droit fondamental au respect de la vie familiale ne peut se justifier que par des "considérations pertinentes et suffisantes". Pour se justifier, l'ingérence doit – pour en revenir à une autre formule – répondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi » (*E.P. c. Italie* (Section), arrêt cité, op. part. diss. Juge Bonello, §6).

⁵¹ *Hokkanen c. Finlande* (Chambre), arrêt cité, §55.

⁵² *Buscemi c. Italie* (Section), arrêt cité, §55.

La solution recherchée par les juges européens, l'équilibre qui doit être respecté entre les intérêts du requérant et les intérêts de la communauté (« but légitime » allégué par le gouvernement défendeur), ne sont donc pas conçus selon le modèle ambitieux de « l'effet total » proposé par Ronald Coase. Dans la mesure où le résultat auquel ils tendent est essentiellement déterminé par les arguments soulevés par les parties devant eux, la finalité poursuivie par l'examen des ingérences par les juges de Strasbourg est bien plutôt assimilable à une finalité épistémique dans le sens dégagé précédemment : selon les éléments portés à leur connaissance à charge et à décharge, les juges estiment si les raisons alléguées par le gouvernement défendeur s'avèrent « pertinentes et suffisantes » pour s'accorder sur la licéité de l'ingérence litigieuse. Dans ce sens, on peut proposer de distinguer dans l'approche européenne une forme de contentieux alternative à celles envisagées précédemment, relevant en l'occurrence d'une construction subjective des litiges et d'une finalité épistémique (tableau 2).

	Construction objective des contentieux (intérêt général)	Construction subjective des contentieux (conflit d'intérêts)
Finalité aléthique (recherche d'un résultat objectif – d'une <i>vérité</i>)	Modèle inquisitoire	Law & Economics
Finalité épistémique (recherche d'un terme au conflit – d'un <i>accord</i>)	Justice reconstructive	Procédure EDH

Tableau 2 : typologie des modes de contentieux, dont européen des droits de l'homme (EDH).

Cette approche du contentieux européen sous l'angle de sa construction et de sa finalité fournit une base intéressante pour discuter de la légitimité du choix de la voie contentieuse dans le système européen. J'ai montré que des voies alternatives pour la mise en œuvre des obligations étatiques en matière de droits de l'homme existent qui sont potentiellement plus efficaces, notamment contre des violations systématiques ou difficilement imputables aux Etats⁵³ (*supra*, ch. 3).

⁵³ Voir sur ce point Cour EDH, *Angelova c. Bulgarie* (1ère Section), req. n°38361/97, 13 juin 2002, op. part. diss. Juge Bonello, §2 : « Je trouve particulièrement perturbant que la Cour, en cinquante ans et plus de travail judiciaire opiniâtre, n'ait pas encore trouvé à ce jour un seul exemple de violation du droit à la vie (article 2) ou du droit de ne pas subir de tortures ou d'autres traitements ou peines inhumains ou dégradants (article 3) fondée sur la race, la couleur ou le lieu d'origine de la victime [...] Un observateur profane qui compulserait les annales de la Cour pourrait en conclure que, depuis plus d'un demi-siècle, l'Europe démocratique est exempte de tout soupçon de racisme, d'intolérance ou de xénophobie. L'Europe que reflète la

Si ce choix apparaît seulement comme un possible du point de vue du design institutionnel, sa pertinence se justifie du point de vue du droit par analogie au modèle constitutionnel des droits. Dans cette perspective, la voie contentieuse apparaît comme l'instance par excellence d'actualisation des droits et non seulement comme une voie de recours par défaut. Cette perspective constitutionnelle sur les droits s'ancre dans la définition juridique d'un droit sur la base d'une garantie du « concours de la force publique » pour l'exercer⁵⁴ ; de ce point de vue, le procès n'est pas seulement une instance de correction, il constitue une forme d'épreuve ontologique et, dans ce sens, le succès ou l'insuccès d'une requête vaut consécration ou négation d'un droit :

A legal right reaches objectivity through court action; we have no other test of its "reality". If it meets this test it is a real right – whatever the protestations of the agency enforcing it.⁵⁵

Ce modèle constitutionnel se fonde sur une définition des droits selon le critère d'une « optimalité » : *“Constitutional rights as principles are optimization requirements. As optimization requirements, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the legal and factual possibilities⁵⁶.”* Seulement, la Cour européenne n'est pas une Cour constitutionnelle supra-étatique⁵⁷ et nous sommes obligés de nous interroger sur la légitimité de ce modèle en Europe car le « procès » pourrait manquer, dans ce contexte, sa fonction d'actualisation des droits de l'homme. La quête d'une

jurisprudence de la Cour est un havre exemplaire de fraternité ethnique, dans lequel des peuples aux origines les plus diverses fusionnent sans aucune tension, méfiance ou réticence. La présente affaire ne fait qu'alimenter cette illusion. »

⁵⁴ Voir Oliver Wendell Holmes Jr., cité *supra*, ch. 3 (“A legal right is nothing but a permission to exercise certain natural powers, and upon certain conditions to obtain protection, restitution, or compensation by the aid of the public force”).

⁵⁵ Fuller, *Legal Fictions*, op. cit., p. 385.

⁵⁶ Robert Alexy, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, 16-2, June 2003, p. 135.

⁵⁷ Voir, par ex., l'opinion suivante : « je ne suis pas d'avis que la présente affaire revête une "importance générale" pouvant justifier son maintien. [...] S'il est vrai que les arrêts servent aussi à cela, le système de la Convention (qui a essentiellement pour objet de protéger les individus) n'est pas conçu pour le maintien d'une procédure en l'absence d'un requérant au motif que cela contribuerait à clarifier, sauvegarder et développer les normes de protection prévues par la Convention. [...] La Cour européenne des Droits de l'Homme n'est pas une cour constitutionnelle qui a pour mission de décider, au cas par cas, quelles affaires elle estime opportun d'examiner sur la base d'un critère général comme celui retenu par la majorité » (*Karner c. Autriche* (Section), arrêt cité, op. diss. Juge Grabenwarter, p. 13-14).

optimalité entre les droits et les ingérences ne risque-t-elle pas d'exercer une contrainte sur le développement des droits fondamentaux et de les maintenir en-deçà d'une « réalité » par laquelle l'individu se verrait dévolue une protection efficace à l'encontre de l'arbitraire étatique ? Ou la Cour européenne est-elle condamnée à jouer un rôle politique dans lequel elle outrepasserait les limites de sa fonction ?

2. Les droits de l'homme doivent-ils composer avec les nécessités démocratiques ?

A ce point de la réflexion, la classification précédente doit être vue comme une hypothèse visant à introduire de la lisibilité dans cette catégorie indéterminée du « procès ». D'autres distinctions, peuvent exister. La question, dans cette étude, porte sur la rationalité du contrôle, par les juges européens, de la licéité des ingérences étatiques dans l'exercice des droits de l'homme. Cette question naît de la valeur particulière des droits de l'homme : dans la mesure où ils ont un statut spécifique de principes dans l'ordre juridique (*supra*, ch. 1). Si l'on peut admettre que la balance des intérêts permet de trancher des cas d'effets préjudiciables dans un contentieux commercial, cela ne paraît pas aussi évident s'agissant des litiges où l'on décide si des ingérences étaient possibles (voire souhaitables ?) dans les droits fondamentaux d'un individu : "*balancing has penetrated to the core*"⁵⁸.

Suivant la description précédente, le mode de contrôle des juges européens repose sur deux postulats au moins de la balance des intérêts :

1. premier postulat, des intérêts concurrents de la société peuvent compenser une ingérence dans l'exercice des droits d'un individu ;
2. second postulat, l'évaluation du point d'équilibre à atteindre entre les intérêts de la société et les droits de l'individu peut se faire sur la base d'une confrontation contradictoire des arguments produits à l'appui des deux positions défendues.

⁵⁸ Alexander T. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, 96-5, April 1987, p. 968.

Ces deux postulats sont critiquables ; ils relèvent d'une économie particulière des droits de l'homme en Europe en vertu de laquelle, pour prendre sa place dans le périmètre d'une société démocratique, il faut à la fois *argumenter pour s'imposer* et *consentir à vivre sans trop de liberté*. Aucune de ces deux propositions n'est évidente par elle-même ; chacune recouvre des conceptions des droits et du raisonnement judiciaire dont il faut éprouver la légitimité et la rationalité⁵⁹.

Premièrement, l'idée que nous devons vivre sans trop de libertés paraît acceptable dans la mesure où nous admettons qu'un abus de droit peut découler de l'usage, ou de l'exercice, d'un droit fondamental. Cette conception (« la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » selon la Déclaration de 1789) trouve une traduction particulière dans la pratique des droits de l'homme en Europe, à savoir que la liberté peut être traitée comme un « intérêt » de l'individu qu'on peut comparer à d'autres intérêts, mettre en concurrence, voire rogner pour parvenir à un équilibre. Cela doit-il aller jusqu'à considérer qu'on peut être libre tant qu'on n'a rien à se reprocher ? La normalité démocratique doit-elle devenir un étalon pour les droits de l'homme ? Je traite de ces questions d'un point de vue méthodologique, c'est-à-dire dans la perspective des techniques juridiques mises en œuvre à la Cour européenne pour juger de la « proportionnalité » des ingérences dans l'exercice des droits. Cette méthode doit affronter des objections importantes, dont la principale touche peut-être l'idée même d'équilibre ou d'optimalité.

Deuxièmement, il n'apparaît pas du tout évident que l'argumentation constitue une voie indiquée pour déterminer un tel équilibre. Cette importance accordée à l'argumentation est un corolaire de la doctrine de la limitation des libertés : "A system in which the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire⁶⁰." Mais on peut voir dans l'application de cette doctrine aux droits de l'homme une pétition de principe. Qui a dit que les droits de l'homme doivent s'acquérir ? Doit-on revendiquer, et au surplus

⁵⁹ Alexander Aleinikoff, analysant la jurisprudence à la Cour Suprême des Etats-Unis, écrit dans un sens voisin : "balancing is uncontroversial today because of its resonance with current conceptions of law and notions of rational decision-making. This complacency, however, blinds us to serious problems in the mechanics of balancing and prevents us from recognizing how balancing has transformed constitutional adjudication and constitutional law" (Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", op. cit., p. 944-945).

⁶⁰ Coase, "The Problem of Social Cost", op. cit., p. 44.

revendiquer efficacement, un droit au respect de sa vie privée ? Selon toute vraisemblance, au contraire, les droits de l'homme sont incomparables à toute autre prérogative juridique parce qu'ils n'en partagent pas la composante de réciprocité. Contrairement à un droit de propriété, on peut nier qu'il existe un quelconque « coût », une quelconque « perte subie par ailleurs », du fait de « l'exercice d'un droit » dans le contexte des droits de l'homme⁶¹. D'où viendrait-il alors que nous dussions combattre pour la reconnaissance d'un droit et, *a fortiori*, que nous soyons acculés à revendiquer, pour soi seul, le droit d'exercer une liberté ? Les droits de l'homme ne tendent-ils pas, au contraire, à conférer naturellement une place à l'individu au sein de la société ?

LA QUETE D'OPTIMALITE
A LA COUR EUROPEENNE

La construction du contentieux européen, basée sur un contrôle du caractère proportionnel des ingérences, emprunte notamment à la tradition constitutionnelle allemande ; la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) précise ainsi :

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel geeignet und erforderlich sein, im den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.

Die in Frage stehende Grundrechtsbegrenzung muss im engeren Sinne verhältnismäßig sein, das heißt in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts stehen.⁶²

En contexte européen, le contrôle de la licéité des limitations imposées à l'individu dans l'exercice de ses droits fondamentaux en vertu d'un intérêt de la communauté s'élabore en référence aux mêmes trois principes généraux :

⁶¹ Cf. citation de Ronald Coase, *supra*.

⁶² Respectivement : BVerfGE 30, 292 (316) et BVerfGE 67, 157 (173) ; extraits et références cités in Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, coll. "Rechtswissenschaftliche Abhandlungen", Band 34, 2001, p. 18-19.

1. un principe d'appropriation (*Geeignetheit*), tout d'abord, dans la mesure où l'ingérence examinée doit être « au moins capable de protéger effectivement l'intérêt légitime que cette liberté met en péril⁶³ » ;
2. un principe de nécessité (*Erforderlichkeit*), ensuite, désigne un impératif de parcimonie à l'encontre des autorités publiques qui doivent s'assurer qu'aucune mesure alternative moins attentatoire aux droits fondamentaux n'aurait pue être mise en œuvre ;
3. un principe plus délicat à caractériser et que je décrirai comme un principe de légitimité (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), selon lequel l'ingérence doit être aussi justifiée au regard de la nature du droit concerné. Ce dernier point mérite quelques précisions.

Deux exemples nous y aideront pour commencer. Dans une affaire *Tomasi c. France*, le gouvernement défendeur a tenté de justifier au regard des exigences d'appropriation et de nécessité les conditions d'interrogatoire du requérant par la police (incluant des coups et des pressions psychologiques). Selon le gouvernement, ces conditions seraient en-deçà d'un « minimum de gravité » exigible au regard de la jurisprudence européenne et devraient être pondérées par la prise en compte de diverses circonstances dont la bonne santé du requérant, la bénignité des lésions, le contexte en Corse contrariant la conduite d'une enquête et la gravité des faits reprochés (terrorisme). Les juges européens refusent de suivre le gouvernement dans cette voie ; selon eux, par la nature du droit en cause (protection de l'intégrité physique de la personne couverte par l'art. 3), il ne saurait y avoir de justification, de légitimité, au préjudice subi : « *La Cour [...] n'estime pas devoir examiner le système et les modalités de la garde à vue en France [...] Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne*⁶⁴. » Cet exemple illustre une situation où la nature du droit en cause interdit tout raisonnement de proportionnalité.

D'autres droits, par nature, permettent au contraire d'envisager une ingérence de l'autorité publique dans leur exercice, c'est le cas du droit au respect de la vie

⁶³ Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 35.

⁶⁴ Cf. Cour EDH, *Tomasi c. France* (Chambre), req. n°12850/87, 27 août 1992, §112-115.

privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8). Mais même dans ce cas, l'ingérence ne doit pas seulement apparaître appropriée et nécessaire, mais aussi légitime au regard de l'importance, pour le requérant, du droit dont l'exercice est limité pour des motifs d'intérêt général. Par exemple, dans le corpus envisagé dans cette étude, on trouve un certain nombre d'arrêts relatifs à la connaissance des origines pour les enfants dits « nés sous X ». Dans une affaire *Odièvre c. France*, la dissension entre juges de la majorité et juges de la minorité porte justement sur cette question de la légitimité de l'ingérence. Auparavant, la Cour de Strasbourg avait eu l'occasion d'affirmer que la connaissance de ses origines est protégée aux termes du droit au respect de la vie privée et familiale : dans son arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, elle avait ainsi conclu à la violation de l'art. 8 car, « quand un informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord », aucun « organe indépendant » n'était chargé « de prendre la décision finale sur l'accès » aux informations ; en ce sens, la législation en place créait une restriction d'accès indûment attentatoire aux intérêts du requérant (*i.e.* une ingérence disproportionnée)⁶⁵. Dans l'affaire *Odièvre*, la majorité des juges (10 contre 7) considère que la législation française satisfait quant à elle aux deux exigences d'appropriation et de nécessité : elle « tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause⁶⁶ » ; la Cour déboute donc la requérante. Mais les juges de la minorité critiquent ce raisonnement dans une opinion dissidente commune. Selon eux, la principale question est une question de légitimité : les juges de la majorité n'auraient pas pondéré correctement les intérêts en cause ; en particulier, ils auraient sous-estimé la valeur, le poids, du droit de la requérante à connaître ses origines et, de ce point de vue, les dispositions légales françaises ne créent pas à son encontre une ingérence moins importante que dans les affaires précédentes, dont l'affaire *Gaskin* (le résultat est comparable : la requérante s'est vu dénier un droit d'accès aux informations demandées). Ainsi lit-on que « même si les circonstances de l'espèce peuvent passer pour distinctes de celles des affaires antérieures, l'intérêt de la présente requérante à connaître ses origines nous paraît être au moins aussi fort, et peut-être même plus fort, que ceux précédemment examinés par la Cour et exiger qu'un grand poids lui soit en conséquence accordé lors de l'exercice de mise en balance des intérêts concurrents⁶⁷. »

⁶⁵ Cour EDH, *Gaskin c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°10454/83, 7 juil. 1989, §48-49.

⁶⁶ Cour EDH, *Odièvre c. France* (Grande Chambre), req. n°42326/98, 13 fév. 2003, §49.

⁶⁷ *Odièvre c. France* (Chambre), arrêt cité, op. diss. commune, p. 46.

Ces deux exemples permettent de saisir la complémentarité des trois impératifs du contrôle des ingérences en matière de droits de l'homme. Je mentionnerai donc seulement, mais ne chercherai pas à les résoudre, quelques divergences entre les auteurs à ce niveau. Une présentation alternative des composants de la règle de proportionnalité peut être retenue, par exemple⁶⁸. Cette divergence renvoie à une autre, plus profonde, sur la valeur de la proportionnalité entre règle ou principe⁶⁹. Cette indécision touche à un élément intéressant de la proportionnalité, à savoir qu'elle « ne propose pas de critère de décision défini et implique l'intervention de valeurs⁷⁰ ». Ces différents éléments plaident pour une conception large du contrôle européen⁷¹. En effet, réduire la quête d'optimalité des juges de Strasbourg aux deux premiers principes ferait certainement encourir à leur contrôle un reproche d'utilitarisme en matière de droits de l'homme : concevrait-on que toute limitation des droits paraîtra acceptable dès lors qu'elle est appropriée et parcimonieuse ? Devrait-on même imaginer des phénomènes de compensation interpersonnelle ou personnelle, la liberté de beaucoup justifiant la suppression des droits de quelques uns ou telle atteinte à l'intégrité physique d'un criminel en échange de son élargissement se trouvant justifiée par la conservation de libertés sinon réduites en prison (vie privée, expression, association, etc.) ? Dans certains cas critiques (terrorisme, pédophilie), de tels raisonnements peuvent affleurer dans le débat public et une

⁶⁸ Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, op. cit., respectivement p. 7sq, p. 51sq et p. 75sq ; l'auteur s'attache à une autre présentation citant en premier lieu le contrôle de légitimité (1. *das Gebot der Proportionalität* ; 2. *das Gebot der Erforderlichkeit* ; 3. *das Gebot der Geeignetheit*). Cette différence ne semble pas devoir prêter à conséquence dans la mesure où il réunit dans le « commandement de proportionnalité » (*das Gebot der Proportionalität*) les exigences de « mesure » (*Angemessenheit*) et de « proportionnalité au sens strict » (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*) – voir Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, op. cit., p. 153. Une référence concordante : Eberhard Grabitz, "der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98-4, 1973, p. 571 et suivantes.

⁶⁹ Pour Robert Alexy, la proportionnalité a un statut composite de règle et de principe (Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (1985), Frankfurt-am-Main, Suhrkamp STW, 1994, p. 117). Pour Michael Jakobs, il s'agit plutôt d'un « principe fonctionnel » („ein sachbezogener, funktionaler Grundsatz“, Michael Ch. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Köln, Heymann, 1985, p. 94).

⁷⁰ Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit., p. 21.

⁷¹ Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 172 : « La mise en œuvre couplée d'exigences instrumentales (appropriation/nécessité) et axiologiques (proportionnalité au sens strict) serait au demeurant parfaitement logique et gage de rationalité du raisonnement. »

« épreuve de type axiologique⁷² », posant la question de la légitimité des ingérences par-delà leur efficacité ou leur parcimonie, apparaît déterminante si nous devons encore parler de droits fondamentaux.

A l'inverse, on ne peut réduire le contrôle des ingérences dans l'exercice des droits à sa composante axiologique. Cela exposerait la proportionnalité à une autre critique, aussi adressée aux méthodes d'analyse économique du droit. Cette critique consiste à opposer que toute quête d'équilibre ou d'optimalité présuppose un accord de la communauté concernée sur des jugements de valeur pour permettre la sommation, la pondération et la comparaison des intérêts en jeu⁷³. Or, en matière de droits de l'homme, l'existence d'une telle échelle fixe des valeurs ne peut être présumée ; et cela n'est pas même souhaitable. A l'égard des doutes sur l'existence d'une telle échelle des valeurs, il en va, dans le contexte européen, des raisons avancées dans le ch. 1 à l'encontre d'une conception des droits de l'homme comme valeurs, ainsi que de critiques possibles touchant « l'incommensurabilité » des intérêts en jeu : la quête d'un équilibre entre intérêts individuels du requérant et intérêt général de la communauté ne revient-il pas à « additionner trois poires et quatre pommes⁷⁴ » ? Mieux, s'il y a bien une valeur sur laquelle repose la quête d'une optimalité entre des intérêts concurrents, c'est justement la *concurrency* des intérêts en jeu, leur identité et leur interchangeabilité sous quelque aspect pertinent :

Grundrechtsabwägung wird nunmehr getragen, und auch rechtlich legitimiert, durch die laufende Abwägung zweier Größen, die als solche eben, politisch gesehen, vergleichbar erscheinen: der Einzelne und die Demokratische Gemeinschaft. Gäbe es diese „soziale Grundrechtsabwägung“ nicht, [...] man müsste vergeblich nach Legitimationen der Abwägung dessen suchen, was wesentlich unabwägbar ist – die Freiheit.⁷⁵

⁷² Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 37.

⁷³ Pribram, *Les fondements de la pensée économique*, op. cit., p. 471 : « des conclusions contradictoires [...] peuvent découler de méthodes comportant des choix entre diverses alternatives. Ces contradictions ne peuvent être évitées que si les alternatives peuvent être classées selon une échelle linéaire, et si tous les membres du groupe qui se prononce sont d'accord sur l'ordre à respecter pour ce classement. » Voir aussi *supra*, note 29.

⁷⁴ Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 279 et suivantes.

⁷⁵ Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 157.

Le problème de la mesure et de la commensurabilité (qui est un problème de sommation) touche alors à une question plus fondamentale, à une forme de pré-requis politique des démocraties libérales, à savoir le postulat d'une comparabilité interindividuelle au niveau collectif (une ingérence peut être « nécessaire dans une société démocratique », avoir un « but légitime »). Qu'en serait-il du caractère rationnel d'un contrôle de proportionnalité dans une société où cette valeur fondamentale ne serait pas partagée ?

Voilà une question que le contrôle de proportionnalité, même dans sa composante axiologique, présuppose réglée. Mais la thèse d'une incomparabilité⁷⁶ des libertés a quelques apparences d'être plausible : „*Freiheit ist eben etwas "an sich Durchschlagendes". Sie duldet keine Relativierung in Gewichten*”⁷⁷; „*Abwägung von Freiheit gegen Macht [...] ist und bleibt eben begrifflich unvollziehbar [...] Hier muss in Beschränkungskategorien gedacht werden, in Begriffs-, nicht in Interessenjurisprudenz*”⁷⁸.⁴ En nous inspirant des analyses de Jürgen Habermas, le principe même d'un contrôle de proportionnalité ou balance des intérêts dans ce contexte peut paraître choquant car la logique ou la rationalité des droits de l'homme tendrait plutôt à résider dans leur « sens déontologique » en ce qu'ils « ne sont pas à notre disposition [mais] constituent des "poids-seuil" vis-à-vis des desseins politiques et des biens collectifs⁷⁹ ».

Enfin, n'est-il pas paradoxal de refuser aux individus le droit de disposer de leurs droits (par la renonciation aux droits⁸⁰) et de consacrer celui de la société de le faire (par la proportionnalité des ingérences) ? Serions-nous passés, sans nous en émoouvoir⁸¹, d'une conception essentialiste à une conception scalaire de

⁷⁶ Pour rendre par un néologisme celui de Leisner (*unabwägbar sein*) ; dans la ligne des analyses d'Olivier de Frouville, on parlerait peut-être plus adéquatement « d'indisponibilité » des libertés (Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, p. 15-17 ; cité *supra*, ch. 1).

⁷⁷ Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., p. 163.

⁷⁸ Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., p. 158.

⁷⁹ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 235.

⁸⁰ Philippe Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, "collection de droit international", 2001, introduction.

⁸¹ „*Ethos und Pathos der Grundrechte sind verloren, wenn man von diesem absoluten Höchstwert des einzelnen Grundrechtsträgers abgeht [...] Für Abwägungen stirbt man nicht; Verhältnismäßigkeit ist unbegeisternd*“ (Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., p. 155).

la consubstantialité des libertés ? Si l'une justifie la nécessaire protection des droits de l'homme (*par une atteinte à la liberté d'un seul, celle de tous se trouve menacée*⁸²), l'autre consacrerait-elle au contraire leur disponibilité (*par la préservation de la liberté de tous, le sacrifice de celle d'un seul se trouve compensé*) ?

Selon Walter Leisner, une inversion des techniques juridiques (*Begriffsjurisprudenz vs. Interessenjurisprudenz*⁸³) pour décider de la limitation de l'action de l'Etat vis-à-vis des libertés individuelles s'est jouée entre le XIXe et le XXe siècle et témoigne d'une contradiction fondamentale entre le système des déclarations et proclamations des droits de l'homme et le système actuel de protection fondé sur le contrôle du caractère « nécessaire » des ingérences⁸⁴. L'*ethos* de la démocratie aurait remplacé l'*ethos* de la liberté⁸⁵.

DISCUSSION DES CRITIQUES DE LA PROPORTIONNALITE

La conclusion n'est pas certaine concernant la protection européenne des droits de l'homme (surtout, il n'est pas certain que nous ayons perdu en protection par l'instauration d'un contrôle de la proportionnalité des ingérences). Retenons cependant de ces critiques qu'aucun consensus sur les valeurs au fondement de la balance entre intérêts individuels et intérêts collectifs (ou intérêt public) ne peut être présumé. Ce n'est pas là seulement une vue du philosophe. Longtemps, en Europe, la peine de mort a été considérée comme

⁸² Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, loc. cit. : „Mit der Freiheit jedes einzelnen wird die Freiheit aller geschlagen. [...] Doch so weit darf es nie kommen, aus der Grundidee der Menschenrechte heraus, dass auch nur ein Bürger um seine Freiheit gebracht wird, im Namen der Freiheiten vieler.“

⁸³ Voir Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., respectivement p. 153-154, p. 160 et p. 168.

⁸⁴ L'auteur oppose les deux termes („Der Grundrechtskatalog – Gegenteil eines Abwägungssystems“) sous la forme d'un « dilemme historique » : „Sie werden denn auch proklamiert, deklariert, nicht gesetzgeberisch fixiert; was aber aus einem höheren Rechtsbereich kommt, der aller Staatlichkeit vorgegeben ist, wie könnte der staatliche Verfassungsgeber dies in Abwägung eben doch – relativieren?“ (Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., p. 153). Alexander Aleinikoff semble identifier un mouvement analogue dans la jurisprudence constitutionnelle américaine : “To be sure early Justices [...] recognizes great clashes of interests [...] But they resolved these disputes in categorical fashion. Supreme Court opinions generally recognized differences in kind, not degree [...] balancing appeared as an explicit method of constitutional interpretation in the mid-twentieth century” (Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", op. cit., p. 949-952).

⁸⁵ Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., p. 164.

acceptable au regard des droits de l'homme⁸⁶ ; autrement dit, on a pu considérer que préserver par ce moyen la communauté du risque représenté par le criminel pouvait compenser la négation du droit à la vie que la Convention lui reconnaissait pourtant. L'idée d'une abolition de la peine de mort en toutes circonstances ne s'est imposée que progressivement (une très grande majorité des pays européens, mais pas tous, s'y est ralliée⁸⁷). Cet exemple montre que le contrôle axiologique des ingérences étatiques ne suffit pas à garantir la prééminence des droits (même du droit à la vie !) et dépend, pour son application, d'évaluations étrangères au contexte judiciaire dans lequel le contrôle des juges européens opère.

Pour aller plus loin, il est certainement douteux qu'une échelle fixe des valeurs soit même souhaitable en matière de droits de l'homme. Comment la déterminerions-nous ? Admettre une telle échelle fixe reviendrait à faire peser une autre hypothèque sur les libertés. W. Leisner s'interroge⁸⁸ : „*Ist Grundrechtsabwägung [...] einfach der Sieg der Stärkeren Bataillone?*“ Par exemple, dans un contexte de progrès médicaux en matière de transplantation et de pénurie croissante de greffons, un débat existe concernant la légitimité d'organiser un marché des organes⁸⁹. Doit-on interdire a priori toute forme de marchandisation du corps humain au nom de la valeur prépondérante de l'intégrité physique sur tout autre droit ? Doit-on interdire *par le droit* tout débat sur les stratégies d'allocation des organes au risque de laisser prospérer des formes déjà existantes de marché noir ? Ces questions, sans aucun doute, appartiennent au débat public et se posent justement par contraste avec les échelles de valeur admises dans une société ; ainsi, toute échelle de valeur existe aussi en vertu des revendications en termes de droits qui émergent pour remettre en cause cet ordre établi. Il ne s'agit pas d'accueillir comme légitime toute forme de revendication dérangeant un consensus social, mais la quête d'une optimalité prend justement tout son sens lorsque des conflits apparaissent

⁸⁶ L'art. 2 de la CEDH stipule que « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ».

⁸⁷ *Supra*, ch. 1.

⁸⁸ Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., p. 165.

⁸⁹ Voir, par ex., Mark J. Cherry, *Kidney for Sale by Owner. Human Organs, Transplantation, and the Market*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2005, p. 88 et suivantes ; Valérie Gateau, *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Vrin, 2009, p. 224-226.

entre des principes concurrents (« la pondération des intérêts n'intervient que dans une relation tendue⁹⁰ »).

Dans une telle vision pluraliste, où toutes les prétentions à la validité doivent pouvoir émerger pour s'opposer, la quête d'une forme d'optimalité, d'un équilibre ou d'une proportionnalité, se justifie si elle représente une opportunité de réaffirmer le caractère fondamental des droits consacrés. Dans un arrêt illustre, la Cour de Strasbourg avait eu l'occasion d'affirmer à cet égard que la fonction protectrice des droits se réalise justement à travers l'expression d'opinions et d'aspirations minoritaires dans les sociétés démocratiques⁹¹. Réduire le contrôle des ingérences dans l'exercice des droits à sa composante axiologique risquerait de nous exposer à une Convention des droits de l'homme arc-boutée sur des consensus anciens, bloquant toute forme d'évolution possible sur des débats qui deviennent quotidiennement plus pressants concernant, par ex., la gestation pour autrui ou l'euthanasie ? Saisie sur ce dernier point, la Cour a laissé la porte ouverte à des développements futurs en refusant de se prononcer de manière prospective sur la compatibilité avec le « droit à la vie » d'une législation qui dépenaliserait l'euthanasie ; elle a seulement spécifié, qu'en l'état des débats sur la question dans les sociétés européennes, elle ne pouvait pas considérer comme disproportionnée cette ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale d'une requérante que représentait le refus du gouvernement défendeur de s'engager à immuniser son mari de toute poursuite pénale s'il l'aidait à mourir⁹².

⁹⁰ Je traduis librement une idée in Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit., p. 21 : „Das Spannungsverhältnis besteht zwischen dem im konkreten Fall begrenzten Grundrecht, dem Gebot des gerichtlichen Rechtsschutzes und z.B. dem Demokratieprinzip im Sinne der Forderung der Respektierung des Willens des Gesetzgebers. Nur in diesem Verhältnis findet die Abwägung statt.“

⁹¹ *Handyside c. Royaume-Uni* (Plénière), , §49 : « Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression [...] vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". »

⁹² *Pretty c. Royaume-Uni* (Section), , §§67 et 77.

UN GAIN DE RATIONALITE PAR UN ABAISSEMENT
DE LA FINALITE DU CONTROLE ?

Il y a là une perspective intéressante pour interroger un point resté jusqu'ici en suspens, à savoir les limites du contrôle exercé par les juges de Strasbourg. Ces limites apparaissent comme une lacune dans le système de protection des droits de l'homme en Europe tant que nous l'envisageons seulement sous l'angle de la souveraineté des Etats et de la « marge d'appréciation » qui leur est, par conséquent, accordée. Mais, si le risque apparaît d'un contrôle seulement formel des ingérences en matière de droits de l'homme du fait d'une marge d'appréciation trop étendue (confinant à une forme de consécration juridique du « domaine réservé » et de l'arbitraire étatique⁹³), on peut voir aussi dans la limitation du contrôle des juges européens une garantie non seulement du point de vue des Etats (*infra, a.*) mais aussi, ce qui est moins évident, du point de vue des bénéficiaires de droits (*infra, b.*). Autrement dit, le fait que la Cour de Strasbourg – dans le contexte particulier de la protection régionale des droits de l'homme – se prononce selon des critères épistémiques (« une justification pertinente et suffisante » des ingérences) pourrait être source d'un gain de rationalité alors que si elle poursuivait une finalité en apparence plus ambitieuse (aléthique), cela pourrait se traduire par une perte à ce niveau.

a. Le gain de rationalité du point de vue des débiteurs de droit et de la sécurité juridique.

Ce paradoxe apparent d'un gain de rationalité par un abaissement de la finalité poursuivie (épistémique plutôt qu'aléthique) se vérifie en premier lieu du point de vue des Etats. Un gain de rationalité à ce niveau doit se mesurer en termes de sécurité juridique (prévisibilité des obligations). La limitation du contrôle des ingérences dans cette perspective a une signification juridique précise. Dans la langue de la Cour européenne cela se traduit par l'idée que les juges internationaux n'ont pas à se substituer aux autorités nationales pour décider de la solution qu'il aurait été souhaitable d'adopter au regard des droits de l'homme dans la situation qui leur est soumise ; ils doivent se contenter de décider si la solution retenue par l'Etat (c.-à.-d. l'ingérence litigieuse) peut être réputée « proportionnelle » ou « nécessaire dans une société démocratique ». Dans une optique maximaliste ou activiste, il pourrait paraître souhaitable de

⁹³ Cf. *supra*, ch. 1.

doter les juges internationaux de compétences plus larges. Mais contre la représentation d'un juge européen inspiré par la doctrine du « *total effect* » de Coase⁹⁴, il faut citer une opinion dissidente du juge Borrego Borrego dans laquelle il dénonçait la tentation de la Cour de se livrer à une évaluation du « contexte social global » et de « se dispenser d'examiner les requêtes individuelles »⁹⁵. Le juge Borrego estime que, dans cette affaire *D. H. et autres c. la République Tchèque*, les juges de la majorité ont outrepassé leur rôle car ils ont indûment glissé du constat d'une violation, ce qui est la question de droit qui leur posée (*legal issue*), à la condamnation générale d'une pratique nationale, ce qui est une question d'opportunité (*expediency issue*) et peut apparaître comme une tentative indue d'inciter le gouvernement défendeur de modifier les pratiques en cause ; dans un tel cas, la Cour européenne perdrait de vue sa fonction judiciaire et se compromettrait à rechercher des effets supranationaux⁹⁶.

Cette justification interne à la Cour d'une limitation du contrôle européen renvoie à des critiques importantes de la notion même d'optimalité dans le contexte judiciaire. Dans leurs effets, ces critiques vont de l'affirmation du caractère impraticable de la recherche d'une optimalité en droit⁹⁷ à sa condamnation en vertu de son irrationalité et de son caractère arbitraire⁹⁸. Ces

⁹⁴ Voir aussi : "The task of interpreting [treaties] in order to determine the legal norms relating to a given situation is a very considerable one indeed [...] (closely akin to that of the judges of common law) [...] In such circumstances, and given the absolute independence of the Court, the question whether the judges in fact govern [...] is a fair one – though the answer to it is no" (E. H. Wall, "Review: *Le gouvernement des juges dans les communautés européennes*" by Jean-Pierre Colin", *The International and Comparative Law Quarterly*, 16-3, 1967, p. 843).

⁹⁵ Cour EDH, *D. H. et autres c. République Tchèque* (Cour Plénière), req. n°57325/00, 13 nov. 2007, op. diss. Juge Borrego Borrego, p. 87 et suivantes.

⁹⁶ *D. H. et autres c. République Tchèque* (Plénière), arrêt cité, op. diss. Juge Borrego Borrego, loc. cit. : « Voilà le nouveau rôle de la Cour : devenir une ECRI (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance) *bis*, et se dispenser d'examiner les requêtes individuelles [...] Oubliées, les circonstances particulières des requérants et de leurs parents ! [...] Je conserve encore le même sentiment : la salle de la Grande Chambre était devenue une tour d'ivoire. »

⁹⁷ On retrouve la question de l'axiomatique au fondement d'une quête d'optimalité ; en l'absence d'une échelle fixe des valeurs, la « nécessité » ou la « proportionnalité » n'aurait pas de sens. Voir Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit., p. 114 : „Hier wird eine Wertung unerlässlich, um zu bestimmen, welche Benachteiligungen als "relevant" zu berücksichtigen sind und welche nicht. Eine solche Wertung ermöglicht die Anwendung des Pareto-Kriteriums nicht. Daher wird von der "Unbrauchbarkeit" oder "Unpraktikabilität" dieses Kriteriums gesprochen."

⁹⁸ C'est la critique adressée par Bernhard Schlink à la proportionnalité (Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 151 et suivantes, p. 190). Voir à cet égard Robert Uerpman, *Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Tübingen, Mohr Siebeck, coll. "Jus Publicum"

critiques partagent un questionnement sur la position depuis laquelle le juge pourrait légitimement se placer pour juger de « l'effet total » ou du « contexte global » d'une situation : dans une telle quête solipsiste d'optimalité, ne revendiquerait-il pas une position extérieure, quasi-transcendante ?

Wer als Richter oder Verwaltungsbeamter abweicht vom Ergebnis gesetzesorientierter Rechtsfindung, der stellt in diesem seinem Ausspruch, im Namen der Verhältnismäßigkeit, letztlich etwas her wie einen Ausnahmezustand, in dem die anzuwendende Norm ihre begründende Kraft verliert, im Namen übergeordneter systematischer Gesichtspunkte oder normtranszendierenden Tatsachen [...] Etwas vom Anspruch eines gottähnlichen, normgelösten, allein der kreatürlichen Faktizität untergeordneten Richterrechts kann also durchaus in jener Verhältnismäßigkeit liegen⁹⁹

Les « sceptiques » (*Abwägungsskeptiker*¹⁰⁰) finissent ainsi par condamner par principe le caractère rationnel d'une quête fondée sur une définition aléthique de l'optimalité : „*Wer Abwägung sogar im Sinne der Optimierung gegenläufiger Interesse verstehe, überschätze die menschliche Fähigkeit, die optimale als einzig richtige Entscheidung zu erkennen; das Optimierungsmodell bietet damit letztlich nur Scheinrationalität*¹⁰¹.“ De tels reproches peuvent être adressés au contrôle des ingérences en matière de droits de l'homme en Europe. L'élément

n°47, 1999, respectivement p. 3 et p. 274 : „[Nach Schlink] die Abwägung im Sinne eines interindividuellen Nutzvergleichs müsse Aufgabe des politischen Systems sein und dürfe nicht durch ein Gericht, auch nicht durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommen werden“ (dans le même sens : p. 271-272) ; „Nach Schlink handelt es sich insoweit um subjektive, politische Entscheidungen, die richterlicher Überprüfung nicht zugänglich, sondern dem Gesetzgeber vorzubehalten sind.“

⁹⁹ Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, op. cit., p. 44. Selon l'auteur, les tentations transcendantes d'un juge à travers la quête d'optimalité surpasserait même toute tentation jusnaturaliste : „[In] dem Naturrecht vergangener Jahrzehnte [...], der urteilende trete dem weltlichen Gesetzgeber als Richter in Gottähnlichkeit gegenüber [...] wer auf Verhältnismäßigkeit hin entscheiden darf, der steht in einer noch weit größeren, wahrhaft gottähnlichen Beurteilungsfreiheit über dem Gesetz, im letzten nicht einer Verhältnismäßigkeit, sondern den Verhältnissen eines Einzelfalles verpflichtet“ (loc. cit.).

¹⁰⁰ Ekkehard Hofmann, *Abwägung im Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, Coll. "Jus Publicum" n°158, p. 3 ; on retrouve la même désignation sous la plume de Robert Alexy pour désigner la position de Bernhard Schlink (Robert Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61-1, 2001, p. 20).

¹⁰¹ Hofmann, *Abwägung im Recht*, loc. cit.

problématique dans la jurisprudence européenne toucherait à la définition de la licéité d'une ingérence en référence aux nécessités démocratiques :

Déduire de la proportionnalité une exigence de *nécessité* – application de l'optimum de Pareto imposant l'obligation de choisir la mesure la moins liberticide pour parvenir à l'effet souhaité –, ouvrirait la porte, selon une partie de la doctrine, aux spectres du jugement en opportunité et du « gouvernement des juges ». Ainsi s'expliqueraient sans doute la plupart, si ce n'est la totalité des réticences manifestées, jusques et y compris au sein des organes de la Convention, à l'endroit d'une telle déduction.¹⁰²

Le moins que l'on peut dire, c'est que les limites de telles nécessités sont imprécises dans la Convention d'autant plus que les buts en vertu desquels elles peuvent être estimées sont aussi larges que divers¹⁰³. Dès lors, le principe même du contrôle européen semble destiné à tomber sous le coup des critiques. En cas de « refus de contrôle », il semblera légitime de reprocher aux juges européens leur déférence trop grande vis-à-vis des autorités nationales ; et les exemples de tels « refus » sont nombreux (ils interviennent dès l'affaire linguistique belge, première affaire retenue dans le corpus sur lequel se base cette étude¹⁰⁴). Pour autant, lorsque les juges se prononceront sur la nécessité ou non d'une ingérence, devront-ils nécessairement tomber sous le boisseau de critiques sur leur décisionnisme¹⁰⁵ ?

¹⁰² Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 190-191 ; pour plus de précisions, voir les références citées par l'auteur.

¹⁰³ Selon l'art. 8-2 : la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou la protection des droits et libertés d'autrui.

¹⁰⁴ Sébastien Van Drooghenbroeck étudie au titre de tels « refus de contrôle » les cas où les juges européens estiment « que la Cour ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes » (Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 175 et suivantes, p. 192 et suivantes). Voir Cour EDH, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique* (Cour Plénière), req. n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 juillet 1968, p. 32 : « la Cour [...] ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. »

¹⁰⁵ Voir Bernhard Schlink : „[in] den Prüfungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn [...] letztlich nur die Subjektivität der Prüfenden zur Geltung [kommt]“ ; aussi : „Wertungs- und Abwägungsoperationen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nur dezisionistisch zu leisten [sind]“ (cité in Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", op. cit., p. 20).

Une réponse à ces critiques existe, même s'agissant des droits fondamentaux¹⁰⁶. Le premier élément de réponse tient justement dans le faible contenu aléthique de la balance des intérêts ou proportionnalité. Dans les années 1930, dans la jurisprudence constitutionnelle américaine, l'introduction de tels modes de raisonnement intervint justement à un moment où tant le pouvoir politique que certains juges s'inquiétaient de l'ascendant pris par des modes de raisonnement formalistes et à prétention aléthique sur l'interprétation de la Constitution. Menaçant de renverser la majorité à la Cour Suprême (*"to pack the Court"*) pour augmenter sa marge de manœuvre durant le *New Deal*, le président Roosevelt en avait ainsi fermement appelé à une remise en cause des méthodes d'interprétation traditionnelles (*"we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself"*¹⁰⁷). Par la promotion d'une interprétation dynamique de la Constitution, fondée sur des modes de raisonnement pragmatiques et une conception scalaire des droits, le Président entendait rompre avec des formes de jugement en opportunité et de gouvernement des juges¹⁰⁸ ; il rencontrait en cela des préoccupations exprimées par des juges de la Cour Suprême¹⁰⁹, dont Oliver Wendell Holmes Jr. qui défendait en 1928 que, dans l'interprétation classique de la Constitution, *"it was not recognized as it is today that most of the distinctions of the law are distinctions of degree"*¹¹⁰.

¹⁰⁶ Uerpmann, *Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, op. cit., p. 274 : „Die Kernthese, dass die abwägende Entscheidung zwischen mehreren Pareto-optimalen Lösungen keiner gerichtlichen Überprüfung zugänglich sei, erscheint zweifelhaft.“

¹⁰⁷ Il s'agit d'un extrait du discours de Roosevelt à la Nation américaine le 9 mars 1937 dans lequel il expose ce qui est devenu connu sous la dénomination *"the Court-packing plan"*. Cité in Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", op. cit., p. 953.

¹⁰⁸ Le Président rejette d'abord l'objection de vouloir politiser la Cour Suprême pour assumer ensuite le projet d'influer sur un changement dans les modes d'interprétation de la Constitution : *"if by that phrase [to "pack" the Supreme Court] the charge is made that I would appoint and the Senate would confirm justices worthy to sit beside present members of the Court, who understand modern conditions, that I will appoint justices who will [...] act as justices and not as legislators - if the appointment of such justices can be called "packing the Courts," then I say that I and with me the vast majority of the American people favor doing just that thing - now."* Le texte de ce discours est disponible en ligne (<http://www.hpol.org/fdr/chat/>).

¹⁰⁹ Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", loc. cit. : *"the poor fit between doctrine and the real world led some members of the Court to question earlier constitutional truths, and they did so with an eye more to social facts than to abstract categories."*

¹¹⁰ US Supreme Court, *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi ex rel. Knox* (277 U.S. 218), 14 mai 1928, op. diss. Justice Holmes ; cité in Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", op. cit., p. 954.

Retenons de cette référence historique l'idée que le contrôle de la nécessité des ingérences étatiques dans les droits individuels n'emporte pas nécessairement un jugement en opportunité et que la critique d'un « gouvernement des juges » est une critique externe qui peut tout aussi bien être opposée à des modes de raisonnement fondés sur l'interprétation judiciaire (*Begriffsjurisprudenz*) plutôt que sur le modèle du conflit d'intérêt (*Interessenjurisprudenz*). Un abaissement de la finalité poursuivie (une plus grande modestie sur le type de validité auquel peuvent prétendre les décisions) peut constituer une meilleure garantie contre les jugements en opportunité que des motifs déontologiques relatifs à la neutralité ou à la tempérance des juges (*judicial self-restraint*)¹¹¹. L'élément déterminant en matière de sécurité juridique paraît, sous cet aspect, moins le mode de contrôle que les compétences dévolues à l'organe judiciaire :

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung [...] bietet eine unvollständige grundrechtliche Legitimitätsbedingung. Nur zusammen mit der Begründung der Kontrollkompetenz des Gerichts gegenüber der Legislative und Exekutive im konkreten Fall innerhalb einer kohärenten Konzeption der Grundrechte ist eine hinreichende Legitimität möglich.¹¹²

Selon cet argument, le contrôle de proportionnalité peut être un mode de raisonnement rationnel dans le contexte des droits de l'homme s'il respecte deux conditions, relatives aux limites du contrôle judiciaire et à la légitimité des décisions. La première condition est déterminante pour les débiteurs de droits (les Etats).

Dans la jurisprudence relative à l'art. 8, elle se trouve précisément thématisée à travers la question de la *subsidiarité* du contrôle européen. La principale limite à tout jugement en opportunité réside, en effet, dans le fait que le contrôle strasbourgeois n'intervient qu'en situation d'échec au niveau national au sens où une « paix sociale » n'a pas été restaurée après l'intervention des juridictions internes puisque le requérant persiste à ressentir une situation d'injustice au regard de l'exercice de ses droits fondamentaux. Or, en la matière, les juges européens rappellent qu'« il n'appartient pas à la Cour de s'ériger en juridiction

¹¹¹ Voir, pour une critique du *judicial self-restraint*, Laurent Pech, "Le remède au gouvernement des juges: le *judicial self-restraint*?", S. Brondel, *et al.*, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2001, p. 63-113.

¹¹² Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit., p. 22.

d'appel et de statuer sur le fond de ces décisions¹¹³ ». Dès lors, ils ne prétendent pas apporter une « meilleure » solution à celle enregistrée au niveau national, mais s'assurer *ex post facto* de sa compatibilité avec la Convention. Cette limitation a deux conséquences épistémologiques (c.-à-d. pour une théorie de la rationalité du contrôle européen). Premièrement, la Cour n'est pas compétente pour introduire des motifs extérieurs dans l'évaluation de la situation litigieuse : dans cinq affaires, elle souligne qu'on pourrait apercevoir des « considérations d'ordre humanitaire qui auraient pu militer en faveur d'une issue différente pour la procédure interne » mais que celles-ci « ne sauraient être utilisées par la Cour pour fonder une conclusion »¹¹⁴. Deuxièmement, l'examen de proportionnalité ne porte pas à proprement parler sur les situations mais sur les raisons par lesquelles requérants et défendeurs entendent justifier leurs prétentions¹¹⁵ ; la « balance des intérêts » désigne donc un examen critique de ces raisons. Dans une affaire de placement d'enfants, la Cour fonde ainsi sa décision de violation en faisant valoir que « l'examen de la thèse du gouvernement *porte à croire* que les décisions incriminées découlaient en partie de difficultés administratives ; or dans un domaine aussi essentiel que le respect de la vie familiale, de telles considérations ne sauraient jouer qu'un rôle secondaire¹¹⁶ » (je souligne). Cet extrait illustre le fait que l'enjeu épistémologique relatif à la quête d'optimalité des juges européens n'est pas aléthique. Cette quête de « proportionnalité » n'engage pas une théorie de la connaissance mais une théorie de la croyance ou, pour le dire plus adéquatement, une théorie de la formation et de la concordance des opinions. „*Daher wird mit Recht die Verknüpfung der Abwägung mit der Theorie der juristischen Argumentation betont*“¹¹⁷.

Cette perspective argumentative apparaît clairement dans la jurisprudence de l'art. 8. L'examen de la « nécessité » de l'ingérence dans la partie intitulée « En droit » du dispositif des arrêts commence traditionnellement par le rappel de

¹¹³ Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°27238/95, 18 janvier 2001, §114.

¹¹⁴ *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §115.

¹¹⁵ *Murray c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §90-94.

¹¹⁶ Cour EDH, *Olsson (N° 1) c. Suède* (Cour Plénière), req. n°10465/83, 24 mars 1988, §82.

¹¹⁷ Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, loc. cit.

l'irréductibilité des thèses en opposition¹¹⁸. Les juges européens circonscrivent de cette manière la question juridique (*legal issue*) à laquelle ils doivent répondre, par quoi ils précisent les limites de leur intervention et se prémunissent de l'objection externe d'un jugement en opportunité (*expedience issue*) ; ils asseyent ainsi la validité de leur raisonnement sur ce garde-fou que constitue la « controverse » entre les comparants :

La controverse se concentre sur le point de savoir si les procédures suivies se conciliaient avec le droit de la requérante au respect de sa vie familiale ou constituaient des ingérences dans l'exercice de ce droit, lesquelles ne pouvaient passer pour "nécessaires dans une société démocratique".¹¹⁹

Dans la mesure où la charge de la preuve de la nécessité d'une ingérence incombe au défendeur, les juges européens apprécient la valeur respective des « différentes raisons » alléguées par le gouvernement afin de résoudre la question ouverte par de telles controverses. Dans un autre cas de placement d'enfants, ils notent ainsi que, parmi ces « explications » ou raisons, il s'en trouve « d'ordre pratique » (dont on sait le poids relativement faible qui leur a été accordé dans l'arrêt *Olsson* précédemment cité) et d'autres relatives aux « exigences spécifiques des enfants [qui] ont constamment manifesté leur volonté de ne pas retourner vivre ensemble et de ne pas quitter leurs lieux d'accueil » ; et ils concluent : « Dans ces conditions, la Cour considère que les explications fournies par les autorités nationales pour justifier le placement des enfants dans quatre foyers différents sont raisonnables et suffisantes pour rendre la mesure "nécessaire" au regard de la Convention et proportionnée au but légitime poursuivi¹²⁰. » Pour les Etats et la sécurité juridique, cette construction du contrôle européen est importante car une éventuelle condamnation devant l'instance strasbourgeoise ne peut découler d'éléments arbitraires au sens où ils se seraient trouvés soulevés spontanément, selon l'appréciation propre que les juges européens auraient eu de la situation. Dans cette perspective épistémique,

¹¹⁸ *Olsson (N° 1) c. Suède* (Plénière), arrêt cité, §66 : « D'après les requérants, les mesures attaquées ne sauraient passer pour "nécessaires dans une société démocratique". Le Gouvernement combat cette thèse » ; Cour EDH, *Berrehab c. Pays-Bas* (Chambre), req. n°10730/84, 21 juin 1998, §27 : « Les requérants prétendent que les mesures attaquées ne sauraient passer pour "nécessaires dans une société démocratique". Le Gouvernement combat cette thèse. »

¹¹⁹ Cour EDH, *B. c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°9840/82, 8 juillet 1987, §62.

¹²⁰ Cour EDH, *Covezzi et Morselli c. Italie* (1ère Section), req. n°52763/99, 9 mai 2003, §127-130.

la problématique épistémologique (l'enjeu de rationalité) ne réside pas – contrairement aux critiques précédentes – dans la question de la position du juge (ce qui est un enjeu pour une théorie de la connaissance), mais dans la question des modalités par lesquelles un examen des arguments (des thèses) contradictoires des comparants peut « porter à croire » à une violation, ou non, des droits fondamentaux.

b. Le gain de rationalité du point de vue des bénéficiaires de droits et de l'équité.

Ce que j'ai désigné comme un « abaissement » de la finalité (par rapport à la visée aléthique d'une vérité ou d'une solution la meilleure) permet de distinguer une rationalité du contrôle des juges européens du point de vue de l'application du droit et de la prévisibilité des obligations dans la mesure où il fonctionne à la manière d'un « verrou » à la prise en compte, par les juges, d'éléments du « contexte social » qui n'auraient pas été soulevés dans le cadre de la controverse entre les participants (requérants et gouvernement défendeur). Mais n'y-a-t-il pas là une limitation trop forte si l'on prend en compte la perspective des bénéficiaires de droits ainsi que la finalité même de l'institution judiciaire ?

Je propose d'examiner cette question complexe sous trois aspects distincts. Je montre tout d'abord qu'elle met en cause la rationalité du mode de contrôle européen par deux objections lourdes, d'injustice et de trivialité (*i.*). Deuxièmement, j'aborde cette question comme un problème d'interprétation juridique, ce qui nous permet de répondre à l'objection de trivialité (*ii.*). Troisièmement, je défends qu'on peut voir aussi dans les limitations du contrôle européen une garantie pour les bénéficiaires de droit, c'est-à-dire une condition de rationalité en termes de justice et d'équité (*iii.*).

i. Un contrôle injuste et trivial des ingérences dans les droits de l'homme ?

Le cas de l'arrêt *Pretty*, où la requérante se voit refuser (de son point de vue) « un droit de mourir dans la dignité », est exemplaire à cet égard. Les juges européens discernent bien des éléments de contexte qui arguent en faveur de la requérante et pourraient soutenir une interprétation large de la Convention européenne dans cette affaire : « *La Cour ne peut qu'éprouver de la sympathie pour la crainte de la requérante de devoir affronter une mort pénible si on ne lui donne*

*pas la possibilité de mettre fin à ses jours*¹²¹. » Or, ils les disqualifient justement sur la base des limitations de leur contrôle¹²². Cela soulève des doutes quant à la seconde condition à la rationalité d'un contrôle de proportionnalité en matière de droits de l'homme, à savoir une condition de légitimité au-delà de la condition précédente de compétence. La « nécessité » n'est-elle pas une condition de légitimité („*unvollständige grundrechtliche Legitimitätsbedingung*“) par trop incomplète de ce point de vue ? Ne contraint-elle pas les juges européens à rester en-deçà des exigences liées à la valeur déontologique des droits de l'homme, à leur dimension de « poids-seuil » selon l'expression d'Habermas, *a fortiori* dans une affaire où la détresse humaine domine et dans laquelle il est impossible de considérer comme un abus de droit l'exercice large de ses libertés que revendique la requérante¹²³ ? Le risque apparaît ici de sacrifier les droits de l'homme à une « normalité démocratique » (le consensus va dans le sens d'un refus de l'euthanasie en Europe).

Cet enjeu d'une impuissance normative du critère de la « nécessité » des ingérences à protéger les droits par-delà la barrière de l'opinion majoritaire en Europe questionne la rationalité même du mode de contrôle à la Cour européenne. Il n'est pas nécessaire, en effet, de verser dans l'apologie du juge-législateur pour admettre que la fonction du droit ne s'épuise pas dans la seule sécurité juridique ; Habermas, au premier rang des « sceptiques » de la proportionnalité, l'affirme dans des termes qui expriment parfaitement la manière dont la protection des droits de l'homme en Europe est abordée dans cette étude : « Le problème de la rationalité de la justice en exercice consiste [...] dans la manière dont l'application d'un droit créé de manière contingente peut être réalisée de manière interne et fondée en raison de manière externe, afin que soient en même temps garantis la *sécurité juridique* et le *caractère juste du droit*¹²⁴. » Des cas extraordinaires, comme celui de Diane Pretty devant la Cour européenne, rappellent l'importance de motifs d'équité dans la décision

¹²¹ *Pretty c. Royaume-Uni* (Section), arrêt cité, §55.

¹²² *Pretty c. Royaume-Uni* (Section), loc. cit. : « Exiger de l'Etat qu'il accueille la demande, c'est l'obliger à cautionner des actes visant à interrompre la vie. Or pareille obligation ne peut être déduite de l'article 3 de la Convention. »

¹²³ Pour bien préciser le contexte dans cette affaire, il faut rappeler que la requérante ne peut mettre fin elle-même à ses jours mais elle ne revendique pas une obligation positive de l'Etat (et aussi de tiers, particulièrement de médecins) à lui donner la mort ; elle souhaite que son mari ne soit pas poursuivi s'il consent à la faire mourir.

¹²⁴ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 219.

judiciaire. Et s'il est possible d'opposer l'objection d'idéologie à l'incorporation de tels motifs dans une décision¹²⁵, on peut aussi bien inverser la critique à l'encontre de leur éviction systématique : ne juger que sur des critères strictement juridiques peut équivaloir à pérenniser une idéologie majoritaire. L'une et l'autre de ces critiques se valent donc comme critiques externes d'un mode de raisonnement. Mais la question des impasses qu'un mode de raisonnement peut induire à l'égard de considérations qui peuvent être légitimes est interne, elle porte sur les limites du type de rationalité mise en œuvre. Se pourrait-il que, sous la contrainte d'interdire aux juges européens de prétendre rechercher la « meilleure » solution à un litige, le contrôle de la nécessité des ingérences dans l'exercice des droits les empêche de chercher même une solution « juste » à des situations extraordinaires ?

Il s'agit là, après les critiques précédentes, d'une autre manière de mettre en cause le caractère rationnel de l'application d'un raisonnement de proportionnalité aux droits de l'homme ; un tel jugement de l'optimalité des ingérences étatiques dans l'exercice des droits ne serait qu'un jugement de valeur, non parce qu'il refléterait les visées politiques ou législatrices de l'instance décisionnaire (critique précédente), mais parce qu'il ne pourrait être soumis à aucune évaluation rationnelle :

The Court's judgment is then *itself* a value judgment that more or less adequately reflects a form of life articulating itself in the framework of a concrete order of values. But this judgment is no longer related to the alternatives of a right or wrong decision.¹²⁶

Nous toucherions là directement les limites de l'approche argumentative des droits de l'homme sur la base de la controverse entre les participants aux débats devant la Cour européenne. En effet, la décision des juges européens resterait au même niveau que les revendications "intéressées" des parties ; l'examen judiciaire des situations au terme du procès n'apporterait aucun surcroît de

¹²⁵ Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 339 : « la question de savoir pourquoi une certaine décision est juste est provoquée par le besoin de justifier cette décision [selon] une norme générale supérieure que l'on suppose être juste », ce qui est « un jugement de valeur subjectif, politico moral » (p. 331) ou « une justification éthico-politique » (p. 296).

¹²⁶ Il s'agit d'une réponse d'Habermas lors d'un symposium sur *Droit et démocratie* (M. Rosenfeld, A. Arato (Ss. Dir.), *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1998, p. 430). Cité in Alexy, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", op. cit., p. 134.

rationalité ou de validité. Et l'analyse du contrôle européen finirait par justifier la thèse d'un déficit épistémique de la confrontation des arguments sous un mode éristique : toute la jurisprudence européenne se réduirait à une discussion quotidienne sur les droits de l'homme, à une confrontation d'opinions dont on ne pourrait pas véritablement évaluer le bien-fondé. Le contrôle de la proportionnalité des ingérences serait trivial car il ne serait pas susceptible d'une évaluation rationnelle ou n'apporterait aucun gain de compréhension ou de définition des droits de l'homme. Le « procès » ne serait pas un instrument pertinent « pour arriver à des conclusions objectivement valables » en matière de droits de l'homme¹²⁷.

ii. *La liberté d'interprétation des juges européens.*

Je veux proposer un premier élément de réponse à cette objection en montrant que la proportionnalité n'interdit pas aux juges de considérer la « justice » d'une décision. L'idée de proportionnalité ou de balance des intérêts, en effet, ne véhicule pas seulement une connotation technique. Nous avons vu au contraire qu'elle émerge dans un contexte de rupture avec des conceptions formalistes du raisonnement judiciaire alors que le besoin se faisait ressentir d'une plus grande concordance entre la manière dont le droit se trouvait appliqué et le contexte social. Lorsque Lon Fuller écrit en 1931 : "*The ultimate problem of the law is balance*", il plaide pour une conception large de la mission de juge et introduit une connotation prudentielle de la « balance » pour désigner la qualité principale d'un juriste et, *in fine*, les conditions de rationalité d'un « jugement » :

Nothing will take the place, in a student of the law, of a sense of tact and balance – not even a burning desire to "get the facts" or to know the "societal background". Is it mere accident that it is a law word, the word "judgment", which has come in common speech precisely this sense of tact and balance?¹²⁸

Cette conception large de la « balance » et des fonctions du juge ne se contente pas d'en appeler à la majesté d'un homme « prudent » ; conformément à la perspective établie au chapitre 3, elle se fonde sur une conception langagière et communicationnelle du raisonnement judiciaire. Dans le texte cité, Lon Fuller

¹²⁷ Cf. *supra*, en introduction.

¹²⁸ Fuller, *Legal Fictions*, op. cit., p. 910.

analyse les fictions en droit, mais son propos est généralisable à l'emploi de toute autre technique juridique : le droit est « un phénomène linguistique¹²⁹ » et la première intention du juriste vise à lui « conserver [...] sa forme persuasive¹³⁰ ». Dans ce cadre, l'emploi de techniques juridiques vise à garantir l'évolution conceptuelle du droit et la réussite d'un acte de communication. Ces deux fonctions du raisonnement juridique se retrouvent dans l'usage des « fictions », fonction démonstrative ou expressive selon les termes de Fuller (*“altering the concept”* et *“conveying what [the judge] has in mind”*¹³¹). Cette analyse ne porte pas sur un problème de connaissance mais d'usage linguistique ; Lon Fuller ne s'intéresse pas à la fonction cognitive de la fiction (et du raisonnement analogique en général) mais à sa fonction communicationnelle (démontrer et faire comprendre) : *“A judge may adopt a fiction, not simply to avoid discommoding current notions, nor for the purpose of concealing from himself or others the fact that he is legislating, but merely because he does not know how else to state and explain the new principle he is applying”*¹³².

La fiction représente un cas-limite parmi les techniques juridiques (*“fictions are, to a certain extent, simply the growing pains of the language of the law”*¹³³) mais nous pouvons cependant généraliser le propos de Fuller et appréhender tout mode de raisonnement en droit, dont la proportionnalité, comme une pratique linguistique et communicationnelle. *Dans cette perspective, les limitations du contrôle européen peuvent être vues comme des contraintes de rationalité des décisions de la Cour européenne et comme une liberté, pour les juges, de rechercher une solution juste à des situations extraordinaires (donc comme un gain pour les bénéficiaires de droit).*

Envisageons tout d'abord les contraintes de rationalité. Les limitations du contrôle européen posent le problème de la liberté d'interprétation de la Convention par les juges de Strasbourg. Dans le cadre d'une approche langagière du droit, une telle interprétation est au fondement même de l'activité juridique car les normes (dans notre cas, les droits de l'homme) sont des

¹²⁹ Fuller, *Legal Fictions*, op. cit., p. 371.

¹³⁰ Fuller, *Legal Fictions*, op. cit., p. 383 (“to keep the form of the law persuasive”).

¹³¹ Fuller, *Legal Fictions*, op. cit., respectivement p. 524 et p. 516. Fuller se réfère à Rudolf von Jhering pour son analyse de la fonction démonstrative des fictions juridiques (p. 521-523).

¹³² Fuller, *Legal Fictions*, op. cit., p. 524.

¹³³ Fuller, *Legal Fictions*, op. cit., p. 379.

propositions bien particulières qui, si elles ne sont pas susceptibles de vérité ou de fausseté, ne peuvent être dépourvues de signification¹³⁴. Par conséquent, le problème des limitations du contrôle européen concerne les contraintes sous lesquelles il est possible de déterminer, pour une situation particulière, le sens de la norme conventionnelle : *“Only on the basis of a semantic approach is it possible to see clearly the problems of legal interpretation and to distinguish clearly between the more or less limited range of freedom that each interpreter has available to him”*¹³⁵. Jerzy Wròblewski distingue trois « contextes » différents dans lesquels trouver les contraintes qui s'imposent à l'interprète pour déterminer de manière rationnelle le sens d'une norme, « linguistique, systémique et fonctionnel » : le premier ensemble de contraintes touche au contexte d'usage d'une expression linguistique dans un certain contexte linguistique, le deuxième concerne les contraintes juridiques à l'intérieur d'un système légal, dont la cohérence ou la complétude des normes entre elles ; le troisième contexte, enfin, a trait « à la situation sociale globale »¹³⁶.

Trois affaires importantes dans la jurisprudence relative à la protection du domicile montrent que cette approche langagière rend bien compte des limites que les juges européens observent dans l'interprétation des droits de l'homme. Dans la première affaire, la requérante cypriste revendique la qualification de « domicile » pour un bien-fonds qu'elle possède dans la partie nord de l'île afin que le refus des autorités turques de la laisser s'y installer librement soit reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme comme une violation de ses droits garantis par l'art. 8 de la Convention. Les juges européens refusent de la suivre dans cette interprétation en arguant clairement des contraintes relatives à l'usage du terme « domicile » dans le contexte européen¹³⁷. La seconde affaire porte quant à elle sur une extension de l'acception du terme « domicile ». Dans cette affaire, la question se pose de savoir si des locaux à usage professionnel

¹³⁴ Jerzy Wròblewski, "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation", *Logique et analyse*, vol. 21-24, dec. 1963, p. 400 : "legal norms are one member of the class of expressions which are neither true or false. But, from the point of view of their function in society, one cannot assert they have no sense."

¹³⁵ Wròblewski, "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation", op. cit., p. 399.

¹³⁶ Wròblewski, "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation", op. cit., p. 410-413.

¹³⁷ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie* (Cour Plénière), req. n°15318/89, 18 déc. 1996, §66 : « La Cour relève que la requérante n'avait pas son domicile sur les terres en question. Selon elle, ce serait forcer la notion de "domicile" figurant à l'article 8 (art. 8) que de l'étendre de manière à inclure un bien-fonds sur lequel on envisage d'édifier une maison à des fins d'habitation. »

peuvent bénéficier d'une protection à l'encontre des ingérences étatiques. Les juges arguent explicitement de l'incohérence et de l'incomplétude du système conventionnel si l'on devait consacrer l'absence de protection des locaux à usage professionnel¹³⁸ ; ils suivent la même ligne de raisonnement lorsqu'il s'agit de reconnaître que les personnes morales peuvent elles-aussi bénéficier du droit au respect du domicile au sens de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁹. Enfin, dans une troisième affaire, ils se fondent sur le contexte global de l'affaire pour condamner le Royaume-Uni qui refusait aux requérants un droit d'installation sur l'île de Guernesey : le fait que les requérants n'ont jamais officiellement élu domicile ailleurs, bien qu'ils soient restés hors de l'île plusieurs années, suffit à invalider les raisons invoquées par le gouvernement défendeur pour justifier du caractère « nécessaire » de sa politique du logement sur l'île dans la situation visée¹⁴⁰.

Ces exemples permettent de préciser l'incidence des limitations inhérentes au contrôle européen quant à la prise en compte des éléments du contexte social. Nous avons vu précédemment que les juges européens ne peuvent considérer le contexte social d'une affaire si cela doit les conduire à un jugement en opportunité ; cet abaissement de la finalité du contrôle sert la sécurité juridique. Pour autant, cela n'aurait pas de sens de considérer que cette limitation doit se comprendre comme une interdiction pour les juges européens de prendre en compte des éléments du contexte social pour déterminer le sens de la norme conventionnelle dans la situation qui leur est soumise. Comment pourraient-ils

¹³⁸ Cour EDH, *Niemietz c. Allemagne* (Chambre), req. n°13710/88, 16 déc. 1992, §31 : « Plus généralement, interpréter les mots "vie privée" et "domicile" comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux répondrait à l'objet et au but essentiels de l'article 8 (art. 8): prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics »

¹³⁹ Cour EDH, *Société Colas Est et autres c. France* (2ème Section), req. n°37971/97, 16 avril 2002, §40-41 : « les requérantes sont des personnes morales invoquant la violation de leur "domicile" conformément à l'article 8 de la Convention. [...] Dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels. »

¹⁴⁰ Cour EDH, *Gillow c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°9063/80, 24 nov. 1986, §46 : « Les requérants estiment avoir établi leur "domicile" à "Whiteknights" en 1958. Bien qu'ayant quitté Guernesey par la suite, ils conservèrent la propriété de la maison [...] La Cour n'a pas de motif de douter de l'exactitude de leurs affirmations; elles se trouvent corroborées par la circonstance qu'ils avaient vendu en 1956 leur précédente maison [...] et s'étaient installés à Guernesey avec leur famille et leur mobilier [...] Il appert, de plus, qu'ils n'avaient pas choisi de "domicile" ailleurs au Royaume-Uni. »

appliquer le droit dans ces conditions ? Dans une perspective langagière, cette limitation signifie que de tels éléments de contexte sont des contraintes subsidiaires dans la détermination rationnelle du sens de la norme :

The last context, the functional one, is the most complicated and the least precise [...] In contrast to the directives related to linguistic and systemic context, the functional directives are controversial to such a degree that it is not possible to list even some of them in a manner acceptable to all the conflicting views.¹⁴¹

En d'autres termes, une interprétation peut s'appuyer sur des éléments du contexte social, mais elle ne peut pas (à tout le moins dans le système européen) s'appuyer seulement sur de tels éléments et violer manifestement les règles d'usage linguistique (le sens raisonnable des mots) et les règles de pertinence juridique (précédents, marge nationale d'appréciation, etc.). Dès lors, dans l'affaire *Pretty*, la solution à laquelle parviennent les juges européens ne peut être considérée comme irrationnelle sous prétexte qu'elle peut éventuellement paraître manquer d'équité à l'égard de la requérante. La décision des juges se fonde en effet sur trois éléments linguistique, systémique et fonctionnel : ainsi, ils refusent de considérer que l'usage linguistique permet de déduire un droit de mourir de la reconnaissance du « droit à la vie » dans la Convention européenne des droits de l'homme ; ils rencontrent aussi des contraintes systémiques dans le fait qu'il n'existe pas de consensus au niveau européen en matière d'euthanasie, ce qui implique que le gouvernement défendeur bénéficie d'une large marge nationale d'appréciation ; enfin, il est vrai, ils n'occultent pas la détresse de la requérante et la souffrance à laquelle se trouvera exposée du fait du rejet de sa requête. Dans une telle configuration (2 contre 1), on ne peut dénier un caractère de rationalité à la conclusion à laquelle les juges parviennent ; d'autant plus, qu'à côté des considérations d'équité, d'autres motifs fonctionnels peuvent intervenir sans qu'on puisse jamais être certain de les avoir tous pris en compte. Si l'on articule dans un tableau les principaux arguments qui étayent la décision de la Cour, les considérations contextuelles en faveur d'une solution « humanitaire » à l'affaire apparaissent non seulement minoritaires mais aussi fragiles : dans la motivation de la décision des juges, contexte linguistique et contexte systémique se révèlent défavorables à l'interprétation de la Convention plaidée par la requérante et le contexte social se révèle incertain (tableau n°2).

¹⁴¹ Wróblewski, "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation", op. cit., p. 413.

Contexte linguistique	Contexte systémique	Contexte fonctionnel	
<p>§39 : « L'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie. »</p>	<p>§74 : « les Etats ont le droit de contrôler [...] les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui [...] Il incombe au premier chef aux Etats d'apprécier le risque d'abus [...] qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction générale du suicide assisté. »</p>	<p>§55 : « La Cour ne peut qu'éprouver de la sympathie pour [...] la requérante [et] a conscience que l'intéressée se trouve dans l'incapacité de se suicider elle-même en raison de son handicap physique et que l'état du droit est tel que son mari risque d'être poursuivi s'il lui prête son assistance. »</p>	<p>§77 : « Des arguments puissants [...] pourraient être opposés à toute prétention [...] de soustraire des individus [...] à l'application de la loi. [...] vu la gravité de l'acte pour lequel une immunité était réclamée, on ne peut juger arbitraire ou déraisonnable la décision prise. »</p>
(incertitude)			

Tableau 3 : Principaux arguments des juges dans l'arrêt *Pretty*.

Une telle approche sémantique du raisonnement des juges européens atteste qu'en aucun cas les limitations du contrôle de proportionnalité n'interdisent la prise en compte de considérations de justice ou d'équité dans la décision des litiges qui leur sont soumis. Les limitations du contrôle européen ne portent pas sur le type d'argument qui jouera dans la prise de décision par une exclusion systématique d'un ensemble d'éléments contextuels (fonctionnel en particulier) ; elles déterminent une économie particulière entre les trois ensembles et, par conséquent, la liberté des juges européens dans l'interprétation du « sens » de la Convention dans les litiges qui leur sont soumis. Autrement dit, les limitations du contrôle européen ne portent pas sur le type d'arguments qui peuvent être produits et pris en compte pour justifier une prétention mais sur leur pondération en cas de concurrence.

On peut y voir deux conséquences. Premièrement, les parties ont totale liberté pour soulever les moyens qui leur sembleront utiles et pertinents pour fonder leurs prétentions. Et les requérants n'hésitent pas régulièrement à insister sur la situation de détresse dans laquelle ils se trouvent du fait de l'ingérence litigieuse

et les juges européens, à intégrer cette dimension dans leur décision. Ils font même parfois des éléments du contexte social un test de l'adéquation d'une interprétation de la Convention aux « conditions de vie actuelles » et de l'effectivité des droits¹⁴². Pour autant, deuxièmement, la valeur subsidiaire accordée aux éléments du contexte social au sens large est un coin enfoncé dans la thèse du contrôle de proportionnalité comme d'une forme mineure de raisonnement apparentée à des « formes quotidiennes d'argumentation ». En effet, les contraintes principales qui s'exercent sur les interprètes de la Convention sont des contraintes fortes auxquelles échappent la discussion informelle ou le débat ouvert et qui imposent une évaluation et une pondération des arguments en faveur d'une modification, ou non, de l'interprétation de la Convention et de la définition des droits : le contexte linguistique consacre la prééminence de la loi (de la norme conventionnelle) et le contexte systémique, la valeur des précédents et de l'égalité devant la loi¹⁴³.

iii. Limitations du contrôle et effectivité des droits.

Il ne laisse pas d'apparaître, cependant, qu'une prééminence du contexte social serait plus favorable aux requérants et, partant, que l'économie spécifique du contrôle européen et les limitations qui lui sont relatives se réalisent au détriment de l'équité et des bénéficiaires de droits. Nous en trouvons une illustration dans une série d'affaires mettant en cause la politique du gouvernement britannique (mais des situations similaires existent ailleurs en Europe, notamment en France) vis-à-vis de la communauté tzigane ; ces affaires concernent des situations difficiles du point de vue humain au point que la Cour y reconnaît l'existence de « considérations d'ordre humanitaire » favorables aux requérants, ce qui ne l'empêche pas de conclure à l'absence de violation dans ces affaires¹⁴⁴.

¹⁴² C'est le cas, particulièrement, des affaires de transsexualisme dont il sera largement question plus loin.

¹⁴³ *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §70 : « Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. »

¹⁴⁴ L'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, déjà cité, constitue l'arrêt de principe de ces cinq affaires décidées le même jour (Cour EDH, *Lee c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°25289/94, 18 janvier 2001 ; Cour EDH, *Jane Smith c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°25154/94, 18 janvier 2001 ; Cour EDH, *Coster c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°24876/94, 18 janvier 2001 ; Cour EDH, *Beard c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°24882/94, 28 janvier 2001).

Dans ces cinq affaires, des requérants d'origine tzigane revendiquent un droit à l'installation de leur caravane sur des terrains qui leur appartiennent, droit que les autorités administratives leur refusent en arguant de la préservation de l'environnement et de l'existence de camps officiels ou de solutions d'hébergement en dur (appartements). Or, ces solutions sont inadaptées : les camps proposent un nombre de place insuffisant, contreviennent au mode de vie des requérants par une sédentarisation de fait (les occupants perdent leur place s'ils déplacent leur caravane) et, par-dessus tout, s'avèrent insalubres et soumis à une délinquance endémique. Dans chaque affaire, les requérants avancent des raisons basées sur ce contexte global ; selon eux, on doit leur accorder une valeur prééminente dans le raisonnement car ils agissent certes dans l'illégalité en installant leurs caravanes sur des terrains qu'ils ont achetés exprès mais ils le font pour pallier les carences de l'administration : « *La requérante fait valoir que, pour apprécier la nécessité des mesures prises en l'espèce, l'importance de l'enjeu pour elle pèse très lourdement dans la balance, car il s'agit non seulement de la sécurité de son domicile, mais également de son droit de vivre, avec sa famille, selon la tradition tzigane*¹⁴⁵. » Face à cet argumentaire, le gouvernement répond sur le terrain des éléments systémiques : « *Le Gouvernement souligne que [...] dans le cadre de l'aménagement urbain et rural [...] les autorités nationales sont mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les besoins et le contexte locaux. La Cour n'a pas à substituer son propre point de vue sur ce que pourrait être la meilleure politique en matière d'aménagement ou la mesure la plus adéquate dans un cas particulier*¹⁴⁶. » Et il contrecarre aussi l'argument des requérants en faveur d'une prééminence des éléments fonctionnels dans ces affaires en déclassant les motifs relatifs au mode de vie tzigane au rang de préférences personnelles opposées à « la protection des "droits d'autrui" par le biais de la défense de l'environnement » (but légitime) : « *La requérante ne saurait invoquer l'article 8 pour arguer que ses préférences quant à son lieu de résidence prennent le pas sur l'intérêt général*¹⁴⁷. »

Cette position semble confirmer l'idée selon laquelle la protection des droits de l'homme en Europe reposerait sur le postulat que tout usage d'une liberté doit d'abord être considéré à l'aune des abus de droit qui pourraient en découler... La Cour statuant dans le sens du gouvernement, ces affaires accrédiueraient ainsi la thèse d'un déficit structurel du contrôle de la nécessité des ingérences du point de vue de la justice ou de l'équité (et, partant, du point de vue d'une

¹⁴⁵ *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §83.

¹⁴⁶ *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §86.

¹⁴⁷ *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §88.

protection efficace des droits de l'homme). Opposé à la décision majoritaire, le juge Bonello exprime une critique virulente de l'arrêt qui va dans ce sens :

On n'a pas encore bien expliqué pour quelle raison une cour des droits de l'homme devrait considérer une grave entorse à la loi commise par les puissants plus favorablement que celle commise par les faibles [...]. Voilà une situation où une personne a dû enfreindre la loi parce que, l'infraction de l'autorité publique étant couverte, elle s'est trouvée « prise au piège ». Il est selon moi troublant qu'une cour se prononce en faveur de l'autorité publique contre cette personne. Une cour des droits de l'homme qui conclut qu'une autorité a agi de manière « prévue par la loi », alors que cette dernière ne se trouvait à l'évidence pas du côté de l'état de droit, remet encore plus gravement en cause l'échelle de valeurs établie en matière d'éthique¹⁴⁸.

On peut pourtant trouver, sans naïveté excessive, quelques avantages pour les bénéficiaires de droit aux limitations du contrôle des juges européens. En premier lieu, cet arrêt *Chapman* montre qu'il ne faut pas aborder de manière rigide la distinction entre les contextes d'interprétation. La critique du Juge Bonello porte justement sur le fait que les fameuses « considérations d'ordre humanitaire » n'auraient pas dû être réduites au statut d'éléments informels du contexte global. Elles traduisent au contraire, selon lui, les conséquences d'une carence du gouvernement dans la mise en œuvre de ses propres lois. Dès lors, une interprétation systémique de la situation de requérante eut été souhaitable, et probablement compatible avec la liberté d'interprétation des juges européens : si nous avons, à la base d'une situation, un manquement de l'Etat à des obligations identifiables (mettre en œuvre ses propres lois), des considérations juridiques, et non seulement humanitaires, semblent en découler selon lesquelles la Cour aurait dû reconnaître un état de nécessité au fondement de la revendication des requérants (et non des préférences personnelles). Le fait est que la requérante n'a pas établi légalement son domicile ; mais elle ne l'a pas établi légalement parce qu'elle en a été empêchée, non parce qu'elle a souhaité s'affranchir des contraintes normales qui pèsent sur tout citoyen britannique en matière d'installation sur un terrain qui lui appartient. Les sept juges de la minorité (dont le Juge Bonello) défendent conjointement ce point de vue : « *l'article 8 de la Convention impose aux autorités l'obligation positive de veiller à ce que les Tsiganes bénéficient en pratique et de manière effective de la possibilité*

¹⁴⁸ *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, op. diss. Juge Bonello, §§7-8, p. 45-46.

d'exercer leur droit au respect de leur domicile et de leur vie privée et familiale, conformément à leur mode de vie traditionnel » ; nous sommes là sur le terrain d'arguments systémiques et, selon eux, compatibles avec la liberté d'interprétation de la Cour européenne puisque, écrivent-ils, « notre point de vue [...] ne constitue pas une nouveauté radicale¹⁴⁹ ».

Cette variabilité des contextes d'interprétation est essentielle. Admettons, comme l'affirment les juges de la minorité dans l'affaire *Chapman*, que la majorité est coupable d'une erreur de raisonnement en l'espèce. Cela ne remet pas en cause un acquis des analyses qui précèdent, à savoir la fragilité relative, le caractère incertain du contexte fonctionnel pour fonder une décision. Les juges de la minorité ne reprochent en effet pas à la majorité d'avoir fait trop peu cas d'éléments du contexte global ; ils leur reprochent d'avoir en quelque sorte déclassé des éléments systémiques et, partant, surestimé les limites de leur contrôle de la compatibilité de la situation des tsiganes au Royaume-Uni avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Et il n'y a aucune raison pour laquelle il serait uniment profitable aux bénéficiaires de droit que cette défiance à l'égard des éléments du contexte fonctionnel soit remise en cause. Plus exactement, la levée de cette défiance épistémique à l'encontre des éléments du contexte global n'aurait pas nécessairement une influence positive sur l'extension du bénéfice des droits de l'homme et la justice ou l'équité des décisions rendues. Au contraire, le poids de la normalité démocratique risquerait de s'en trouver augmenté au détriment de l'expression des aspirations minoritaires, sans compter les risques de partialité des juges dans la mesure où leur évaluation personnelle des situations se trouverait alors jouer un rôle plus important (illégitime ?) qu'aujourd'hui.

Nous en trouvons un exemple dans un arrêt important relatif à la protection de la vie privée. Dans cette affaire, le requérant se plaint de l'incompatibilité avec la Convention d'une législation encore en vigueur en Irlande du Nord au début des années 1980 qui pénalise les relations homosexuelles entre hommes adultes. La Cour, à la majorité, suit son argumentaire et estime qu'une telle incrimination pénale, même si elle n'est plus appliquée, n'est pas nécessaire dans une société démocratique¹⁵⁰. Dans une opinion dissidente, le Juge Zekia critique

¹⁴⁹ *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, op. diss. commune, §9, p44.

¹⁵⁰ Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°7525/76, 22 oct. 1981, §61 : « "Dépénaliser" ne veut pas dire approuver, et la peur de voir certains milieux tirer à cet égard des conclusions erronées d'une réforme de la législation ne constitue pas une bonne raison de

cette décision en en appelant à plus de considération pour le contexte social global. Se plaçant donc sur le terrain fonctionnel, il rappelle ainsi que « les religions chrétiennes et musulmanes » ainsi que certains Etats européens, dont le sien (Chypre), condamnent « la sodomie, la buggery et les pratiques perverses du même genre ». Les arguments soulevés témoignent du risque de conservatisme inhérent à l'éventualité d'une survalorisation des éléments du contexte fonctionnel dans l'interprétation de la norme conventionnelle :

Certes, on peut considérer mon point de vue comme partial étant donné ma qualité de juge cypriste, mais on peut aussi estimer que je suis mieux placé qu'un autre pour prévoir un tollé général et des remous dans le cas où ces lois seraient abrogées ou amendées en faveur des homosexuels, que ce soit à Chypre ou en Irlande du Nord, pays marqués par la religion et l'attachement à des valeurs morales séculaires. [...] Dans une société démocratique, majorité fait loi. Il me paraît quelque peu étrange et troublant, quand on considère la nécessité du respect de la vie privée d'un individu, de sous-estimer la nécessité de conserver en vigueur une loi qui protège les valeurs morales tenues en haute estime par la majorité.¹⁵¹

Conclusion.

Les critiques de la proportionnalité et leurs réponses reposent sur une approche langagière et communicationnelle du droit centrée sur la dimension argumentative du raisonnement. Fondée chez Robert Alexy et d'autres auteurs allemands ou américains dans l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle, j'ai montré dans ce chapitre que cette approche argumentative est applicable à l'analyse de la jurisprudence européenne des droits de l'homme. Mais, dans ce contexte spécifique, elle appelle une vigilance particulière du point de vue de la rationalité juridique : la relation entre droits individuels et nécessités démocratiques est plus problématique du point de vue de la protection internationale des droits fondamentaux qu'elle ne l'est en contexte

conserver celle-ci jusque dans ses aspects injustifiables. En résumé, la restriction imposée à M. Dudgeon en vertu du droit nord-irlandais se révèle par son ampleur et son caractère absolu, indépendamment même de la sévérité des peines encourues, disproportionnée aux buts recherchés. »

¹⁵¹ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Pléniaire), arrêt cité, op. diss. Juge Zekia, §2-3, p. 25-26.

constitutionnel et, dans le même temps, les limitations et contraintes du raisonnement s'y révèlent plus restrictives pour la liberté de l'interprète.

Je défends la thèse qu'il y aurait véritablement un danger dans ce cadre, au sens d'une perte de rationalité, à rabattre la problématique de l'équité et de la justice des décisions sur la question de la prise en compte du contexte social (ou « fonctionnel » selon la classification proposée par Wròblewski). Pourtant, il est tentant de le faire d'un point de vue philosophique dès lors qu'on se trouve s'inscrire dans une perspective argumentative. Nous lisons en effet sous la plume de Chaïm Perelman, en opposition à une conception formaliste du raisonnement judiciaire tournée vers la seule sécurité juridique, que :

Le juge a pour mission de dire le droit, mais d'une façon conforme à la conscience de la société. Pourquoi ? Parce que son rôle est d'établir la paix judiciaire, et la paix judiciaire ne sera établie que quand il aura convaincu les parties, le public, ses collègues, ses supérieurs qu'il a jugé d'une façon équitable.¹⁵²

Si cette vision de la mission des juges est attrayante pour la protection des droits de l'homme, il ne faut pourtant pas la lire de manière trop littérale ou la radicaliser en revendiquant une prévalence épistémique du contexte fonctionnel sur les contextes linguistique et systémique dans l'interprétation judiciaire. D'abord, on rappellera utilement que l'acceptabilité sociale d'une décision n'est pas un gage de sa validité. Mais surtout, l'acceptabilité sociale d'une décision introduit une dynamique dans l'interprétation juridique qui ne va pas nécessairement dans le sens d'une extension du bénéfice des droits. Au contraire, l'acceptabilité sociale au sens large est généralement gouvernée, dans une perspective argumentative, par un principe « d'inertie » favorable au *statu quo* et à la normalité démocratique, y-compris dans ce qu'elle peut avoir d'inhibiteur pour le développement des droits de l'individu : « *l'inertie permet de compter sur le normal, l'habituel, le réel, l'actuel et de le valoriser, qu'il s'agisse d'une situation existante [ou] d'une opinion admise [...]. Le changement, par contre, doit être justifié*¹⁵³. » Il y a là une protection et un danger : une protection car le bénéfice acquis des droits de l'homme sera difficile à renier (effet de cliquet) ; mais un danger car les choix minoritaires ou marginaux risquent de se trouver

¹⁵² Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, op. cit., p. 64.

¹⁵³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 142.

traités sous ce régime du changement par rapport au « normal » dans les sociétés démocratiques (effet de majorité). Le modèle éristique (modèle DHO) du traitement des incertitudes en matière de droits de l'homme devra intégrer, s'il veut être pertinent, cet écueil de la relation entre droits fondamentaux et normalité démocratique. Il ne s'agit pas d'y répondre immédiatement ; je le fais dans la conclusion générale à cette étude. Je soulignerai seulement un acquis de la réflexion à ce niveau : la tension entre revendications minoritaires ou marginales et normalité démocratique permet de traduire le contenu normatif ou impératif (cette valeur de « poids seuil ») qu'il est impossible d'ignorer s'agissant des droits de l'homme indépendamment d'une quelconque approche axiologique des droits (en termes de valeurs ; *supra*, ch. 1).

A lire de manière trop littérale l'affirmation précédente d'une fonction sociale du droit, nous risquerions aussi d'obtenir un résultat inverse à celui recherché dans cette étude : développer une approche argumentative de la jurisprudence européenne aboutirait, *in fine*, à la démonstration de son irrationalité. Faut-il lire en effet que, lorsque les juges n'auront pas convaincu, ne serait-ce que leurs collègues du bien-fondé de leur décision, alors le procès aura raté sa mission de protection et de promotion des droits de l'homme ? Une telle conclusion serait dirimante pour le système européen. Compte-tenu des limitations du contrôle de la nécessité des ingérences, nous serions en effet régulièrement obligés de conclure, avec Habermas, à l'incapacité des juges européens de réaliser la fonction de justice qui leur incombe à cause d'un mode de raisonnement inadapté. A chaque décision qui ne serait pas entièrement « fondée en raison » de manière externe, le procès en matière de droits de l'homme serait le fossoyeur de toute délibération sur les droits de l'homme en Europe et les opinions au sein de la Cour européenne, des jugements de valeurs irréductibles. Or, à imposer des contraintes de rationalité trop fortes aux décisions de l'organe européen, ne nous rendons-nous pas nous-mêmes incapables de juger du progrès du droit en matière de droits de l'homme ?

Celui-ci se manifeste en effet peut-être à un niveau différent que la seule justification rationnelle de chaque opinion ou décision. Il se manifeste tout d'abord dans les règles qui gouvernent la pondération des arguments et éléments contextuels favorables ou défavorables à une interprétation quelconque de la Convention. J'ai plaidé que la faiblesse relative des raisons fondées sur le contexte fonctionnel en témoigne ; on peut voir son pendant dans un effet-

cliquet consacré par la jurisprudence européenne en vertu duquel, lorsqu'un consensus ou une normalité démocratique émergent, ils doivent être pris en compte et valorisés s'ils sont favorables à une extension du bénéfice des droits¹⁵⁴. Nous avons là un principe d'interprétation susceptible de contrer les effets de conformisme d'une trop grande exposition des raisons à « l'inertie » en contexte argumentatif.

Surtout, dans la mesure où l'approche argumentative du raisonnement des juges européens conduit à le considérer d'un point de vue épistémique, le progrès du droit peut être enregistré jusque dans les creux d'une justification imparfaite ou d'une solution insatisfaisante. Nous avons vu toutes les raisons de considérer l'arrêt *Chapman* comme perfectible ; cependant, nous y enregistrons des progrès indéniables par rapport à un arrêt antérieur, progrès favorables à une meilleure reconnaissance des droits de la communauté tzigane à l'avenir. Ainsi, dans l'arrêt qui vaut comme précédent à l'arrêt *Chapman*, les juges avaient estimé qu'il y avait ingérence dans un droit couvert par la Convention même en l'absence d'un « domicile légalement établi » (contre une exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement) ; mais « compte tenu de cette conclusion, la Cour [avait jugé] inutile de décider si l'affaire concerne également le droit de l'intéressée au respect de sa "vie privée et familiale"¹⁵⁵ ». L'arrêt *Chapman* va plus loin : se référant à la jurisprudence antécédente, le gouvernement « admet qu'il y a eu "ingérence d'une autorité publique" dans le droit de la requérante au respect de son domicile » (il entérine le progrès initial) mais demande à la Cour de ne pas examiner les allégations d'ingérence dans la vie privée et familiale de la requérante ; la majorité innove en faveur de la requérante et « estime que les décisions [litigieuses] constituent une ingérence dans le droit de celle-ci au respect de sa vie privée et familiale ». Il y a là un progrès dans la mesure où la protection de la vie privée et familiale est plus large que la protection du domicile dans la jurisprudence européenne, notamment en termes d'obligations positives.

¹⁵⁴ Par ex., en Hollande, en Suisse ou en Belgique, où l'euthanasie est légale ou dépenalisée, les individus disposent à cet égard d'une liberté plus grande que dans la plupart des pays européens entre lesquels le consensus va plutôt à une restriction absolue du droit de mourir. Les juges européens n'iraient pas conclure d'un tel consensus restrictif au caractère non-conventionnel de telles dispositions libérales en matière d'euthanasie.

¹⁵⁵ Cour EDH, *Buckleley c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°20348/92, 26 août 1996, §§52-55.

Dès lors, la contradiction d'opinions au sein de la Cour entre juges de la majorité et juges de la minorité n'apparaît pas comme un facteur d'irrationalité, bien au contraire : l'analyse critique du raisonnement ayant conduit à une décision de non-violation (*a priori* insatisfaisante) esquisse des voies de développement du droit européen des droits de l'homme sur la base des deux premières évolutions enregistrées (sur la recevabilité et sur l'ingérence dans la vie privée et familiale). Du point de vue des juges de la minorité, ces voies de développement du droit impliquent une possibilité de gagner en rationalité dans l'application des droits de l'homme (notamment du point de vue de la justice et de l'équité). Du point de vue des bénéficiaires de droits, ces voies ouvertes pour l'argumentation suggèrent des moyens qui pourraient être utilement soulevés par d'autres requérants afin d'augmenter les chances de succès de requêtes futures. Quant aux débiteurs de droits, ils devront tenir compte du fait que de tels moyens pourraient les amener à réviser les raisons qu'ils devront produire devant les juges européens, si elles doivent rester « pertinentes et suffisantes », voire (pourquoi pas ?) à réviser leurs politiques nationales afin de prévenir d'éventuelles condamnations à Strasbourg.

Reconnaître une rationalité inhérente à l'abaissement de la finalité du contrôle (une perspective épistémique sur la jurisprudence européenne) permet donc d'aboutir à un niveau de description adéquat du mode de développement des droits de l'homme en Europe. *Et d'apercevoir les conditions de réalisation d'une « communauté épistémique » entre les participants aux débats judiciaires sur les droits de l'homme en Europe.* Les limitations du contrôle, en effet, n'interdisent pas la prise en compte de motifs d'équité ou de justice tout en préservant 1° l'égalité devant la loi (point de vue des débiteurs de droits) et 2° l'objectivité des décisions (point de vue des bénéficiaires *vs.* la normalité démocratique). Ainsi, la recherche d'une justice ou d'une équité croissantes des décisions n'impose pas un changement de niveau par rapport aux conditions de rationalité qui régissent l'exigence de sécurité juridique. Au terme du chapitre précédent, je faisais de la récursivité la condition principale à la pertinence d'un modèle de la « communauté épistémique » appliqué à la délibération sur les droits de l'homme. Les affaires tsiganes montrent qu'une telle récursivité peut s'instaurer dans le mouvement d'application des droits de l'homme en Europe. Le contrôle de la nécessité des ingérences propose donc un modèle de rationalité compatible avec l'instauration d'une « communauté épistémique » entre les participants, ainsi que d'une forme de délibération pratique sur les droits de l'homme en

Europe, notamment parce que les limitations inhérentes au contrôle de la nécessité des ingérences peuvent profiter aux débiteurs comme aux bénéficiaires de droits sans contrarier le développement du système conventionnel.

Chapitre six. Une forme éristique de sociabilité ?

Structure et efficacité des arguments.

« Le paradoxe du langage, c'est qu'il soit possible de conférer à certains mots et en se servant de ces mots eux-mêmes, un sens qu'ils n'ont encore jamais eu. [...] Expliquer l'efficacité du langage, c'est découvrir les règles de ce jeu¹. »

« Il faut se faire du langage une conception qui lui assure (méthodologiquement) l'ensemble de ses fonctions efficaces². »

La conservation d'une complémentarité entre « les aspects du raisonnement relatifs à la vérité et ceux qui sont relatifs à l'adhésion » (*supra*, ch. 4) est nécessaire dans le modèle d'une « communauté épistémique » appliqué à la protection des droits de l'homme en Europe. Il en va d'une évidence et d'un problème philosophique. Du point de vue de l'évidence, la conservation d'une « correspondance » entre la validité et l'efficacité d'une argumentation (du « raisonnement » en ce sens) relève du constat qu'aucune thèse sur les droits de l'homme, même rationnelle, n'a de chances de succès si elle n'est pas assortie d'une stratégie de défense adaptée aux conditions du débat judiciaire à la Cour européenne. Cette impossibilité pragmatique de concevoir la « justification » d'une thèse dans un contexte argumentatif indépendamment de sa capacité d'augmenter « l'adhésion » de ses adressataires ou de son « auditoire » détermine aussi un problème philosophique dans la mesure où si efficacité et validité peuvent « correspondre », elles peuvent aussi « interférer ».

¹ Gonseth, *Les mathématiques et la réalité. Essai sur la méthode axiomatique*, p. 51.

² Gonseth, "Stratégie de fondement et stratégie d'engagement", , p. 175.

Une manière de « se préoccuper [...] de leur interférence ou de leur correspondance éventuelles³ » consiste à imposer à l'interaction entre des prétentions concurrentes à la validité des règles de fonctionnement. Cette approche se traduit par la valorisation de « vertus épistémiques » ou de « commandements » dont la fonction consiste à prévenir ou à détecter d'éventuels comportements susceptibles de fausser le processus de « justification » des croyances individuelles. La thèse philosophique sous-jacente consiste à défendre que, devant un auditoire vigilant et dans une interaction réglée, la vérité seule peut être efficace (au moins à terme). Cette approche conduit à une hiérarchisation des formes d'interaction argumentative au détriment, particulièrement, de ses formes éristiques (du « débat » ou du « procès »). J'ai développé dans le chapitre 4 une autre thèse, sur la base d'une épistémologie du *Traité de l'argumentation* de Perelman, qui consiste à défendre que l'efficacité d'une argumentation n'est jamais exclusive d'une adjudication de la validité des arguments soulevés et que la confrontation des arguments, y compris dans un cadre éristique dans lequel il s'agit de « gagner le procès », conduit à des résultats épistémiques (la « justification » des croyances individuelles).

Cette thèse s'est développée dans le contexte anglo-saxon sous le label "*rhetoric is epistemic*⁴" et dans la perspective d'une théorie pragmatique de l'argumentation. Par exemple, une réponse aux paradoxes de « l'auditoire » (s'agit-il de persuader ou de convaincre un auditoire universel ou particulier, idéal ou concret ?) a été proposée en 2008 dans une perspective proche de celle dans cette étude. Scott F. Aikin y défend la thèse suivante :

³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 5.

⁴ Cette problématique a été initiée par la publication de l'article suivant : Robert L. Scott, "On Viewing Rhetoric as Epistemic", *Central States Speech Journal*, 18, 1967 ; voir aussi : Robert L. Scott, "On Viewing Rhetoric as Epistemic: Ten Years Later", *Central States Speech Journal*, 27, 1976 et Robert L. Scott, "Rhetoric is Epistemic: What Difference Does that Make?", Ed. by Theresa Enos and Stuart C. Brown, *Defining New Rhetorics*, London, SAGE Publications, 1993, p. 120. La question a connu des développements en 2005 à travers une polémique née entre William D. Harpine et Steve Fuller (Steve Fuller, "Philosophy Taken Seriously but Without Self-Loathing: A Response to Harpine", *Philosophy and Rhetoric*, 38-1, 2005 ; William D. Harpine, "Analysing How Rhetoric Is Epistemic?": A Reply to Steve Fuller", *Philosophy and Rhetoric*, 38-1, 2005) ; la formulation de la thèse de W. Harpine est intéressante pour cette étude : "*rhetoric is part of our normal doxastic practice [...] People interact to come to mutual or opposite understandings of truth as best they can. Thus, rhetoric may help us to understand how people examine their subjective uncertainty*" (William D. Harpine, "What Do You Mean, Rhetoric is Epistemic?", *Philosophy and Rhetoric*, 37-4, 2004, respectivement p. 347 et p. 350).

for arguers to convince (or even persuade) their audiences, the arguers must at least pretend to give their listeners epistemically good reasons for believing. [...] Perelman's requirements of respect for the perspectives of audiences [...] is intrinsic to the notion of transmission of epistemic justification with arguments [and] audiences cannot avoid assessing arguments in terms of how they function for them epistemically.⁵

Cette réponse traite de la relation entre les dimensions pragmatique (efficacité) et épistémique (validité) de l'argumentation. Une manière de réduire l'opposition consiste à traiter de la montée doxastique d'une croyance individuelle à une croyance collective (ch. 4) comme d'un élargissement progressif des auditoires auxquels on s'adresse jusqu'à tendre à un « auditoire universel » (*"Pragmatic features of [universal audience] are the sociological facts of cognitive and evaluative overlap between different people, groups, and societies"*⁶). Dans cette perspective, ce qu'un orateur cherche à *faire* lorsqu'il s'adresse à un auditoire, c'est à emporter son adhésion et non à justifier son opinion d'un point de vue rationnel ou épistémique (cela même s'il peut recourir instrumentalement, en faisant cela, à des garanties épistémiques⁷). Aikin reconnaît qu'une thèse inverse (où les seules contraintes sur l'argumentation seraient celles d'une justification rationnelle) est peu vraisemblable car « l'acceptation » doit être instanciée comme l'acceptation d'un auditoire concret si elle ne doit pas se réduire à une contrainte formelle. Mais il défend la thèse que, même lorsque nous argumentons devant un auditoire concret (ce qui est un pléonasme), nous effectuons une tâche cognitive ou rationnelle, nous développons nécessairement une justification épistémique de l'opinion que nous cherchons à faire valoir avec succès. *"One may not pursue the argumentative goal of reducing disagreement or eliciting assent without additionally pursuing (or at least pretending to pursue) the goal of knowledge"*⁸.

⁵ Scott F. Aikin, "Perelmanian Universal Audience and the Epistemic Aspirations of Argument", *Philosophy and Rhetoric*, 41-3, 2008, p. 243 et p. 255-256.

⁶ Aikin, "Perelmanian Universal Audience and the Epistemic Aspirations of Argument", op. cit., p. 240.

⁷ Voir Aikin, "Perelmanian Universal Audience and the Epistemic Aspirations of Argument", op. cit., op. cit., p. 243.

⁸ Aikin, "Perelmanian Universal Audience and the Epistemic Aspirations of Argument", op. cit., p. 244.

J'ai plaidé dans le chapitre quatre que la justification de la nature épistémique des engagements rhétoriques peut s'établir aussi du point de vue d'une épistémologie, et non seulement d'une pragmatique, de l'argumentation. Ce faisant, il y a là une occasion de convoquer les fondements de la philosophie de Perelman dans la tradition épistémologique européenne, comme en témoignent les sources de la « Nouvelle Rhétorique » dans la philosophie des sciences de Ferdinand Gonseth et l'applicabilité du modèle de la « communauté épistémique » au contexte judiciaire qu'on peut rapprocher du « collectif de pensée » de Ludwik Fleck. Cependant, l'analyse d'un objet (dans cette étude, il s'agit du raisonnement de proportionnalité dans la jurisprudence relative à l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) ne permet pas seulement de formuler une hypothèse épistémologique, celle de la « communauté épistémique » pour les droits de l'homme opposables, mais pose une exigence relative au caractère opératoire du modèle pour rendre compte de la pratique délibérative.

C'est une chose, en effet, de poser le principe d'une « adjudication rationnelle » des contenus de croyance individuels à travers le processus de confrontation des arguments. Mais la théorie de l'argumentation, même adossée à cette épistémologie, reste exposée à la critique de sa valeur pour celui qui argumente. Il s'agit, en effet, de passer d'une représentation en termes « d'adjudication » et de « processus inférentiels » à une représentation concrète de l'activité argumentative où l'on rend compte des procédés par lesquels celui qui argumente se pose de manière concrète en « adjudicateur » ou en « arbitre » (*deontic scorekeeper*), c'est-à-dire comme un « praticien de la langue compétent » (*“competent linguistic practitioner”*, R. Brandom). En quoi l'épistémologie adoptée dans cette étude est-elle opératoire pour rendre compte des pratiques argumentatives à la Cour européenne des droits de l'homme ?

1. Structure des rapports concurrentiels dans les débats sur les droits de l'homme en Europe.

J'ai procédé, dans le chapitre précédent, à une analyse du raisonnement de proportionnalité à la lumière des critiques auxquelles il est confronté et des spécificités du contrôle des ingérences à la Cour européenne. J'ai défendu que le contrôle de proportionnalité à la Cour européenne repose sur un modèle

concurrentiel de la mise en œuvre et du développement des droits de l'homme dans lequel une finalité épistémique (un accord sur la définition des droits) est visée au terme d'une construction subjective des contentieux (le conflit d'intérêts). Une telle configuration est d'un intérêt majeur pour une « épistémologie sociale » des pratiques de délibération collective. Elle pose, en effet, la question de la fonction épistémique des comportements stratégiques et de la contradiction des opinions en contexte pratique.

Une chose étonne cependant dans le débat qui oppose les auteurs, dans la doctrine juridique et en théorie du droit, sur la rationalité de la technique dite du « contrôle de proportionnalité » des ingérences dans les droits fondamentaux :

1. les opposants à la proportionnalité concentrent l'essentiel de leurs critiques sur son déficit sémantique (la « nécessité » d'une ingérence serait un critère trop lâche pour prévenir les jugements en opportunité⁹) ou sur son déficit axiologique (répondre à sa « nécessité » élude la question de la « justice » d'une ingérence, J. Habermas). Ces deux lignes d'opposition posent la question de la rationalité au niveau du *contenu* des jugements de proportionnalité et des opinions sur les droits de l'homme qu'il est possible de justifier sur cette base. Elles font de la rationalité un enjeu de *légitimité* du développement du droit des droits de l'homme ;
2. de leur côté, les partisans de la proportionnalité font valoir deux lignes de défense face à ces critiques. La doctrine constitutionnaliste de la « proportionnalité » insiste sur l'ouverture de ce type de raisonnement aux évolutions des pratiques et des préférences au sein d'une société contre l'effet conservateur lié à la mise en œuvre de techniques d'interprétation par lesquelles on traite de manière « catégorique » des incertitudes juridiques (A. Aleinikoff à propos de la « balance des intérêts » dans la jurisprudence constitutionnelle américaine). Prônant un raisonnement judiciaire plus emprunt de conséquentialisme, les partisans de la proportionnalité reconnaissent, avec ses contradicteurs, que la rationalité du contrôle de proportionnalité doit s'analyser en

⁹ La critique doctrinale peut être virulente, par ex. lorsque Frédéric Sudre dénonce, dans le mode de raisonnement des juges européens une « incohérence [...] érigée en système de pensée » (Frédéric Sudre, "Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme ; l'arrêt *Vogt* de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme", *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 27, juillet 1996, p. 405).

termes de *contenu* des décisions et à l'aune des changements sémantiques qu'elles induisent dans un système de droit (J. Wròblewski) ; les uns et les autres s'accorderont, qui pour la condamner, qui pour la justifier, à reconnaître dans la technique de la « proportionnalité » une « méthode casuelle », une forme de « casuistique »¹⁰.

N'est-il pas étonnant que les défenseurs de la proportionnalité choisissent de répondre sur le terrain de la « structure » des arguments de proportionnalité et sur les contraintes qui s'exercent sur les juges dans leur raisonnement (Robert Alexy, à propos de la « proportionnalité » dans la jurisprudence constitutionnelle allemande) ? Ce faisant, il semble qu'un élément d'inadéquation subsiste dans les réponses aux critiques du critère de « nécessité » des ingérences ; ces réponses ne limitent-elles pas l'enjeu de rationalité à un problème de *légalité* du développement du droit des droits de l'homme¹¹ ?

Il y a là un problème philosophique relatif à la valeur à accorder au traitement formel des interactions argumentatives lorsqu'on s'accorde à en reconnaître l'enjeu sémantique (à la fois d'interprétation et de justification).

UNE LOGIQUE OPERATOIRE DU RAISONNEMENT DE PROPORTIONNALITE ?

La logique vise traditionnellement l'explicitation de mouvements autorisés par lesquels on transfère la validité de certaines prémisses à une conclusion qu'on entend justifier. A ce titre, on peut considérer les différents systèmes de logique comme des tentatives complémentaires (éventuellement concurrentes) de rendre

¹⁰ François-Xavier Testu, "art. "casuistique"", Denis Alland et Stéphane Rials (ss. dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-LAMY, 2003, p. 169-172 : « La méthode casuelle est indispensable pour rationaliser la mise en œuvre d'une règle très générale dont les conditions sont peu caractérisées [...] La casuistique juridique est [...] un effort de réaction contre la soft law [...] de laquelle procèdent [...] tous les mécanismes dits de régulation. » Les juges européens qualifient la méthode de la Cour de « casuistique », soit pour en critiquer les limites (Cour EDH, *De Haan c. Pays-Bas* (Chambre), req. n°28839/93, 26 août 1997, op. diss. Juges Van Dijk et Matscher ; Cour EDH, *Beldjoudi c. France* (Chambre), req. n°12083/86, 26 mars 1992, op. sép. Juge Martens ; Cour EDH, *Boujlifa c. France* (Chambre), req. n°25404/94, 21 oct. 1997, op. diss. Juges Baka et Van Dijk ; Cour EDH, *Gnaboré c. France* (3ème Section), req. n°40031/98, 19 sept. 2000, op. diss. Juges Tulkens et Loucaides), soit pour la défendre (Cour EDH, *Gorzelik et autres c. Pologne* (Cour Plénière), req. n°44158/98, 17 fév. 2004, op. sép. Juges Costa, Zupancic et Kovler ; *von Hannover c. Allemagne* (Section), arrêt cité, op. sép. Juge Cabral Barreto).

¹¹ Notamment par la prévalence des contextes d'interprétation linguistique et systémique sur le contexte fonctionnel (ou contexte social au sens large).

compte de différents niveaux auxquels juger de la validité des raisonnements individuels et les comparer entre eux. Je veux insister sur cette question de la *comparaison* des raisonnements individuels. Cela semble une voie nécessaire s'agissant des raisonnements appuyés sur des interprétations et des évaluations (opposées à des quantifications) dans les situations d'incertitude car la comparaison conditionne la possibilité d'une « adjudication rationnelle » des mérites épistémiques respectifs des positions antagonistes (dans le cas contraire, elles se réduiraient simplement à des idiosyncrasies). Cela semble pourtant une gageure, s'agissant de « raisonnements » appréhendés seulement à travers la perspective propédeutique des « justifications » ou des « rationalisations » produites par les tenants de thèses juridiques opposées : les « stratégies d'engagement » des participants aux débats sur les droits de l'homme, les constructions argumentatives par lesquelles ils s'expriment, ne sont-elles pas à ce point indéterminées qu'on ne peut espérer les soumettre à une « forme quelconque » au regard de laquelle leur validité pourrait être évaluée ?

Ferdinand Gonseth désigne, à travers l'adjectif « quelconque », une démarche logique consistant non à imposer une structure aux raisonnements réels pour garantir leur validité, mais à décrire et à distinguer des aspects des raisonnements « de caractère très primitif ». Autrement dit, une logique des argumentations inspirée de cette démarche ne pourrait pas se prétendre normative mais « schématique », réductrice certes mais opératoire, ayant « pour but de suggérer certaines analogies de tendances, et même de méthode, avec [l'argumentation juridique¹²] prise dans la totalité de sa signification actuelle¹³ » (*i.e.* prise comme pratique linguistique devant l'instance strasbourgeoise, pour ce qui concerne cette étude). Il s'agira dans ce cadre de distinguer une forme de « syntaxe » commune derrière les réalisations discursives particulières visant à établir la plausibilité d'une « croyance » sur les droits de l'homme, c'est-à-dire des formes « quelconques » par lesquelles les participants aux débats peuvent « [manipuler] les énoncés de faits¹⁴ ».

¹² Ferdinand Gonseth parle de la physique ; m'inspirant de sa démarche, je substitue par la pratique qui constitue l'objet de cette étude.

¹³ Voir Gonseth, *Les mathématiques et la réalité. Essai sur la méthode axiomatique*, op. cit., p. 155.

¹⁴ Voir Gonseth, *Logique et philosophie des mathématiques*, op. cit., p. 40 : « mathématiques et logique ne forment qu'une vaste tautologie. Elles appartiendront donc à la *syntaxe de la Science* [...] la syntaxe n'est autre chose qu'un calcul auxiliaire pour la manipulation des énoncés de faits ».

Par exemple, lorsque les logiciens cherchèrent, à partir des années 1950, à « comprendre » le raisonnement médical, ils l'abordèrent comme un processus complexe convoquant des logiques distinctes (pluralité des systèmes logiques). Selon Robert Ledley et Lee Lusted, on pourrait isoler les opérations de raisonnement du médecin lors du diagnostic et de la décision thérapeutique, les classer par étapes et en éliminer les approximations par l'application d'outils mathématiques adaptés. Le raisonnement médical pourrait ainsi, à suivre les auteurs, être décrit par la référence à quatre systèmes logiques impliquant chacun des outils différents et adaptés aux enjeux de la décision médicale dans les différentes étapes du diagnostic : « le calcul propositionnel de la logique symbolique » serait utile pour ne pas se tromper sur la relation causale entre symptômes et affections ; « les probabilités totales et conditionnelles » permettraient de traiter les incertitudes liées à cette relation causale qui apparaissent dans la littérature à travers des expressions telles que « fréquemment », « très souvent », « presque toujours » ; « les outils statistiques » serviraient pour appliquer les probabilités précédentes à la situation du patient considéré ; et la « théorie des jeux » pourrait guider la décision finale entre des stratégies alternatives en fonction de facteurs médico-sociaux plus délicats à manier pour le praticien¹⁵. Cet exemple du raisonnement médical illustre l'opposition des méthodes entre les pratiques scientifiques et délibératives dans la mesure où les instruments logiques convoqués pour gérer l'incertitude médicale ressortissent tous de la logique mathématique, même pour la gestion des incertitudes pratiques relatives aux facteurs médico-sociaux (*“to aid a more analytical and quantitative approach to these problems, mathematicians have developed « value theory »^{16”}*). L'approche formelle du diagnostic médical est néanmoins intéressante car elle détermine la constitution de la médecine comme une *discipline technique*, où les raisonnements peuvent être comparés à l'aune d'une échelle commune, jugés rationnellement par un tiers qui en maîtriserait les différentes étapes, à l'encontre d'une représentation

¹⁵ Robert S. Ledley, Lee B. Lusted, "Reasoning Foundations of Medical Diagnosis.", *Science*, 130-3366, 1959, p. 15: "the choice of treatment involves an evaluation and estimation of a complicated conflict situation that not only depends on the established diagnosis but also on therapeutic, moral, ethical, social, and economic considerations concerning the individual patient, his family, and the society in which he lives. Similar complicated decision problems frequently arise in military, economic, and political situations."

¹⁶ Ledley, Lusted, "Reasoning Foundations of Medical Diagnosis.", loc. cit.

informelle du diagnostic clinique comme le résultat d'une habitude acquise « au lit du malade¹⁷ ».

L'enjeu d'une analyse des raisonnements en droit consiste à envisager une telle forme logique de l'articulation des raisons dans un contexte où dominent les interprétations et les évaluations. Le point de départ de cette analyse des raisonnements en droit réside dans le traitement d'inférences réalisées dans un « langage naturel ». Dès lors, la rationalité d'une opinion ou d'une croyance pose un problème d'analyse des pratiques linguistiques des interlocuteurs, par exemple à la Cour européenne des droits de l'homme. L'analyse visera à distinguer dans chaque argumentation particulière une « schématisation » (« une représentation discursive ») dans laquelle interviennent des « prédicats » (c'est-à-dire des types de « raisons » sur lesquels les participants s'appuient) et des « opérations » (par lesquelles ces différentes « raisons » peuvent être liées à l'intérieur d'une justification). Cependant,

[...] il est impossible de déterminer *a priori* et une fois pour toutes quel est le faisceau d'un objet [« un objet est ce dont on traite¹⁸ »] ou le champ d'un prédicat [*grosso modo*, les interprétations de l'objet]. Chaque activité de discours manipule faisceaux et champs et il faudrait attendre que tous les discours soient tenus pour établir la liste de leurs éléments. [...] Le problème est alors de se donner les moyens nécessaires à faire voir par quelles opérations les objets qui sont présents dans une schématisation donnée sont construits et déterminés.¹⁹

Jean-Blaise Grize propose de distinguer une série de cinq opérations par lesquelles nous justifions un contenu de croyance individuel (un jugement) en langage naturel²⁰. Le principe d'un tel régime commun de l'expression des

¹⁷ Fagot-Largeault, *Médecine et philosophie*, op. cit., art. « Variation sur les notions de causalité et d'imputabilité » : « Il faut se méfier du "flair". Le propre du flair, qu'au lit du malade on appelle aussi "sens clinique", est de conclure rapidement sur des bases fragmentaires, d'être peu capable de (ou peu disposé à) expliciter les indices sur lesquels on s'est fondé, ou les schémas de raisonnement qu'on a suivis, de conclure catégoriquement (*all or none*) en admettant qu'on peut se tromper, mais en faisant peu d'efforts pour connaître la proportion des cas dans lesquels on se trompe, – accessoirement d'épater un public ébahi de n'avoir pas vu ce qu'il fallait voir, ou su inférer de ce qu'il voyait la conclusion voulue. »

¹⁸ Grize, *Logique naturelle et communications*, op. cit., p. 86.

¹⁹ Grize, *Logique naturelle et communications*, op. cit., p. 85.

²⁰ Jean-Blaise Grize, *Logique et langage*, Paris, Ophrys, 1990, p. 66 : ces opérations déterminent l'application d'un prédicat à un objet (opérations α et η), l'élaboration d'un contenu de

croiances individuelles permet d'envisager le projet d'une comparaison entre des « schématisations » opposées, des constructions concurrentes d'un même « objet », ceci dans le cadre d'une pratique linguistique et argumentative non normée *a priori* (« laissée à la compétence des usagers », *supra*, ch. 4).

Néanmoins, la question de la forme logique, et de la comparaison entre les thèses juridiques incompatibles, ne se situe pas à ce niveau de généralité. La spécificité du langage du droit réside dans sa dimension « technique », qui en fait une « langue naturelle » particulière²¹. L'objet de l'analyse des argumentations concurrentes reste la comparaison des « constructions » entre elles mais cette analyse doit prendre en compte les techniques juridiques mises en œuvre. Certes, il s'agit toujours d'une démarche logique dans la mesure où il s'agit de « faire voir » de quels « objets » parlent les locuteurs et quelles « opérations » leur permettent de les articuler dans un discours rationnel ; seulement, la nature des « objets » dont ils *peuvent* parler sera plus normée que dans le contexte d'usage d'une « langue naturelle » et les « opérations » de liaison, plus dépendantes de la technique juridique mise en œuvre. L'analyse de la structure d'une telle technique visera par conséquent à dégager comment les participants au débat, ou « opérateurs juridiques », se conforment à un processus commun par lequel il devient possible de décider, entre deux opinions, laquelle est la plus « plausible » dans une situation donnée.

CONFIGURATION « ARITHMETIQUE »
DE LA PROPORTIONNALITE (R. ALEXY).

La première « syntaxe » des débats sur les droits de l'homme en Europe est une syntaxe « arithmétique », relative au caractère rationnel des évaluations d'une situation d'incertitude à l'aune d'un raisonnement de proportionnalité. Robert Alexy répond aux détracteurs du critère de la « nécessité » d'une ingérence par une réflexion sur sa structure formelle car il entend établir par-là son caractère rationnel et sa spécificité.

jugement (opération δ), sa prise en charge dans un énoncé (opération σ) et l'articulation de différents énoncés entre eux pour aboutir à une schématisation (opération τ).

²¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 133 : « des disciplines telles que le droit, qui empruntent beaucoup de leurs termes [...] au langage courant [...] se distinguent généralement par l'usage d'un langage technique. »

a. *Structure du raisonnement de proportionnalité*

Alexy propose de distinguer la méthode de raisonnement relative à un contrôle de la « proportionnalité » des ingérences étatiques dans les droits de l'homme de méthodes basées sur le principe d'une subsumption des cas particuliers sous une norme générale : *"There are two basic operations in the application of law: subsumption and balancing"*²². Il procède en deux étapes dans son approche de la structure des raisonnements de proportionnalité.

Dans une première étape, il distingue une forme de processus inférentiel sous-jacent à l'ensemble des mises en œuvre de la proportionnalité par la Cour constitutionnelle allemande. Ceci lui permet de définir les droits fondamentaux comme des « principes d'optimisation » (*supra*, ch. 5) et la fonction épistémique du raisonnement de proportionnalité comme une forme de gestion de l'incertitude quant à l'étendue des droits individuels par rapport à des motifs concurrents tendant à l'optimisation d'un intérêt général de la société. Dans une telle configuration, les jugements sur la « justice » ou « l'injustice » d'une ingérence peuvent être traduits comme des jugements fondés non sur des évaluations axiologiques (donc irréductibles, incomparables) mais sur des évaluations portant sur des « degrés » : *"Judgments about degrees of intensity are the reasons for the judgment about proportionality"*²³. Ce mode de traitement des incertitudes relatives aux droits de l'homme peut être réputé non seulement rationnel (car il préserve la comparabilité des jugements individuels) mais aussi *légitime* dans la mesure où il permet de distinguer un contenu « intangible » des droits („*Dennoch ist das Abwägungsgesetz nicht wertlos*"²⁴) :

At this point, one has reached an area where interferences can scarcely ever be justified by strengthening the reasons for the interference. This corresponds to the law of diminishing marginal utility. Constitutional rights gain overproportionally in strength as the intensity of interferences increases. There exists something like a center of resistance [...] Thus, the balancing approach withstands with [...] Habermas's objections.²⁵

²² Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, 16-4, déc. 2003, p. 433.

²³ Alexy, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *op. cit.*, p. 139.

²⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, *op. cit.*, p. 149.

²⁵ Alexy, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *op. cit.*, p. 140.

Dans une seconde étape, Robert Alexy s'attache à expliciter la structure du raisonnement de proportionnalité ainsi conçu. Il s'agit de considérer quel modèle formel du raisonnement de proportionnalité peut correspondre à la définition des droits de l'homme comme principes d'optimisation et permettre une adjudication des « raisons » en faveur d'une ingérence selon le « degré » de l'immixtion litigieuse dans leur exercice. Une telle décision des situations d'incertitude ne peut dépendre d'une forme de « subsumption » et le modèle formel approprié n'est pas la logique, au sens de la logique juridique habituelle qui est une logique de la classification, mais l'arithmétique (soit une logique de la graduation²⁶) : il s'agit « de faire des jugements rationnels portant, premièrement, sur l'intensité d'une ingérence, deuxièmement, sur des degrés d'importance [des droits] et, troisièmement, sur leur relation entre eux²⁷ ». Au regard de son analyse, toute forme de raisonnement impliquant un argument concernant la « proportion » ou la « disproportion » d'une ingérence peut être rapporté à une formule arithmétique dont la fonction est de concevoir, tout d'abord, la comparaison entre des évaluations concurrentes d'une même situation et, ensuite, la possibilité d'une réponse par oui ou par non à l'existence d'une violation des droits, c'est-à-dire de décider de manière univoque entre les mérites respectifs des positions antagonistes exprimées par les comparants. Cette formule s'exprime comme suit :

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

« $W_{i,j}$ » désigne le résultat de l'incertitude (la décision à prendre). Il est simple à déterminer : si le rapport est favorable au bénéficiaire des droits ($W_{i,j} > 1$), l'ingérence est disproportionnée ; dans le cas contraire, elle est proportionnée ($W_{i,j} \leq 1$). Cette évaluation repose, selon Robert Alexy, sur les rapports entre six variables, à savoir le rapport entre l'intensité de l'ingérence et l'importance de l'intérêt collectif poursuivi ($\frac{I_i}{I_j}$), la comparaison des poids respectifs des intérêts

²⁶ Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", op. cit., p. 448 : "This difference is an expression of two dimensions of legal reasoning, a classifying one and a graduating one."

²⁷ Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", op. cit., p. 437.

en conflits $\left(\frac{W_i}{W_j}\right)$, et le rapport qui traduit en quoi l'ingérence litigieuse favorise la réalisation de l'intérêt concurrent $\left(\frac{R_i}{R_j}\right)$.

b. Deux « lois », matérielle et épistémique, de la proportionnalité

Cette approche gradualiste du raisonnement de proportionnalité (distincte de toute autre conception classificatoire du raisonnement juridique) est intéressante car elle montre qu'il poursuit bel et bien l'ambition d'un traitement rigoureux et rationnel des situations d'incertitude. Ce traitement conduit Robert Alexy à distinguer deux « lois » du raisonnement de proportionnalité. La première loi se formule de la manière suivante :

[*Substantive law of balancing*] The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other.²⁸

Un élément est problématique dans cette représentation « quelconque » du raisonnement de proportionnalité, à savoir le traitement du cas-limite où le résultat du "calcul" est égal à 1 (soit le cas d'une proportion stricte). Une éthique déontologique des droits de l'homme conclurait que leur valeur de « poids seuil » (Habermas, *supra*, ch. 5) commande de déclarer la violation des droits dans ce cas (on ne peut jamais sacrifier un intérêt individuel à un intérêt collectif équivalent). Ceci dit, on objectera à juste titre qu'une telle position est de toute manière étrangère à la démarche proportionnaliste : les droits de l'homme ne sont pas des degrés mais des injonctions catégoriques. La configuration retenue par Alexy dans un tel cas témoigne de l'ancrage du raisonnement de proportionnalité dans une éthique conséquentialiste : dans une situation où l'ingérence compense strictement l'atteinte aux droits de l'homme, décider mécaniquement à l'existence d'une violation revient à sacrifier totalement l'intérêt collectif poursuivi ; ce ne serait pas un calcul efficient car, si l'on conclut à la légitimité de l'ingérence, l'individu conserve toutefois une capacité d'exercice du droit en cause.

Seulement, le problème du « seuil » d'acceptabilité d'une ingérence n'est que déplacé : *quid* d'un résultat à 1,000000000001 ? Ne peut-on, dans une perspective

²⁸ Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", op. cit., p. 436.

conséquentialiste, imaginer des situations où l'on serait prêt à définir collectivement des seuils d'efficacité au regard desquels une légère disproportion des ingérences serait admissible, voire souhaitable ? On peut imaginer des situations où l'efficacité d'une lutte contre la délinquance permettrait de compenser le faible préjudice réel, pour les « honnêtes gens » du moins, d'une politique de surveillance généralisée des communications (impliquant un seuil à 1,5) tout en refusant de mettre un policier derrière chaque citoyen (impliquant un seuil à 4,5). On remarquera qu'il ne s'agit pas là de vues de l'esprit : la Convention européenne ne fait rien d'autre qu'admettre la possibilité de seuils d'efficacité défavorables aux droits fondamentaux à travers la possibilité d'une « dérogation en cas d'état d'urgence » : la « survie de la Nation » l'emporte alors sur le respect des droits (art. 15). Une réponse possible à cette objection d'un risque d'instrumentalisation des droits de l'homme pourrait être d'arguer de la valeur régulatrice de l'idée « d'équilibre » associée au principe de proportionnalité : « 1 » figure normativement cet équilibre, équilibre rompu à 1,00...01.

Mais la principale réponse philosophique à apporter à cette objection réside dans le changement de paradigme sur le droit mentionné plus haut dans cette étude : une approche « proportionnaliste » des droits de l'homme paraît légitime sous réserve d'en privilégier une perspective linguistique, par rapport à une perspective contractualiste. Cette hypothèse renforce la pertinence de la réponse d'Alexy à Habermas puisqu'elle s'inscrit dans le même paradigme (« communicationnel » au sens large) ; elle permet surtout de répondre à l'accusation d'une relativisation des droits de l'homme par l'application d'un schème proportionnaliste. En effet, le raisonnement de proportionnalité ne vise pas la détermination collective des seuils d'efficacité d'une ingérence dans les droits de l'homme. A aucun moment, il ne s'agit de consacrer un droit des peuples européens à disposer des droits en fonction de préférences collectives par lesquelles ils s'accorderaient à privilégier la sécurité par rapport à l'exercice de telle ou telle liberté, par exemple. La formule proposée par Robert Alexy ne vise pas l'adoption d'une politique des droits de l'homme mais la détermination de la validité de thèses antagonistes sur la justification d'une ingérence²⁹. Or, de ce point de vue, « l'utilité » considérée n'est pas l'utilité d'une ingérence, mais

²⁹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 148 : „In Verfassungsrechtlichen Abwägungen geht es nicht darum, für wie wichtig jemand die Pressefreiheit und die äußere Sicherheit hält, sondern darum für wie wichtig beides zu halten ist.“

l'utilité des « raisons » à l'appui d'une ingérence ; la différence est de taille : dans un cas, le critère applicable serait un critère utilitariste de maximisation des utilités et dans l'autre cas, le critère applicable est un critère épistémique en vertu duquel la force d'une « raison » décroît avec la plausibilité de la thèse qu'elle soutient.

Cette application de la courbe d'indifférence au domaine du droit consiste à distinguer des niveaux de difficulté dans la justification d'une thèse sur les droits de l'homme : plus la position exprimée s'éloignera de la zone d'indifférence³⁰ et plus « l'utilité marginale » (*supra*) des « raisons » qu'on pourra alléguer pour la justifier diminuera. Robert Alexy propose de distinguer sur cette base une seconde loi, épistémique, du raisonnement de proportionnalité :

[*Epistemic law of balancing*] The more heavily an interference with a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premises.³¹

On peut illustrer cette « loi épistémique » de la proportionnalité des ingérences dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme. Un premier exemple touche à la question de la gravité du préjudice subi par le requérant : dès lors que le requérant n'est pas en mesure de prouver que la mesure incriminée a entraîné pour lui un préjudice objectivable (ou seulement un préjudice très faible³²), l'application du principe de proportionnalité conduit les juges à traiter de la pratique litigieuse comme indifférente au regard des droits de l'homme ; ils arrêtent leur examen en amont de la prise en compte de raisons du gouvernement défendeur pour la justifier³³. C'est là, certes, un cas limite de

³⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 146-147 : „Eine Indifferenzkurve ist ein Mittel zur Darstellung des Substitutionsverhältnisses von Gütern.“

³¹ Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", op. cit., p. 446.

³² Cour EDH, *Guzzardi c. Italie* (Cour Plénière), req. n°7367/76, 6 nov. 1980, §109 : « Le requérant invoque en outre son droit au respect de sa vie familiale. Or sa femme et son fils – sans parler d'autres parents et alliés – ont cohabité avec lui pendant quatorze des quelque seize mois qu'il a passés à Cala Reale. S'ils ont dû quitter l'île en octobre 1975 - pour l'y rejoindre dès le début de décembre -, c'est parce qu'il n'avait pas sollicité le renouvellement de leur autorisation de séjour [...] et la nécessité de pareille autorisation apparaît compatible en l'occurrence avec cette disposition. »

³³ Voir Cour EDH, *Bensaïd c. Royaume-Uni* (3ème Section), req. n°44599/98, 6 fév. 2001, §48-49 : « la Cour rappelle avoir estimé plus haut que le risque de préjudice [d'un] retour dans son pays [est] hautement hypothétique [...] A supposer même que l'on considère que le bouleversement que représenterait pour le requérant son renvoi du Royaume-Uni [...] porte en

la « certitude » des prémisses qui peuvent être alléguées à l'appui d'une ingérence (en vertu duquel elles ne peuvent pas même être mises en doute) mais ce principe s'applique aussi dans une forme allégée de contrôle, notamment par l'application d'une large marge d'appréciation, lorsque l'ingérence atteint un degré important mais se trouve étayée par la poursuite d'un but impérieux³⁴. Au contraire, lorsque l'ingérence incriminée conduit à la négation même de toute possibilité, pour le requérant, d'exercer le droit qui lui est garanti³⁵ ou touche au cœur même de droits fondamentaux de l'individu³⁶, les juges reconnaissent la

soi atteinte à la vie privée de l'intéressé [...] la Cour estime que pareille ingérence peut passer pour satisfaire aux exigences du second paragraphe de l'article 8. »

³⁴ Le caractère impérieux du but poursuivi montre que la « loi épistémique » de la proportionnalité peut être inversée au détriment des droits des requérants ; voir, par ex., *Pretty c. Royaume-Uni* (Section), arrêt cité, §74 : « Plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids dont pèseront dans la balance les considérations de santé et de sécurité publiques face au principe concurrent de l'autonomie personnelle. » Ceci se manifeste aussi dans les affaires relatives aux restrictions de contact avec leur entourage auxquelles les détenus mafieux étaient soumis en Italie ; la Cour affirme la nécessité de l'ingérence sans examen approfondi de proportionnalité. Voir, par ex. Cour EDH, *Messina c. Italie* (n° 2) (2ème Section), req. n°25498/94, 28 sept. 2000, §66-67 : « la Cour relève que le régime prévu à l'article 41 bis tend à couper les liens existant entre les personnes concernées et leur milieu criminel d'origine, afin de minimiser le risque qu'elles ne maintiennent des contacts personnels avec les structures des organisations criminelles. [...] Dans ces circonstances, la Cour considère que le législateur italien pouvait raisonnablement estimer, face aux conditions très critiques des enquêtes sur la mafia menées par les autorités italiennes, que les mesures incriminées s'imposaient pour atteindre le but légitime. »

³⁵ C'est le cas, par exemple, des affaires de destruction du domicile (ou de déplacement forcé) des requérants dont la Cour européenne a été saisie à l'encontre de la Turquie (Cour EDH, *Selçuk et Asker c. Turquie* (Chambre), req. n°23184/94 ; 23185/94, 24 avril 1998, Cour EDH, *Bilgin c. Turquie* (2ème Section), req. n°23819/94, 16 nov. 2000, Cour EDH, *Dulas c. Turquie* (1ère Section), req. n°25801/94, 30 janvier 2001, Cour EDH, *Orhan c. Turquie* (1ère Section), req. n°25656/94, 18 juin 2002, Cour EDH, *Yoyler c. Turquie* (4ème Section), req. n°26973/95, 24 juillet 2003, Cour EDH, *Ayder et autres c. Turquie* (1ère Section), req. n°23656/94, 8 janvier 2004, Cour EDH, *Abmet Ozkan et autres c. Turquie* (2ème Section), req. n°21689/93, 6 avril 2004, Cour EDH, *Altun c. Turquie* (4ème Section), req. n°24561/94, 1er juin 2004, Cour EDH, *Hasan Ilhan c. Turquie* (2ème Section), req. n°22494/93, 9 nov. 2004 ; aussi Cour EDH, *Chypré c. Turquie* (Cour Plénière), req. n°25781/94, 10 mai 2001). Cette forme injonctive de raisonnement peut porter aussi sur la sanction d'une inaction de l'Etat (Cour EDH, *Moreno Gómez c. Espagne* (4ème Section), req. n°4143/02, 16 nov. 2004). Une affaire concerne le respect à la vie privée et familiale où la conclusion de violation est fondée sur le caractère absolu de l'interdiction de visite opposée à la famille d'un prisonnier (Cour EDH, *Lavents c. Lettonie* (1ère Section), req. n°58442/00, 28 nov. 2002). Dans trois affaires contre l'Italie, c'est la durée du contrôle de la correspondance dans le cadre des procédures de faillite (jusqu'à plus de dix ans) qui motive la décision de violation indépendamment des raisons fournies par le gouvernement (Cour EDH, *Luordo c. Italie* (1ère Section), req. n°32190/96, 17 juillet 2003 ; Cour EDH, *Bottaro c. Italie* (1ère Section), req. n°56298/00, 17 juillet 2003 ; Cour EDH, *Vadala c. Italie* (2ème Section), req. n°51703/99, 20 avril 2004).

³⁶ Les affaires emblématiques à cet égard dans la jurisprudence relative à l'art. 8 sont celles qui touchent au contrôle de la correspondance entre le requérant et la Cour européenne des droits

violation en amont même de l'application d'un contrôle de proportionnalité (ou du moins par une application très superficielle du principe de proportionnalité) présupposant par là implicitement qu'aucune « certitude » objective (ou plausibilité) ne pourrait être attachée aux « raisons » que le gouvernement pourrait alléguer (alors que le gouvernement était peut-être subjectivement convaincu de l'opportunité des ingérences en cause³⁷) :

la Cour doit rappeler que la Convention vise à protéger des droits effectifs et non illusoire ou théoriques.³⁸

Rien ne donne à penser que les autorités [...] n'aient pas agi de bonne foi en exécutant la décision de prise en charge, mais cela ne suffit pas à rendre une mesure "nécessaire" au regard de la Convention : il faut appliquer en la matière une norme objective.³⁹

Ces deux extraits montrent bien que « l'utilité » que les juges s'efforcent de déterminer à travers le contrôle de proportionnalité n'est pas l'utilité réelle de l'ingérence considérée, mais son utilité probable au regard de la valeur épistémique des arguments favorables ou défavorables à la justification de sa « nécessité » : selon l'importance du préjudice, la nature et l'étendue de l'ingérence, il s'agira de distinguer ainsi dans quelle mesure les « raisons »

de l'homme ; dans ces cas, la Cour estime qu'il « n'existe pas de raison impérieuse obligeant à contrôler les lettres concernées » (Cour EDH, *Peers c. Grèce* (2ème Section), req. n°28524/95, 19 avril 2001, §84 ; voir aussi Cour EDH, *Campbell c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°13590/88, 25 mars 1992, Cour EDH, *Rehbock c. Slovaquie* (1ère Section), req. n°29462/95, 28 nov. 2000, Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie* (3ème Section), req. n°44548/98, 24 juillet 2001, Cour EDH, *Messina (3) c. Italie* (1ère Section), req. n°33993/96, 24 oct. 2002, Cour EDH, *Salapa c. Pologne* (3ème Section), req. n°35489/97, 19 déc. 2002, Cour EDH, *Cotlet c. Roumanie* (4ème Section), req. n°38565/97, 3 juin 2003, Cour EDH, *G.K. c. Pologne* (4ème Section), req. n°38816/97, 20 janvier 2004, Cour EDH, *Blondet c. France* (2ème Section), req. n°49451/99, 5 oct. 2004).

³⁷ C'est certainement le cas des contrôles extensifs de correspondance appliqués en Italie dans le cadre des procédures de faillite (« Selon le Gouvernement, la restriction du droit du requérant au respect de sa correspondance [...] a pour but [...] "la protection des droits d'autrui". De plus, la loi obligerait le syndic à transmettre au failli les courriers qui ne concernent pas des intérêts patrimoniaux et lierait le premier au secret sur le contenu de la correspondance personnelle du second », *Bottaro c. Italie* (Section), arrêt cité, §35).

³⁸ *Moreno Gómez c. Espagne* (Section), arrêt cité, §61.

³⁹ *Olsson (N° 1) c. Suède* (Plénière), arrêt cité, §82.

invoquées par les comparants sont certaines ou suffisantes, pertinentes ou plausibles ou bien encore faibles ou peu probantes⁴⁰.

c. Traduction dans le contexte européen

Ceci conduit à une dernière question relative à la formule proposée par Robert Alexy pour rendre compte de la structure du raisonnement de proportionnalité. Cette question touche à la traduction, dans le contexte européen, des six éléments pertinents dans la décision des incertitudes relatives à la légitimité des ingérences publiques dans les droits fondamentaux. Les spécificités institutionnelles et procédurales de la protection des droits de l'homme en Europe interdisent en effet de postuler qu'une transposition directe de la formule proposée par Robert Alexy (qui se fonde sur la jurisprudence constitutionnelle allemande) est possible

Un écueil à cette transposition touche au nombre d'éléments pertinents. Je ne crois pas qu'il soit utile de complexifier la formule proposée par l'ajout de variables supplémentaires ; surtout, il appartiendrait certainement à la doctrine juridique de pousser plus loin l'ambition d'un résultat tangible sur ce point. Je me limiterai donc à proposer une tentative de reconstruction de la structure de la « proportionnalité » à la Cour européenne en ne prétendant pas à l'exhaustivité car je considère la seule jurisprudence relative à l'art. 8 de la Convention et que la proportionnalité se trouve mise en œuvre dans le cadre d'ingérences touchant d'autres droits protégés. Quoi qu'il en soit, cette reconstruction de la formule de Robert Alexy pour le corpus de jurisprudence désigné au ch. 3 suffit à mon propos dans cette étude, à savoir distinguer des conditions de rationalité à la gestion des incertitudes relatives aux droits de l'homme en Europe.

Premier élément qui doit faire l'objet d'une traduction : le résultat de la formule (*i.e.* la signification de la décision rendue par les juges). La Cour européenne des droits de l'homme ne peut en effet être assimilée à une Cour constitutionnelle et la portée de son raisonnement à celle accordée à la décision d'un tel organe (*supra*, ch. 5). En droit européen des droits de l'homme, l'incertitude à laquelle les juges tentent de répondre porte sur l'existence d'une obligation de l'Etat

⁴⁰ Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *op. cit.*, p. 447 : "The three classes of the epistemic triadic model are the classes of certain or reliable (*r*), maintainable or plausible (*p*) and not evidently false (*e*)."

défendeur par rapport à laquelle il s'est révélé déficient. Pour répondre à cette incertitude dans une affaire, les juges européens doivent au minimum :

1. déterminer l'existence d'une obligation imputable à l'Etat (ingérence dans un droit garanti) ;
2. considérer la question de l'effectivité de la Convention (instrument vivant) ;
3. prendre en compte les limites de leur contrôle (marge nationale d'appréciation).

La caractérisation empirique de ces trois contraintes dans le corpus étudié conduit à distinguer trois rapports (articulant six éléments) spécifiques au contrôle européen afin de transposer la formule d'Alexy à ce contexte.

Tout d'abord, le droit européen des droits de l'homme connaît deux types principaux d'obligations, obligations simples commandant à l'Etat de s'abstenir de toute ingérence superflue dans les droits garantis et obligations positives consistant à prendre des mesures particulières pour garantir aux requérants la capacité d'exercer leurs droits (notamment à l'encontre d'atteintes par des tiers)⁴¹. Selon le type d'obligation, le contrôle de la Cour variera : dans le cas d'obligations positives, la marge d'appréciation accordée aux Etats sera plus large. La nature du droit en cause dans une affaire constitue un élément pertinent pour contrebalancer cette latitude laissée aux Etats dans la détermination des moyens qu'ils choisissent de mettre en œuvre pour se conformer à leurs obligations. Dans le corpus étudié, par exemple, la vie privée et familiale se trouve faire l'objet d'une protection plus forte à l'encontre des ingérences ou des manquements étatiques que la correspondance.

Ensuite, concernant l'exigence qui s'impose aux juges de veiller à l'effectivité des droits de l'homme, on observe aussi dans la jurisprudence relative à l'art. 8 que les juges européens accordent de l'importance à l'observation d'un rapport raisonnable entre le préjudice subi par le requérant et l'importance du but

⁴¹ Cour EDH, *Botta c. Italie* (Chambre), req. n°21439/93, 24 fév. 1998, §33 : « Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. »

allégué par le gouvernement à l'appui de l'ingérence. Cela se manifeste particulièrement dans les affaires de placement d'enfants : lorsque ce sont les enfants placés qui se plaignent d'une atteinte à leur droit au respect de la vie familiale (par exemple lorsque les fratries ont été séparées), il est beaucoup plus difficile pour le gouvernement de justifier l'ingérence que lorsque ce sont les parents qui se plaignent d'une telle atteinte alors que le placement se révèle avoir été nécessaire à la protection des enfants⁴². En d'autres termes, plus le préjudice est important, plus le but poursuivi doit être impérieux⁴³.

Enfin, les limites du contrôle opéré par la Cour européenne interviennent dans un troisième couple au regard duquel les juges cherchent à déterminer la « proportionnalité » de l'ingérence sans substituer leur appréciation à celle des autorités compétentes. Dans la jurisprudence considérée, ils insistent à cet égard sur le fait que la procédure qui a présidé à la décision de l'ingérence doit avoir intégré la prise en compte des intérêts du requérant ; autrement dit, le gouvernement doit justifier avoir lui-même respecté une forme de proportionnalité dans sa démarche⁴⁴. Cet élément s'oppose, dans la comptabilité

⁴² Cf. *Olsson (N° 1) c. Suède* (Plénière), arrêt cité, §81 : « Les liens entre les membres d'une famille et les chances de regroupement réussi se trouveront par la force des choses affaiblis si l'on dresse des obstacles empêchant des rencontres faciles et régulières des intéressés. » Comparer à Cour EDH, *Yousef c. Pays-Bas* (2ème Section), req. n°33711/96, 5 nov. 2002, §73 : « La Cour réaffirme que lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant. » Aussi *Covezzi et Morselli c. Italie* (Section), arrêt cité, §104 et §130 ; Cour EDH, *Bronda c. Italie* (Chambre), req. n°22430/93, 9 juin 1998, §62 : « bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de S. à demeurer placée et ceux de sa famille naturelle à vivre avec elle, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, aujourd'hui âgée de quatorze ans, a toujours manifesté fermement sa volonté de ne pas quitter la famille d'accueil. En l'occurrence, l'intérêt de S. l'emporte sur celui de ses grands-parents. »

⁴³ Cour EDH, *K. et T. c. Finlande* (Chambre), req. n°25702/94, 12 juillet 2001, §168 : « la prise en charge d'un nouveau-né par l'autorité publique dès sa naissance est une mesure extrêmement dure. Il faut des raisons extraordinairement impérieuses pour qu'un bébé puisse être soustrait aux soins de sa mère, contre le gré de celle-ci, immédiatement après la naissance à la suite d'une procédure à laquelle ni la mère ni son compagnon n'ont été mêlés. »

⁴⁴ Voir, par ex., *Lee c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §112 et §115 : « Il ressort clairement [...] que les intérêts du requérant ont été pris en compte dans le processus décisionnel. [...] la Cour estime qu'il a été tenu compte comme il convient de la situation difficile du requérant [...] [les] autorités ont pris leurs décisions au terme d'un exercice de mise en balance des divers intérêts concurrents en présence. Il n'appartient pas à la Cour de s'ériger en juridiction d'appel et de statuer sur le fond de ces décisions, qui se sont appuyées sur des motifs pertinents et suffisants, aux fins de l'article 8, pour justifier les ingérences dans les droits reconnus au requérant. » Dans le même sens, mais au détriment du gouvernement défendeur, Cour EDH, *Ciliz c. Pays-Bas* (1ère Section), req. n°29192/95, 11 juillet 2000, §71-72 : « La Cour considère que [...] les autorités [...] ont privé l'intéressé de toute possibilité de participer utilement à cette

des juges européens, à l'identification d'éventuels manquements imputables au gouvernement⁴⁵.

Sur la base des éléments d'évaluation explicités dans la jurisprudence relative à l'art. 8 entre 1968 et 2004, une traduction de la formule de Robert Alexy fidèle à la pratique des juges européens peut être proposée sous la forme suivante :

$$\text{respect des droits} = \frac{\text{droit en cause}}{\text{nature de l'obligation}} \times \frac{\text{gravité du préjudice}}{\text{but poursuivi}} \times \frac{\text{manquements du gouvernement}}{\text{respect des intérêts du requérant}}$$

Soit, *mutatis mutandis* :

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

Si $W_{i,j} > 1$, les raisons du gouvernement à l'appui de l'ingérence sont insuffisantes (constat de violation) ; si $W_{i,j} \leq 1$, elles sont suffisantes et la condition de « proportionnalité » du comportement litigieux de l'Etat au regard de ses obligations est satisfaite (constat de non-violation). Cette explicitation de la structure du raisonnement de proportionnalité à la Cour européenne permet de distinguer respectivement trois types de contrôles par le biais desquels les juges européens évaluent la « nécessité » d'une ingérence dans une société démocratique :

1. un contrôle de proportionnalité au regard de la signification des droits, soit ce que la doctrine s'entend à reconnaître comme « proportionnalité-interprétation » par laquelle « l'arbitrage sera réalisé aux fins de statuer sur l'existence et la portée mêmes des prérogatives conventionnelles, et, corrélativement, des obligations étatiques, mises en jeu par la situation litigieuse⁴⁶ » ;

procédure [...] En résumé, la Cour considère que [...] le processus décisionnel ne protégeait [pas] de la manière voulue les intérêts du requérant garantis par l'article 8. Dès lors, l'atteinte au droit reconnu à l'intéressé par cette disposition n'était pas nécessaire dans une société démocratique. »

⁴⁵ Par ex. Cour EDH, *Mikulić c. Croatie* (1ère Section), req. n°53176/99, 7 février 2002, §66 : « l'inefficacité des tribunaux a maintenu la requérante dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle. Les autorités croates ont donc failli à garantir à l'intéressée le "respect" de sa vie privée auquel elle a droit en vertu de la Convention. »

⁴⁶ Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 76.

2. un contrôle de proportionnalité effectué au moyen d'une balance des intérêts en présence, à savoir les intérêts du requérant et ceux de la société (« but légitime ») ou les intérêts d'autres individus que l'ingérence litigieuse vise à protéger (cas de conflits de droits) ; cette balance des intérêts est définie par la doctrine comme l'application d'un principe de « proportionnalité-appréciation » où « l'arbitrage interviendra au titre d'élément d'appréciation de la validité de limitations étatiques affectant une prérogative conventionnelle préalablement identifiée⁴⁷ » ;
3. un contrôle marginal d'appréciation intervient aussi dans la jurisprudence relative à l'art. 8 avant 2004 par lequel les juges européens procèdent à une évaluation par défaut de la situation dans la mesure où ils recherchent si l'Etat a tenu compte des intérêts du requérant dans la détermination de son action. Il s'agit en quelque sorte d'une « exigence procédurale⁴⁸ » de proportionnalité à travers laquelle les juges européens peuvent se prononcer sur l'appropriation des moyens employés sans pour autant substituer leur appréciation à celle du gouvernement (en vertu du principe de subsidiarité de la Cour).

On remarquera que, dans le corpus observé, les juges européens ne procèdent pas systématiquement à ces trois contrôles. De plus, on apercevrait difficilement la raison pour laquelle le résultat positif dans un contrôle pourrait compenser le résultat négatif dans un autre. Il semble que les juges européens respectent plutôt, en la matière, une attitude indexicale où ils ne progressent dans l'évaluation qu'à la condition que l'étape précédente aura été satisfaite ; le contrôle marginal de proportionnalité ne semble intervenir à cet égard qu'en dernière instance. Nous en trouvons une illustration dans l'affaire *Covezzi et Morselli c. Italie* dans laquelle les juges estiment que, vu « la gravité du contexte dans lequel s'inscrivent les faits de la cause », il n'y a pas violation des droits des parents du fait de la décision de placement des enfants (présomptions d'abus

⁴⁷ Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, loc. cit.

⁴⁸ Cf. Cour EDH, *Sommerfeld c. Allemagne* (Cour Plénière), req. n°31871/96, 8 juillet 2003, op. part. diss. juges Ress, PastorRidruejo et Türmen, §3 : « il aurait paru indispensable d'obtenir une expertise psychologique récente afin de disposer d'informations correctes et complètes sur la relation entre l'enfant et le requérant, c'est-à-dire le parent demandant un droit de visite, dans le but de déterminer quels étaient les véritables souhaits de l'enfant et ainsi ménager un juste équilibre entre les intérêts en jeu. Pareille exigence procédurale se trouve encore renforcée par les recherches récentes menées sur le syndrome d'aliénation parentale. »

sexuels) mais que, subsidiairement, leurs droits n'ont pas été respectés durant quatre mois où « ils étaient empêchés [...] de manifester leur opinion devant une autorité judiciaire ». Dans cet exemple, un constat de non-violation (favorable au gouvernement) et un constat de violation (favorable aux requérants) coexistent sans qu'il soit question de compensations entre les résultats contradictoires de ces évaluations de la « proportionnalité » de l'ingérence litigieuse (proportionnalité-appréciation dans le cas favorable au gouvernement et proportionnalité procédurale ou marginale dans le second)⁴⁹.

Indépendamment de lacunes possibles dues au caractère non-exhaustif du corpus considéré, cette traduction de la formule d'Alexy montre que l'analyse structurelle du contrôle de proportionnalité peut être opératoire pour l'analyse d'un corpus de jurisprudence. Robert Alexy identifie à cet égard deux fonctions de l'analyse "formelle" du raisonnement de proportionnalité. La première est évidemment heuristique : il s'agit de prendre une décision. De manière plus conforme à la perspective adoptée dans cette étude (déterminée par les motivations produites par les juges européens), j'aurais tendance à ne pas distinguer ce rôle d'un rôle propédeutique : il s'agit aussi d'explicitier les critères sur lesquels se fonde le traitement de l'incertitude dont les juges ont été saisis. Seulement, il faut bien reconnaître que les arrêts ne sont pas toujours parfaitement explicites sur l'articulation et la pondération des différents éléments intervenant dans le contrôle de la « proportionnalité » d'une ingérence. Nous touchons là la seconde fonction qu'impute Robert Alexy à l'analyse structurelle du raisonnement juridique, à savoir de permettre « d'inférer les valeurs qui n'ont pas été déterminées explicitement ». Il appartient, à mon sens, à la doctrine juridique de le faire, tout comme d'amender ou de modifier la traduction que j'ai proposée ci-dessus, éventuellement aussi dans la perspective d'une critique des pratiques judiciaires à la Cour européenne.

Quoi qu'il en soit, le constat dressé par Robert Alexy au terme de son analyse de la structure du raisonnement de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande s'applique aussi dans le contexte européen : *“the power of defense as well as the power of attack declines with increasing uncertainty of the premises backing the respective side [or argument]”*⁵⁰. Mais nous quittons là le

⁴⁹ Voir *Covezzi et Morselli c. Italie* (Section), arrêt cité, respectivement §110-113 et §137-139.

⁵⁰ Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", op. cit., p. 447.

terrain de la structure des arguments pour celui de la structure des interactions argumentatives à la Cour européenne des droits de l'homme.

CONFIGURATION DIALOGIQUE DU « PROCES »
EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME.

La deuxième « syntaxe » des débats sur les droits de l'homme en Europe est une syntaxe dialogique, relative au caractère éristique des confrontations d'arguments dans le « procès » et à la manière dont on peut établir sur cette base concurrentielle la validité d'une « croyance » par rapport à la « croyance » opposée. La forme « dialogique » de l'argumentation peut faire l'objet d'une formalisation poussée qui vise à étudier les implications, pour la logique, du tournant communicationnel dans l'analyse des pratiques linguistiques par lequel « les conditions d'assertabilité [d'une proposition, ou d'une « conviction »] sont à comprendre dans le cadre de l'interaction linguistique, c'est-à-dire du dialogue⁵¹ ».

J'ai montré dans les chapitres précédents que l'étude de la « rationalité » ou de la « praticabilité » du système européen de protection des droits de l'homme implique la négociation de ce « tournant social » consistant à appréhender le droit comme une activité de « communication » entre des interlocuteurs, y compris indépendamment de postulats coopératifs qu'ils soient éthiques ou déontologiques. Seulement, il n'est pas nécessaire, pour pousser l'analyse des interactions éristiques entre les participants au « procès » à Strasbourg, d'aller très loin dans une démarche technique de formalisation des conditions d'assertabilité d'une « croyance » ou d'une « revendication » dans ce contexte.

John Woods et Douglas Walton développent une approche dialogique de l'argumentation sans convoquer de formalisation poussée ; ils se bornent à mettre en évidence le fait que l'argumentation ne vise pas seulement à convaincre quelqu'un de quelque chose (ce qui nous expose aux paradoxes de « l'auditoire ») mais peut-être avant tout à rendre intenable une proposition

⁵¹ Laurent Keiff, *Le pluralisme dialogique. Approches dynamiques de l'argumentation formelle*, PhD, 27 novembre 2007, Faculté de philosophie, Lille, Université Charles de Gaulle, Lille 3, p. 22.

opposée à celle que l'on défend. L'argumentation est, en ce sens, « une remise en cause de la cohérence logique d'un individu⁵² ».

Dans cette perspective dialogique, on pourra décider de la validité d'un argument au terme d'une confrontation des « raisons » alléguées par deux contradicteurs ; le résultat de la contradiction vaudra comme « adjudication » de la validité respective des deux thèses opposées. Il y a là une rupture, en logique, par rapport à la doctrine classique selon laquelle on peut juger de la validité d'une thèse par une analyse propositionnelle qui vise à distinguer, dans un argument, l'application de lois d'inférences par lesquelles deux propositions atomiques sont articulées en une « proposition complexe » et le respect des tables de vérités relatives à chaque connecteur employé⁵³. Cette rupture a été thématifiée en logique par Kuno Lorenz et Paul Lorenzen, dans l'Ecole d'Erlangen, à travers le développement d'une « logique dialogique » dans laquelle il s'agit de distinguer « des règles d'argumentation qui définissent la vérité logique par l'existence d'une *stratégie* de réussite⁵⁴ » :

[...] la procédure conduisant d'une déduction de a à une déduction de b est impossible à fixer. En revanche, la manière dont on attaquerait quelqu'un qui affirmerait l'admissibilité de $a \Rightarrow b$ [si a alors b] paraît évidente : on construit une déduction de a et l'affirmation de la règle doit être défendue par la construction d'une déduction de b . Si l'affirmation est défendable contre chaque attaque menée, la règle est alors admissible.

Cette situation fut la raison technique qui conduisit à amender la logique opératoire [le calcul des propositions] en logique dialogique. Au lieu de fonder la vérité logique des propositions complexes sur l'admissibilité universelle des règles, on la définit à l'aide d'une stratégie de réussite dans un jeu obéissant à certaines règles. Et la classe de ces stratégies est énumérables.⁵⁵

⁵² Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, op. cit., p. 124, citation complète *supra*, ch. 4.

⁵³ Marie-Dominique Popelard, Denis Vernant, *Éléments de logique*, Paris, Seuil, 1998, p. 39-40 : « La logique contemporaine commence avec le calcul des propositions qui porte sur les connexions entre propositions [...] Les propositions sont articulées entre elles par des connecteurs. Deux propositions articulent leur valeur de vérité [...] pour former une troisième proposition, complexe, dont la valeur de vérité est fonction des deux autres. »

⁵⁴ Gerhard Heinzmann, "La logique dialogique", *Recherches sur la philosophie et le langage*, 14-1, 1992, p. 252.

⁵⁵ Heinzmann, "La logique dialogique", op. cit., p. 254.

Autrement dit, justifier une proposition revient à la défendre contre tout contrargument possible et les « manipulations » par lesquelles on peut construire une « proposition complexe » (une « conviction ») ne sont pas en nombre infini, mais peuvent être classées dans une liste de « stratégies » d'argumentation « quelconques » (formelles, mais applicables dans le cadre de n'importe quel « jeu » réel). Ce modèle dialogique de la validité d'une proposition est opératoire pour l'analyse de situations réelles d'argumentation dans la mesure où il présuppose seulement la possibilité de rattacher des « opinions » incompatibles à des « stratégies d'engagement » concurrentes de deux participants, un « proposant » (auquel incombe la charge de la preuve, c'est-à-dire qu'il doit se défendre « contre chaque attaque menée ») et un « opposant » (auquel il incombe de soulever tous les contrarguments pertinents à la proposition défendue).

Dans le *Traité de l'argumentation* de Perelman, les controverses constituent des situations argumentatives qui peuvent produire des résultats épistémiques (des évaluations de la validité d'une proposition) par la caractérisation de « l'orateur » et de son « auditoire » respectivement comme « proposant » et comme « adversaire » ou « opposant » (*supra*, ch. 4). Ce modèle dialogique de l'argumentation est certainement plus opératoire pour l'analyse de la jurisprudence européenne qu'un modèle « coopératif » dans la mesure où il est facile d'assigner aux « comparants » les rôles de « proposant » (P) et « d'opposant » (O) (en fonction duquel se voit imputé la charge de la preuve). Dans la perspective d'une telle description du « procès », on peut considérer quelques règles de la logique dialogique intuitivement applicables à l'analyse de la jurisprudence européenne et les traduire dans ce contexte comme des « stratégies quelconques » d'argumentation des comparants à la Cour européenne (je justifie au paragraphe suivant ces traductions portées en italique)⁵⁶ :

Principe dialogique (de débat) :

« Un argument est soit une attaque, soit une défense. » *Soit : les comparants argumentent dans la perspective d'une invalidation de la thèse opposée.*

⁵⁶ Pour le détail des règles du jeu dialogique, cf. Heinzmann, "La logique dialogique", loc. cit.

Principe d'engagement (d'interrelation) :

« On peut toujours attaquer (droit !) mais on doit se défendre au plus tard si l'on ne peut plus attaquer (devoir !). » *Soit : les comparants ne peuvent refuser « l'engagement » épistémique qui consiste à reconnaître que la thèse justifiée est la thèse qui ne laisse aucun contrargument « pendant ».*

Principe épistémique (de croyance) :

« O peut faire un usage libre des propositions atomiques, P ne peut les utiliser que sous condition que O les ait déjà utilisées. » *Soit : une thèse est valide si et seulement si elle est justifiée ou bien si l'opposant l'a lui-même acceptée.*

Ces trois règles sont les principales pour comprendre le fonctionnement d'un jeu dialogique ; je propose de les interpréter respectivement comme trois principes régulant les conditions d'une confrontation entre les comparants à la Cour européenne, condition formelle du « débat » ou de la confrontation éristique, condition normative d'interrelation argumentative et condition judicative de la justification des croyances. Le troisième principe semble le plus problématique. Dans le jeu dialogique, la règle qui le sous-tend tient à un constat simple, à savoir que toute procédure formelle d'évaluation (il en va de même pour le jeu dialogique que pour les tables de vérité) ne permet de conclure qu'à la « vérité logique » d'une proposition ; mais pour savoir si l'argument (formellement valide) « si tous les hommes sont mortels et si Socrate est un homme, alors Socrate est mortel » est vrai, on devra quitter le terrain de la logique formelle et se référer à l'expérience pour déterminer si Socrate est effectivement un homme. En d'autres termes : le jeu dialogique (les règles de construction d'un argument) vise les manipulations autorisées des « énoncés de faits », mais je ne peux affirmer la vérité empirique d'un tel énoncé que s'il est « établi » par ailleurs, soit par sa « justification » (j'ai surmonté tous les contrarguments de mon adversaire), soit par un accord avec mon adversaire (mais il lui revient l'initiative d'accepter que Socrate *est* un homme).

On objectera à cette représentation dialogique de l'argumentation qu'elle laisse cependant la validité des « convictions » exprimées à la « compétence » des interlocuteurs : en effet, une « stratégie » pourra réussir du fait de l'insuffisance des contrarguments effectivement soulevés par « l'opposant », ou échouer en raison de l'insuffisance de la « stratégie de défense » adoptée par le « proposant ». La logique dialogique répond à cette objection par l'introduction d'une possibilité de « révision » des stratégies permettant à un proposant de revenir

sur une erreur commise dans le jeu afin d'adopter une nouvelle stratégie qui se révélera une « stratégie de victoire » (c'est-à-dire au regard de laquelle « l'affirmation est défendable contre chaque attaque menée⁵⁷ »). Cette possibilité de révision n'implique pas la justification de n'importe quelle proposition : il restera impossible de définir une stratégie de victoire contre toute attaque possible pour une proposition mal construite (par exemple, contradictoire : $a \wedge \neg a$), mais il restera néanmoins possible d'empêcher qu'une incompétence ponctuelle du proposant conduise à la réfutation d'une proposition bien construite.

Dans une situation réelle d'argumentation, on peut identifier de telles tentatives de révisions de la part des contradicteurs à travers l'emploi de certains connecteurs concessifs équivalents à « toutefois⁵⁸ » ou à travers l'énoncé de thèses subsidiaires. Il s'agit de stratégies discursives auxquelles les comparants recourent régulièrement dans leurs conclusions adressées aux juges européens afin d'anticiper les conséquences d'une concession ou de l'échec éventuel d'un moyen principal, par exemple :

The Government conceded that the interception by the police of messages sent to the applicant's pager was inconsistent with Article 8 in that it was not "in accordance with the law", *although* they added that this should not be taken as a concession that the action was not justified in the circumstances.⁵⁹

le Gouvernement "demande à la Cour de bien vouloir juger que la présente requête a été introduite après le délai de six mois prévu par l'article 26 (art. 26) de la Convention, *subsidiairement* que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées et *très subsidiairement* que le grief n'est pas fondé".⁶⁰

[le requérant] reproche au Gouvernement de n'avoir pas procédé à des enquêtes et recherches adéquates – ou, *subsidiairement*, de n'avoir pas mis en

⁵⁷ Heinzmann, "La logique dialogique", op. cit., p. 254.

⁵⁸ Cf. Sylvie Mellet, Michèle Monte, "Néanmoins et toutefois : polyphonie ou dialogisme ?", Jacques Bres et alii (ss. dir.), *Dialogisme et polyphonie. Approches linguistiques*, Louvain, De Boeck-Duculot, 2005, p. 15 : « *toutefois* soutient une opposition ou une contre-argumentation dans la successivité de deux énonciations différentes dont la seconde opère, après coup, une révision de la première et [...] relève du dialogisme interlocutif. »

⁵⁹ Cour EDH, *Taylor-Sabori v. The United-Kingdom* (2ème Section), req. n°47114/99, 22 oct. 2002, §17 (je souligne).

⁶⁰ Cour EDH, *A. c. France* (Chambre), req. n°14838/89, 23 nov. 1993, §26 (je souligne).

place un système approprié permettant d'effectuer pareilles enquêtes et recherches – sur les risques potentiels auxquels on avait décidé de le soumettre, et d'être ainsi resté en défaut de garantir ses droits tirés de l'article 8.⁶¹

On remarquera que les juges eux-mêmes recourent à de telles stratégies de révision qui ont pour effet, dans ce cas, de ménager la possibilité d'une évolution de la jurisprudence. La Cour de Strasbourg le fait tant pour justifier la possibilité de s'éloigner, dans un arrêt, de la jurisprudence antérieure que pour ménager la possibilité d'une évolution future :

La Cour observe que dans des affaires précédentes invoquées par le Gouvernement et relatives à l'article 209 du code pénal autrichien, la Commission n'a pas constaté de violation de l'article 8 de la Convention pris isolément ou combiné avec l'article 14. *Toutefois*, la Cour a dit à de fréquentes reprises que la Convention était un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles.⁶²

La Cour conclut [...] à l'absence de violation de l'article 8 (art. 8). Elle tient *toutefois* à rappeler ce qu'elle [...] a conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur. La Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent.⁶³

De tels procédés sont limités, particulièrement pour les comparants : en admettant qu'une thèse juridique aurait pu être justifiée sur la base d'une stratégie adaptée alors que le comparant aura été débouté par les juges européens, on ne peut envisager de révision globale de défense par laquelle il lui serait loisible de présenter la même revendication, mais construite différemment (ce qui reviendrait à admettre une possibilité d'appel devant la Cour européenne). Les stratégies d'optimisation d'une argumentation ne peuvent intervenir qu'en amont, dans les conclusions présentées à la Cour, non en aval pour corriger les effets d'une décision défavorable.

⁶¹ Cour EDH, *Roche c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°32555/96, 19 octobre 2005, §148 (je souligne).

⁶² Cour EDH, *L. et V. c. Autriche* (1^{ère} Section), req. n°39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003, §47 (je souligne).

⁶³ *Cossey c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §42 (je souligne).

Cela ne signifie pas que le modèle dialogique de la confrontation des arguments à la Cour de Strasbourg nous condamne à conclure à l'impossibilité d'une discussion rationnelle sur les droits de l'homme en Europe. Seulement, la clause d'une révision globale introduite par la logique dialogique ne peut s'implémenter dans les débats sur les droits de l'homme qu'à un niveau extra-judiciaire ; elle ne peut être conçue qu'au niveau de la récursivité des débats sur les droits de l'homme à l'échelle d'une « communauté épistémique » conçue sur le modèle proposé au ch. 4 pour les droits de l'homme opposables. On peut lire dans ce sens les tentatives régulières enregistrées à la Cour européenne pour la reconnaissance d'un mode de vie minoritaire de la communauté tzigane (*supra*, ch. 5). Une évolution du droit par la révision des stratégies de défense à l'appui d'une revendication complexe à faire valoir ne peut se réaliser que par un tel processus récursif où, telle décision maintenant dans la société un état de doute ou d'incertitude sur la légitimité du droit européen des droits de l'homme, la probabilité est forte de voir ressurgir, à l'occasion d'une nouvelle affaire, une revendication similaire à celle qui aura été préalablement rejetée par les juges européens.

2. « *L'adjudication* » des raisons à la Cour européenne. *Approche argumentative et rhétorique.*

Le développement de telles stratégies de « révision » pose une question différente de celle des confrontations d'argument à la Cour européenne : elles posent la question d'une « adjudication rationnelle » de ces confrontations ainsi que la distinction de « contrarguments » qui auraient pu être soulevés utilement dans le cadre d'une procédure passée. On quitte de ce point de vue la considération exclusive des raisonnements juridiques à la Cour européenne pour les inscrire dans la perspective plus large d'un débat sur les droits de l'homme dans les sociétés réunies dans le Conseil de l'Europe. Il s'agit donc de considérer le caractère opératoire du modèle épistémique que je propose du point de vue de cette « continuation » de la chaîne des arguments dégagée à la fin du ch. 4 (*supra*) par le biais d'une « adjudication rationnelle » des décisions rendues par les juges européens.

Un danger de l'approche globale des débats sur les droits de l'homme (combinant raisonnement juridique et acceptabilité sociale) que je défends dans

cette étude ne manque cependant pas d'apparaître. Au crédit de cette approche globale, on reconnaîtra qu'elle contrebalance les dangers potentiels d'une forme d'interprétativisme juridique (les « opérations » d'interprétation comme « habillage *a posteriori* » ou comme « outillage argumentatif »⁶⁴) par « un modèle limité de l'interprétation judiciaire » conforme au principe de subsidiarité de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, introduire la contrainte d'une « continuation » de la chaîne des arguments (A. Aarnio) comme condition d'une discussion rationnelle sur les droits de l'homme en Europe équivaut à soumettre les « rationalisations » des juges européens à « l'épreuve » de leur acceptabilité sociale ; ceci paraît raisonnable dans une perspective démocratique :

One way or the other, actual or anticipated interpretations of fundamental rights will be overridden and it is more legitimate if this is the making of the people.

What one could suggest, therefore, is a *limited model of judicial interpretation* where the judiciary plays its interpretive role of check and balances, but where the final interpretive competence in case of deep theoretical issues [cf. l'incidence épistémique des controverses dans l'interrogation des « fondements » des droits de l'homme, *supra*, ch. 4] shifts back to the legislature, thus keeping disagreement alive and the tension among institutions productive.⁶⁵

C'est là une suggestion séduisante pour décrire les conditions concrètes d'un processus « d'acculturation » au Conseil de l'Europe par le débat sur les droits de l'homme. Mais ne sacrifie-t-on pas, ce faisant, la pertinence épistémologique du « procès » à la pertinence descriptive du modèle DHO de la « communauté épistémique » ? Ce modèle ne pêche-t-il pas par une volonté démocratique trop marquée et ne conduit-il pas à une égalisation abusive des statuts des participants dans le débat par laquelle toutes les opinions finissent par s'équivaloir ? Tous participants pourrait bien signifier qu'aucun ne peut plus être juge ; il est peut-être temps de se rappeler combien « *"A chacun sa vérité", c'est une profonde vérité pour un monde d'aliénés* » (F. Gonseth, cité *supra*, ch. 4).

⁶⁴ Selon l'analyse de Robert Kolb, cf. *supra*, ch. 4.

⁶⁵ Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, op. cit., p. 335.

SORTIR DU PARADOXE DE
« L'ADJUDICATEUR-CHALLENGER »

Traitant de la justification de la « thèse » ou du contenu de croyance qu'un argumentateur veut faire valoir collectivement, James Freeman développe le paradoxe d'un « adjudicateur rationnel », pris entre les rôles « d'arbitre » et de « participant »⁶⁶ :

There is a presumption in favor of a statement at a given point in a dialectical exchange just when either the challenger must concede it or present a case against it. As we see it, this definition characterizes presumption from the point of view of a rational adjudicator observing a dialectical exchange but not himself entering into it either by advocating or challenging theses. It is a definition of "third party" presumption.

Cette définition de la validité épistémique des thèses en concurrence dans le cadre d'une confrontation argumentative se complique lorsqu'on entre plus explicitement dans le fonctionnement de l'évaluation d'une thèse particulière par un « tiers » au jeu dialogique entre les contradicteurs :

We could easily imagine that this adjudicator, at some point of the exchange, could say: "The proponent has made a good point here; the challenger must either grant his point or rebut it." Under these circumstances, the judge's verdict is that there is a presumption in favor of the proponent's claim. But we also can imagine the judge thinking to himself with justification, "if I were the challenger, I would proceed thus and so against the proponent's point."

Un juge européen qui se prononcerait sur la réponse appropriée à un argument excéderait les limites de son contrôle : *"by entertaining this rebuttal, the adjudicator is in effect also playing the role of challenger"*.

Le modèle que je propose de la « communauté épistémique » appliquée aux droits de l'homme opposables repose sur le principe d'une « adjudication rationnelle » des revendications contradictoires par un « arbitrage » entre les raisons produites par leurs tenants respectifs pour les justifier. En ce sens, la montée des revendications à une définition commune des droits de l'homme (une sociabilité en ce sens) s'inscrit dans un cadre « inférentialiste » à l'intérieur

⁶⁶ Freeman, *Acceptable Premises*, op. cit., p. 29.

duquel la validité d'une thèse sur les droits de l'homme sera jugée en fonction du caractère « suffisant » des raisons produites à son appui par opposition au caractère « insuffisant » des raisons produites à l'appui d'une thèse concurrente.

Dans cette perspective, la « justification » d'une thèse ne résulte pas d'un acte subjectif de raisonnement, mais d'un acte public de confrontation des arguments. Cette définition « inférentialiste » de la justification d'une thèse en contexte pratique repose sur deux présupposés :

1. *premièrement*, une « croyance » n'est rien indépendamment d'un « engagement » de son promoteur dans une interaction argumentative avec ses détracteurs :

The idea pursued here is that the state or status of *believing* is essentially [...] related to the linguistic performance of *claiming*⁶⁷ [...] inferring is to be distinguished as a certain kind of move in the game of giving and asking for reasons.⁶⁸

2. *deuxièmement*, l'adjudication du résultat de cette confrontation des « raisons » s'effectue à la troisième personne car elle dépend de la capacité des participants à se poser, à un moment du processus, en « arbitres » des mérites épistémiques des positions exprimées (*deontic scorekeeper*) :

To say this is to say that inferring should be understood in an interpersonal context, as an aspect of an essentially *social* practice of communication. The inferential practice (including practical reasoning) [...] comprises not only first-person reasoning but also third-person attributions and assessments of it.⁶⁹

⁶⁷ Brandom, *Making it Explicit*, op. cit., p. 153.

⁶⁸ Brandom, *Making it Explicit*, op. cit., p. 158.

⁶⁹ Brandom, *Making it Explicit*, loc. cit.

Il est possible de concevoir sur cette base comment on peut accorder des degrés différents de « plausibilité » à des opinions contradictoires et trancher sur cette base par oui ou par non la question de leur validité respective, ce même lorsqu'elles sont fondées seulement sur des éléments interprétatifs ou évaluatifs. La décision entre deux positions contradictoires reposera sur un principe dialogique (fondé sur l'opposition de deux participants) :

Une thèse est valide si elle ne laisse aucun contrargument « pendant ».

Cette formulation du principe dialogique de la validité d'une proposition est problématique : en fondant la validité d'une thèse sur sa capacité à répondre à tout contrargument, ne renonçons-nous pas à toute « adjudication rationnelle », soit par l'engagement des participants dans une discussion indéfinie (l'adjudicateur rationnel sera l'indécis qui suspend son jugement à la production ultérieure de contrarguments pertinents), soit par l'enrôlement de l'adjudicateur lui-même dans la discussion et par l'inutilité de chercher un quelconque « arbitre » (l'adjudicateur rationnel sera le participant idéal qui aperçoit tous les contrarguments pertinents et se suffit comme juge et partie). La seule réponse possible à cette impasse consiste à affirmer qu'il faut « juger le juge » (selon l'expression de Perelman, *supra* ch. 4). C'est-à-dire qu'*un participant à un processus délibératif pourra se poser en « adjudicateur rationnel » des arguments en concurrence si et seulement si :*

1. *il considère les contrarguments à l'encontre d'une thèse effectivement produits à un point de la discussion (il se pose comme un tiers à la discussion) ;*
2. *il justifie sa décision sans introduire d'argument nouveau (il admet la possibilité d'un débat sur l'évaluation des raisons).*

Il ne s'agit pas de contraintes éthiques ou déontologiques : celui qui ne souhaite pas s'y plier renoncera simplement à se poser comme « adjudicateur » et continuera de « participer » à la discussion. Ou plus exactement, une violation d'une ou l'autre condition pourra être sanctionnée par les participants qui refuseront de reconnaître là une forme « d'adjudication », mais seulement une contribution quelconque (éventuellement pertinente) au développement de la discussion.

APPLICATION AU
CONTEXTE EUROPEEN

Les contraintes précédentes sont des conditions logiques (*de droit*) permettant de concevoir une échappatoire au paradoxe de « l’adjudicateur-challenger » (J. Freeman). Surtout, on peut attribuer à ces conditions un caractère opératoire lorsqu’on aborde la confrontation des « opinions » à la Cour européenne (c’est-à-dire l’analyse d’un corpus de jurisprudence), et ce à trois niveaux.

a. Se poser en adjudicateur rationnel : stratégies d’invention

En premier lieu, la possibilité de se poser en « adjudicateur rationnel » permet de décrire des *processus d’invention* des arguments par lesquels un participant détermine son « engagement » dans le débat judiciaire. Robert Brandom décrit un tel processus heuristique à travers la définition du « jugement » et de la « délibération » comme des « internalisations » des procédures publiques de confrontation des arguments⁷⁰. De telles « internalisations » sont bien entendu transitoires car le modèle dialogique de la validité repose sur une définition linguistique et communicationnelle du « raisonnement »⁷¹ ; cependant, le fait de se poser, à un moment du processus, en « adjudicateur rationnel », traduit un effort de connaissance du contexte épistémique par laquelle un participant pourra déterminer son « engagement » dans le débat sur les droits de l’homme. On peut distinguer deux finalités possibles dans cet effort de connaissance, soit une finalité *d’optimisation* des chances de succès pour les comparants et une finalité *d’impartialité* de la décision pour les juges européens :

1. *les bénéficiaires de droits* se poseront en adjudicateurs rationnels pour déterminer les conditions de construction d’une requête ; dans ce moment « d’invention », ils pourront en particulier analyser les conditions épistémiques sous lesquelles leurs arguments satisferont les critères de « victime » dans le système européen, les faits dont ils se plaignent seront « établis » devant l’instance strasbourgeoise et manifesteront un caractère de « gravité » suffisant pour s’analyser comme

⁷⁰ Brandom, *Making it Explicit*, loc. cit. : “Deliberation is the internalization of the interpersonal, communicative practice of giving reasons to and asking reasons of others, just as judgment is the internalization of a public process of assertion.”

⁷¹ Brandom, *Making it Explicit*, loc. cit. : “Inferring cannot be understood apart from asserting [...] the model appeals only to semantic inferences, that is, inferences involving what is claimed.”

une « ingérence ». On peut attribuer les « erreurs » distinguées au ch. 3 dans les « cas faciles » de la jurisprudence relative à l'art. 8 avant 2004 à une insuffisance des requérants dans cette phase d'invention des arguments ou de connaissance du droit. Ces « erreurs » montrent combien ce travail d'objectivation détermine la construction d'une requête⁷² ; il peut conduire à la formation de stratégies originales, impliquant un progrès du droit, par exemple dans l'arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, où les requérants arguèrent de l'impossibilité de savoir s'ils avaient été « victimes » d'une ingérence pour dénoncer dans une politique de surveillance secrète une atteinte aux droits de l'homme⁷³ ;

2. *pour les débiteurs de droits*, l'enjeu d'une adjudication rationnelle portera sur la détermination des conditions de construction d'une stratégie de défense adaptée ; dans ce moment « d'invention », ils viseront à connaître les conditions épistémiques sous lesquelles ils peuvent justifier le caractère « proportionné » ou « nécessaire » des ingérences qui leur sont reprochées. Ces conditions épistémiques sont relatives à la définition de la « légalité », du « but légitime » et de la « proportionnalité » d'une ingérence dans la jurisprudence européenne. On peut identifier, là encore, des erreurs commises par les gouvernements défendeurs qui témoignent de l'importance de ce travail d'objectivation dans la construction d'une défense⁷⁴. Cette approche épistémique permet de décrire comme rationnelles les « stratégies d'engagement » qui consistent, pour un gouvernement, à admettre l'existence d'une ingérence (et donc à porter directement le débat sur la question de sa justification), voire

⁷² Dans une affaire, « la Cour constate que les questions soulevées n'entrent pas dans le domaine des articles évoqués » (Cour EDH, *Langborger c. Suède* (Cour Plénière), req. n°11179/84, 22 juin 1989, §39) ; dans une autre, « le requérant n'a pas prouvé que la divulgation par la presse de son adhésion à la franc-maçonnerie lui ait causé [un] préjudice. Par contre, il a reconnu que semblable "adhésion peut être connue par quiconque par le biais de la consultation du tableau des membres" » (Cour EDH, *N. F. c. Italie* (2ème Section), req. n°37119/97, 2 août 2001, §39)

⁷³ *Klass et autres c. Allemagne* (Plénière), arrêt cité, §36 : « La Cour ne saurait admettre que l'assurance de bénéficier d'un droit garanti par la Convention puisse être ainsi supprimée du simple fait de maintenir l'intéressé dans l'ignorance de sa violation. »

⁷⁴ Par exemple, Cour EDH, *Y. F. c. Turquie* (4ème Section), req. n°24209/94, 22 juillet 2003, §42 : « la Cour note que le Gouvernement ne soutient pas que l'ingérence litigieuse était "prévues par la loi" à l'époque des faits. Dans ses observations, il mentionne des règlements et circulaires qui ont été émis après l'incident dénoncé » ; Cour EDH, *Bassani c. Italie* (3ème Section), req. n°47778/99, 11 déc. 2003, §23-24 : « La Cour a déjà traité d'affaires soulevant des questions semblables [...] et considère que le Gouvernement n'a fourni aucun fait ni argument pouvant mener à une conclusion différente dans le cas présent ».

même d'une violation des droits de l'homme lorsqu'ils se reconnaissent dans l'incapacité d'établir l'existence d'une base légale ou d'un but légitime⁷⁵ : dans une affaire, le gouvernement français construit sa défense sur deux exceptions d'irrecevabilité (sur le délai de saisine de la Cour européenne et sur le non-épuisement des voies de recours internes) mais renonce à argumenter sur le plan de la légalité⁷⁶ ;

3. *pour les juges européens*, se poser en « adjudicateurs rationnels » ne s'analysera pas dans les termes d'une stratégie d'optimisation, mais d'impartialité, d'abstraction par rapport au cours de la discussion. Il peut sembler étonnant d'associer stratégies d'optimisation et stratégies d'impartialité sous le label commun d'un processus « d'invention » des arguments qui peuvent fonder une position. Cette association se justifie au regard d'une analyse particulière de « l'impartialité » en théorie de l'argumentation où la qualité de « participant » (je ne dis pas de « challenger ») devient une condition d'objectivité. Perelman distingue à ce titre une forme d'impartialité irréductible à « celle d'un spectateur » désinvesti par rapport à un débat ; cette impartialité dans le processus argumentatif, « si elle doit caractériser un agent [est] plutôt un équilibre des forces, une attention maximum aux intérêts en cause, mais répartie également entre les points de vue⁷⁷ ». Nous en trouvons une trace dans le traitement des « concessions » respectives des comparants dans le cours des controverses sur les droits de l'homme à la Cour européenne : je n'ai pas trouvé dans le corpus délimité au ch. 3 de cas où les juges ont pris le contrepied d'une telle « stratégie d'engagement » des parties (soit pour conclure à l'absence d'ingérence là où le gouvernement en convenait, où à l'absence de base légale ou de but légitime là où le requérant les admettait ; *a fortiori*, dans les rares cas où le gouvernement admet l'existence d'une violation, cela suffit aux yeux des juges pour conclure

⁷⁵ Voir, par ex., Cour EDH, *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°9659/82; 9658/82, 27 avril 1988, §48-50, dans lequel le gouvernement, reconnaissant une mauvaise application des dispositions légales pertinentes « a invité la Cour "à dire que l'interception de la lettre [...] a enfreint l'art. 8 [...]" ».

⁷⁶ *A. c. France* (Chambre), arrêt cité, §38 : « Le Gouvernement concède que l'ingérence – si ingérence il y a – n'était pas "prévue par la loi": elle ne cadrerait pas avec le droit français en vigueur à l'époque (1980). »

⁷⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, p. 80 (« L'impartialité, si elle est conçue comme celle d'un spectateur, peut sembler l'absence de toute attraction, une recherche dénuée de participation aux débats, une attitude qui transcende les querelles »).

mécaniquement au non respect des droits garantis au titre de l'art. 8). Sans généralisation abusive, on voit là les juges européens se conformer à une règle générale d'impartialité vis-à-vis des comparants en vertu de laquelle « *en droit, quand seul l'intérêt des parties est en jeu, l'aveu de l'une des parties, tout comme l'accord des deux, fournit un élément stable sur lequel le juge peut s'appuyer*⁷⁸ ». C'est là une condition de « l'adjudication rationnelle » dans le contexte européen qui peut être critiquée⁷⁹, mais qui fournit une illustration de la finalité épistémique poursuivie par le « procès » en matière de droits de l'homme à la CEDH (*supra*, ch. 5)⁸⁰. Par ailleurs, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, les juges européens se posent en « adjudicateurs rationnels » lorsqu'ils font un effort d'explicitation des principes de leur contrôle, travail d'objectivation qui se traduit dans la construction de certains arrêts dans lesquels ils distinguent « les principes généraux relatifs à la protection de la vie privée » de « l'application de ces principes généraux de la Cour » dans l'espèce considérée⁸¹ ; il y a bien là un effort de « connaissance du droit » indépendant de l'adjudication de l'espèce (ou « appréciation de la Cour »). Ce travail d'objectivation se manifeste aussi à travers les efforts des juges européens pour connaître le droit et la pratique internes pertinents des Etats, une « stratégie d'engagement » particulièrement frappante (sinon "courageuse") consistant de leur part à condamner d'autant plus rapidement (sans examen approfondi, ni aucune autre

⁷⁸ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 145. Voir, par ex., *Lee c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §112 : « La Cour relève [...] que le requérant aurait pu faire appel [...] s'il avait estimé que l'inspecteur, ou le ministre, n'avaient pas pris en compte une considération pertinente ou avaient fondé la décision contestée sur des éléments non pertinents. En l'espèce, toutefois, le requérant n'a pas formé pareil recours. »

⁷⁹ Rien n'interdirait de considérer que l'intérêt de l'interprétation de la Convention peut justifier de prendre le contrepied des concessions ou des accords entre les parties (*cf.* Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, loc. cit. : « quant il s'agit des matières auxquelles l'ordre public est intéressé, l'aveu n'a pas la même force probante, car c'est le juge, et non point les parties, qui alors détermine ce peut être considéré comme acquis ») ; mais ce serait là imputer une fonction aléthique au « procès », c'est-à-dire remettre en cause les règles de procédure et d'interprétation de la Convention.

⁸⁰ Une affaire est intéressante car le gouvernement concède l'absence de base légale mais précise « que cela ne doit pas être pris comme une concession selon laquelle la mesure litigieuse n'était pas justifiée en l'espèce » ; malgré cette dénégation du gouvernement, la Cour conclue à la violation de l'art. 8 sur la base de cet aveu du gouvernement (*Taylor-Sabori v. The United-Kingdom* (Section), arrêt cité, §17 et §19).

⁸¹ Voir, par ex., *von Hannover c. Allemagne* (Section), arrêt cité ; *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité.

raison alléguée) un Etat qu'il aura préalablement corrigé le droit ou la pratique mis en cause dans la situation de violation⁸².

b. Le cas particulier des juges : « l'adjudication rationnelle » dans la décision

S'agissant des juges européens, la question de leur positionnement comme « adjudicateurs rationnels » est délicate. A cet égard, la possibilité de se poser en « adjudicateur rationnel » permet de décrire, en second lieu, des *processus d'habilitation* qui placent certains participants dans une position forcée, celle « d'adjudicateurs » de fait des mérites épistémiques de positions antagonistes. Le droit constitue à cet égard une pratique sociale particulière dans la mesure où il traite des conditions logiques de « l'adjudicateur rationnel » comme de règles procédurales qui déterminent la portée et les conditions de l'évaluation judiciaire. Les règles qui gouvernent le travail des juges européens à ce niveau ont été suffisamment détaillées dans les chapitres précédents ; je me limite à rappeler qu'elles concernent respectivement :

1. les règles d'admissibilité d'une requête (dont la règle de l'épuisement des voies de recours internes) ;
2. les règles de compétence de la Cour (selon la compétence *ratione temporis* ou *ratione materiae* et la prise en compte d'une « marge nationale d'appréciation », c'est-à-dire d'un privilège de position reconnu aux Etats dans le choix des moyens appropriés pour mettre en œuvre leurs obligations en matière de droits de l'homme dans l'ordre juridique interne) ;
3. les méthodes d'interprétation employées (dont les règles d'interprétation en droit international, le principe de la Convention comme « instrument vivant » et, surtout, la méthode de raisonnement fondée sur le principe de proportionnalité et l'adjudication d'une affaire sur la base des éléments produits par les comparants).

⁸² Dans une affaire concernant l'existence de différences de l'âge légal pour avoir des relations sexuelles selon l'orientation, le gouvernement regrette cette pratique et souligne que le requérant, quoiqu'incriminé sous le régime d'une loi abrogée depuis, a été « formellement acquitté ». La Cour n'en conclut pas moins à la violation et se prononce pour une satisfaction équitable (Cour EDH, *B.B. v. the United Kingdom* (4ème Section), req. n°53760/00, 10 Feb. 2004, §22 et §25).

Dans la jurisprudence européenne, ces règles d'habilitation visent à stabiliser la distinction entre les arguments qui peuvent être convoqués par les juges européens sans que ceux-ci ne se positionnent en « challengers » dans la discussion entre les opinions opposées sur les faits qu'ils doivent trancher. Autrement dit, les règles d'habilitation visent à établir la différence entre une décision « raisonnable » et un jugement « en opportunité ».

Cette perspective me permet de faire une remarque concernant le sens que nous pouvons accorder à cette expression dans la jurisprudence européenne selon laquelle le gouvernement défendeur a produit des « raisons pertinentes et suffisantes » ou « pertinentes et non suffisantes »⁸³. Cette expression n'est pas compréhensible en dehors d'une perspective épistémique sur la jurisprudence, c'est une évidence : il faut présumer des contraintes sémantiques (des limites à la liberté d'interprétation des juges, *supra*, ch. 5) pour voir dans cette expression autre chose que la consécration d'un subjectivisme à la Cour européenne. Imaginerait-on encore parler de « rationalité » du contrôle de proportionnalité s'il fallait lire comme l'affirmation d'un état d'esprit subjectif des juges une affirmation telle que la suivante :

La Cour n'est pas convaincue par les arguments du Gouvernement, qui se fonde sur l'idée générale que les pères d'enfants nés hors mariage ne manifestent pas d'intérêt pour le maintien de contacts avec leurs enfants.⁸⁴

Cet argument n'est certes pas très « convaincant » par lui-même, ne serait-ce que parce qu'il repose sur une généralisation douteuse. Seulement, on aperçoit bien que la « conviction » subjective de la Cour ne peut être la *ratio legis* de la décision rendue. Pour cette raison, je crois que ces critères de « pertinence » et de « suffisance » ne sont pas non plus compréhensibles indépendamment d'une perspective dialogique sur la jurisprudence européenne. Dans cette perspective, l'argument « que les pères d'enfants naturels s'en désintéressent en général » n'est pas suffisant pour une raison objective, à savoir qu'il est sensible à l'attaque d'un opposant avisé (il ne répond pas à l'argument du requérant) qui consiste justement à dire : « pas moi ! » Il s'agit d'une configuration du jeu en logique dialogique selon laquelle toute affirmation générale ($\forall x$, « pour tout x »)

⁸³ Voir respectivement, par ex., *M.S. c. Suède* (Chambre), arrêt cité, §44 et *K. et T. c. Finlande* (Chambre), arrêt cité, §169.

⁸⁴ *Sommerfeld c. Allemagne* (Plénière), arrêt cité, §55.

s'expose à un contrargument particulier ($n ?$, « aussi pour celui-ci ? ») au même titre que toute affirmation particulière ($\exists x$, « il existe un x tel que ») s'expose à un contrargument du type « lequel ? » ($?$, « lequel ? », « montre m'en un ! »).

Ce point de vue dialogique sur la validité est opératoire pour une analyse du raisonnement des juges européens car il permet de distinguer une règle principale et deux règles secondaires du caractère « suffisant » d'une thèse dans le « procès » en matière de droits de l'homme :

1. la règle principale vise l'adjudication rationnelle d'une thèse dans le contexte d'une confrontation d'arguments ; elle peut être formulée comme suit :

Un adjudicateur rationnel conclut au caractère « suffisant » des raisons alléguées par un défendeur si elles ne laissent « pendant » aucun contrargument pertinent effectivement soulevé par le requérant⁸⁵.

2. les deux règles secondaires sont relatives à la définition d'un argument « bien construit » (pertinent et suffisant) dans ce cadre éristique :

le défendeur (à qui incombe la charge de la preuve) réussit lorsqu'il surmonte tous les contrarguments pertinents effectivement soulevés par son contradicteur (opposant).

le contradicteur réussit lorsqu'il soulève un contrargument pertinent que le défendeur ne parvient pas à surmonter.

Cette perspective a une conséquence importante pour la théorie de l'argumentation. Lorsqu'on cherche à décrire la rationalité de pratiques discursives, il y a deux obstacles sur lesquels ne pas trébucher. Le premier, c'est l'obstacle de « l'auditoire », sous-entendu : s'il est particulier, on ne peut conclure à l'établissement d'une discussion rationnelle. Le second, c'est l'efficacité dialectique des arguments, sous-entendu : si l'adhésion de l'auditoire se trouve accrue du fait de « la supériorité dialectique » d'un orateur, il en est de même fait de la rationalité de la discussion. La conséquence de ces deux postulats de la théorie de l'argumentation se trouve dans le déni philosophique d'une valeur épistémique des formes quotidiennes ou éristiques de

⁸⁵ Dans le cas de l'argument précédent sur les pères naturels, la simple existence d'une requête invalide la généralisation du gouvernement.

l'argumentation (*supra*, ch. 5, introduction). Une « théorie de l'argumentation ayant une portée philosophique » serait, dans cette perspective, une théorie normative de l'argumentation au regard de laquelle on pourrait distinguer des formes sophistiques d'arguments indépendamment de l'adhésion de l'auditoire. L'argument précédent selon lequel « les pères naturels ("c'est bien connu") ne s'intéressent pas à leurs enfants » ne serait pas « suffisant » parce qu'il se fonderait sur un sophisme, ou un paralogisme. On peut opposer à cette perspective qu'elle est peut-être séduisante, mais peu opératoire : dans le cas précédent, il n'est pas évident de savoir si l'on a affaire à un sophisme par généralisation excessive (*dicto simpliciter*) ou, ce que suggère ma formulation précédente, par référence induite à une opinion majoritaire (*ad populum*) ; on peut y voir aussi une pétition de principe. Autrement dit, l'évaluation de la « rectitude » d'un argument selon le critère de sa pertinence logique ne serait pas exempte d'interprétations relatives au contexte argumentatif.

La conception dialogique de l'argumentation prend le contrepied d'une telle approche normative de l'argumentation rationnelle. Dans cette perspective, « les paralogismes non formels cachent souvent des formes d'argumentations correctes, même si le concept d'argumentation correcte dépasse la notion standard de validité déductive⁸⁶ ». Par exemple, la « marge nationale d'appréciation » accordée aux Etats peut être vue comme une forme de raisonnement fondé sur l'autorité (*ad verecundiam*) dans la mesure où les juges européens reconnaissent que les instances nationales sont « mieux placées » pour juger de l'opportunité d'une mesure ; aux yeux du juge Zekia dans l'affaire *Dudgeon* citée à la fin du ch. 5, il y a là une forme d'argumentation correcte dans le contexte européen car :

Si « l'assemblée législative compétente pour modifier les lois considérées s'est abstenue de le faire, estimant nécessaire de les maintenir en vigueur afin de protéger la morale dominante de la région et de préserver l'ordre public »

Alors « le maintien en vigueur en Irlande du Nord de lois - datant du siècle dernier - interdisant les actes d'indécence grave et la buggery entre adultes de sexe masculin [n'a pas] perdu son utilité en ce qui concerne la protection de la morale et des droits d'autrui dans ce pays. »⁸⁷

⁸⁶ Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, op. cit., p. 12.

⁸⁷ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, op. diss. Juge Zekia, p. 27.

Si la majorité des juges n'adhère pas à cet argument (qui est soulevé par le gouvernement), ce n'est pas en raison de cette structure, mais en raison du fait qu'il ne répond pas de son point de vue à des contrarguments pertinents. En effet, ils admettent l'argument comme « pertinent » et recourent, pour l'invalidier, à un argument dont on pourrait douter de la validité formelle (*post hoc, ergo propter hoc*), à savoir que la loi incriminant les pratiques homosexuelles n'ayant plus donné lieu à des poursuites « ces dernières années » sans que « l'opinion publique ait réclamé une application plus rigoureuse de la loi », « on ne saurait dès lors parler d'un "besoin social impérieux" d'ériger de tels actes en infractions »⁸⁸. Il n'y a pas lieu, cependant, de disqualifier cet argument au titre d'un sophisme de la Cour européenne car il répond à un principe de validité dialogique : en l'occurrence, l'absence de réaction sociale à la non-application de la loi n'est pas un contrargument soulevé par le requérant, mais une concession du gouvernement (un élément qui apparaît de manière implicite dans ses conclusions⁸⁹), c'est-à-dire – selon ce qui précède – sur « un élément stable sur lequel le juge peut s'appuyer ».

Faut-il en conclure que, dans une perspective dialogique, « l'adjudicateur rationnel » peut apprécier librement la valeur des arguments présentés indépendamment de leur structure formelle ? C'est ce qui semble résulter de l'analyse précédente : d'un côté, la Cour refuse d'admettre l'argument d'autorité du gouvernement (« je suis mieux placé que vous pour juger de l'opportunité d'un maintien de la législation litigieuse ») mais se rend à un argument dont la structure est tout aussi incertaine (« pas de réactions dans l'opinion, donc le maintien de la législation ne s'impose pas »). Cette conclusion supposerait une autonomie logique des modes d'adjudication à la Cour européenne (en l'occurrence l'application d'un contrôle marginal d'appréciation) par rapport aux normes logiques de construction d'un argument. Dans une certaine mesure, cette conclusion s'impose *de fait* pour décrire le fonctionnement de l'appareil européen mais la description, une fois de plus, conduirait au sacrifice de la pertinence épistémologique du « procès ». En admettant que les juges peuvent ignorer l'implication de paralogismes dans leur raisonnement, nous renouons

⁸⁸ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §60.

⁸⁹ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, §30 : « Autant que le Gouvernement le sache après examen des archives, durant cette période nul n'a été poursuivi en Irlande du Nord pour un acte qui n'aurait manifestement pas revêtu un caractère délictueux [*i.e.* avec des mineurs ou des personnes vulnérables]. »

alors, sinon avec une forme de jugement « en opportunité », au minimum avec la présupposition que la rationalité des juges résulte d'une position surplombante (quasi divine, „gottähnlichen“, selon W. Leisner, ch. 5), d'une appréciation des arguments présentés non contrainte par les règles de la logique. La position de « l'adjudicateur rationnel » comme « tiers » à la discussion diffère d'un tel point de vue surplombant dans un cadre dialogique. La théorie dialogique de l'argumentation ne nie pas la valeur d'une approche formelle des paralogismes, elle admet au contraire la nécessité de conserver la distinction entre des arguments valides et des arguments sophistiques⁹⁰. Mais elle aborde cette distinction dans le déroulement de la discussion et non a priori, ou en amont.

Pour le faire, elle réintroduit le critère de « l'efficacité » d'un argument comme élément déterminant de sa « validité » (contrairement au postulat d'un élément potentiellement perturbateur dans une conception normative de l'argumentation rationnelle). Dans l'arrêt *Dudgeon*, la Cour traite de l'argument d'autorité du gouvernement (repris par le juge Zekia) comme d'un paralogisme car elle conteste son efficacité (son caractère « suffisant ») par rapport à l'ensemble des arguments pertinents effectivement soulevés. La contrainte, pour « l'adjudicateur rationnel » de prendre en compte tous ces arguments le conduit à se prononcer sur la validité d'un argument particulier dans le contexte inférentiel global de l'affaire. Loin de traduire un affranchissement des juges européens de toute contrainte logique ou rationnelle, la description dialogique de leur raisonnement explicite des contraintes de rationalité qui s'imposent à eux. Et la principale contrainte réside dans le traitement de l'ensemble des arguments pertinents disponibles comme d'un « contexte rationnel » qui détermine « l'objectivité » de leur décision.

La première conséquence de ce résultat est épistémologique. Elle conduit à justifier l'application d'un modèle généalogique, communautaire, et non d'un modèle normatif, « apriorique », de la rationalité d'un argument. Georges Kalinowski finissait par enjoindre la logique déontique d'effectuer ce

⁹⁰ Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, op. cit., p. 5 : « [il s'agit d'] éviter une orientation excessivement logique. Mais nous ne voudrions certainement pas minorer l'importance de l'étude de la structure logique des paralogismes. Si un paralogisme est un désastre dialectique, c'est d'abord parce qu'il s'agit d'un désastre logique. »

renversement et à se constituer en une « sémiotique du langage normatif réel »⁹¹. Il n'aura pas été question dans cette étude du développement d'une telle logique déontique⁹², mais bien de la place de la théorie de l'argumentation dans ce cadre d'une sémiotique juridique : la théorie dialogique de l'argumentation cherche à expliciter les conditions d'adjudication rationnelle en partant d'une description des pratiques linguistiques. Cette approche, épistémique ou inférentialiste, se fonde sur l'idée qu'un « adjudicateur » est rationnel lorsqu'il prend en compte l'ensemble du « contexte » des raisons qui se présentent à lui en un point de la discussion (pour cette étude : en un point du développement du droit européen des droits de l'homme). Ce modèle communautaire ne conduit pas à un déclasserement de la rationalité des pratiques juridiques (délibératives, interprétatives) par rapport à d'autres pratiques, particulièrement les pratiques scientifiques ; la notion de « contexte rationnel » s'applique aussi pour rendre compte des interactions entre les participants aux débats scientifiques :

Nous pensons [...] que la raison se constitue au cours de sa propre histoire, principalement suivant les contingences originées par le progrès scientifique. [...] nous ne traiterons pas de l'activité rationnelle, mais des *produits* de cette activité, lorsqu'elle s'exerce méthodiquement, dans le but essentiel d'obtenir une connaissance ou d'exercer une réflexion critique. De tels produits sont les *contextes rationnels* [...] Comme la raison s'extériorise au travers des contextes

⁹¹ Georges Kalinowski, *La logique des normes*, Paris, PUF, 1972, p. 202 : « Il faut [...] que les logiciens déontiques abandonnent la création apriorique de formalismes à la manière des mathématiciens, qu'ils ne vouent plus leurs efforts à la [...] « logique-construction », mais s'astreignent à pratiquer la logique-connaissance, c'est-à-dire à trouver les fondements logiques réels de la morale, du droit et de la technique. »

⁹² Le bilan critique de Georges Kalinowski ne rend pas justice, me semble-t-il, aux tentatives de développement d'une logique déontique juridique dans le sillage de la « jurisprudence analytique » initiée par Wesley N. Hohfeld, notamment par Stig Kanger dans une période contemporaine à *La logique des normes* (à partir de 1966). La démarche de Wesley Hohfeld se fonde sur une approche sémiotique, puisqu'il se demande ce que nous faisons d'un point de vue logique lorsque nous revendiquons un « droit » et distingue à ce niveau quatre formes logiques d'un « droit » (un droit, un privilège, une capacité, une immunité). Voir respectivement : Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, 23-1, 1913 ; Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, 26-8, 1917 ; Stig Kanger, *Collected Papers of Stig Kanger with Essays on his Life and Work*, Dordrecht, Kluwer, Sten Lindström and Rysiek Sliwinski Ed. by Ghita Holmström-Hintikka, 2001, articles : "New Foundations for Ethical Theory" (1957-1971), "Rights and Parliamentarism" (1966), "Law and Logic" (1972) et "On Realization of Human Rights" (1985).

rationnels, c'est au travers d'eux qu'elle est évaluée ; elle acquiert pour ainsi dire un certain statut intersubjectif.⁹³

La deuxième conséquence de ce résultat est méthodologique. Elle se traduit par une redéfinition de la notion de « sophisme » ou de « paralogisme » (d'arguments mal construits) pour la théorie de l'argumentation : « *on dira qu'il y a paralogisme quand on constate une divergence importante, intentionnelle ou non, entre l'efficacité et la correction d'un type d'argumentation*⁹⁴. » Cette conception dialogique des paralogismes n'est pas relativiste parce qu'elle admet qu'un paralogisme formel peut constituer une forme d'argumentation correcte en contexte d'usage (*supra*). Cette affirmation quelque peu abrupte signale une modification du niveau auquel caractériser la rationalité d'une discussion : l'irrationalité naîtra d'une erreur d'appréciation de « l'efficacité » d'un argument dans le cadre d'un échange. Dans l'exemple précédent, il y a selon la Cour paralogisme de la part du gouvernement dans « l'efficacité » qu'il prétend accorder à un argument certes « pertinent » (ou correct) mais insuffisant au regard des contrargument qu'il laisse pendants.

A mon sens, cette approche conditionne la possibilité, pour la théorie de l'argumentation, d'établir l'existence, ou non, d'une discussion rationnelle tout en adoptant « le point de vue d'un participant ». Cette approche dialogique permet de distinguer trois conditions de rationalité d'une discussion, conditions qui apparaissent dans le cadre d'une analyse des « produits » de l'activité du droit (*i.e.* dans une sémiotique juridique) :

1. *premièrement*, la théorie de l'argumentation conserve la possibilité de d'intégrer les enseignements de la logique pour distinguer des formes réelles d'argumentation qui peuvent être correctes matériellement, mais présenter une structure formelle sujette à caution ;
2. *deuxièmement*, conformément à ce que j'ai effectué dans cette étude, « on considérera un écart individuel comme une erreur, une bévue, une bourde⁹⁵ » (il ne s'agit pas d'imputer une irrationalité au participant) ;

⁹³ Newton C. A. Da Costa, *Logiques classiques et non classiques. Essai sur les fondements de la logique*, Paris, Masson, 1997, p. 21-22.

⁹⁴ Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, op. cit., p. 133.

⁹⁵ Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, loc. cit.

3. *troisièmement*, la théorie de l'argumentation conserve la capacité d'identifier des paralogismes récurrents, c'est-à-dire des formes de discussion qui ne sont pas rationnelles (qui, peut-être, ne se proposent pas de l'être⁹⁶) ; il y aura sophisme, ou paralogisme, si ces interactions se présentent comme telles (servent à soutenir une « prétention à la validité ») ; « un paralogisme consiste alors en une divergence récurrente entre efficacité et correction assignable à une cause [générale et isolable] ; c'est un traquenard particulièrement courant, un schéma spécieux, un virus qu'on peut isoler, identifier, retrouver, et contre lequel on peut se vacciner⁹⁷ ».

c. *Poser l'autre comme « adjudicateur rationnel » ? Stratégies de réfutation à la Cour européenne.*

On peut distinguer encore une valeur opératoire du modèle dialogique de la validité à un troisième niveau, celui des *processus de réfutation*. On peut décrire sur cette base, dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, des « stratégies d'engagement » traduisant une volonté de l'orateur de se poser en contradicteur d'une position exprimée par un participant auquel il attribue le rôle « d'adjudicateur rationnel ». Je propose de distinguer deux stratégies possibles, selon que l'orateur qui adopte une telle stratégie entendra limiter la capacité d'intervention de son contradicteur dans la discussion ou le rendre comptable d'un état du droit.

Cette hypothèse vise à contrebalancer les stratégies d'engagement caractérisées en premier lieu par lesquelles j'ai identifié la possibilité, pour tout participant aux débats sur les droits de l'homme en Europe, de se poser en « adjudicateur rationnel » dans le moment « d'invention » des arguments. Il ne s'agit cependant de postuler qu'en attribuant ce rôle à l'adversaire, un participant cherchera à signifier qu'il « ne se propose pas d'être rationnel » (C. S. Peirce). Au contraire, il s'agit de décrire les situations argumentatives dans lesquelles « se proposer d'être rationnel » implique d'apporter un changement dans l'ensemble des raisons (« contexte rationnel » disponible en un point du temps), c'est-à-dire se poser sciemment en « challenger » d'un état du savoir ou, pour ce qui concerne cette étude, d'un état du droit. Tout effort de connaissance ne peut être réputé conduire, en effet, à une légitimation de l'existant.

⁹⁶ Cf. citation de Charles S. Peirce, *supra*, ch. 4, note 87.

⁹⁷ Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, loc. cit.

i. Modifier « l'efficacité » des arguments : une manière de raisonner ?

Il s'agit là de couvrir toute l'étendue des implications de cette remarque de Chaïm Perelman selon laquelle « toute argumentation est l'indice d'un doute⁹⁸ ». Dans cette perspective, un effort de connaissance de l'orateur est nécessaire pour se prémunir d'une fragilité : s'il trouve des éléments objectifs à l'appui de sa thèse, il y aura des éléments importants de nature à augmenter la plausibilité de celle-ci face aux contrarguments de l'adversaire. Seulement, et cela régulièrement, l'effort de connaissance conduit l'orateur à reconnaître que sa thèse va à l'encontre d'un état des savoirs ou des pratiques. Cela ne signifie en aucun cas que la thèse qu'il entend promouvoir est « irrationnelle » mais que le processus d'invention des arguments se trouve inversé : il s'agit, grâce à l'argumentation, de porter le doute sur la thèse opposée. Par ce processus d'invention, l'orateur se place dans une perspective de « réfutation » où « le choix [des arguments] est guidé par l'argument que l'on combat⁹⁹ ».

Cette complémentarité de la *justification* (où il s'agit de rationaliser sa propre thèse pour la prémunir d'un doute) et de la *réfutation* (où il s'agit de porter le doute sur la thèse adverse) concerne directement la question de « l'efficacité » des arguments. Dans un cas, en effet, l'orateur entend conférer à la thèse qu'il défend une « efficacité » dans la discussion en rapport avec la « correction » (ou pertinence) qu'il lui attribue ; dans l'autre, au contraire, il cherche à établir qu'une divergence existe (plus ou moins importante, intentionnelle ou non) entre « l'efficacité » des arguments de l'adversaire et leur « correction » qu'il estime (plus ou moins) sujette à caution. Cette représentation dialogique de la justification et de la réfutation conduit à considérer que, dans les deux cas, on cherche à établir la validité d'un argument en modifiant son efficacité dans la discussion. Deux remarques s'imposent à cet égard.

Premièrement, il ne s'agit pas de supprimer la distinction méthodologique entre « vérité » et « efficacité » des raisonnements ou des arguments inscrite par Perelman en préliminaire à une théorie de l'argumentation à caractère philosophique¹⁰⁰. Cependant, plutôt que de « les étudier séparément », il s'agit de se préoccuper de ce qu'il en est « de leur interférence ou de leur

⁹⁸ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 635 (cité, *supra*, ch. 4).

⁹⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 612.

¹⁰⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 5 (cf. *supra*, ch. 4).

correspondance éventuelles » dans les situations réelles d'argumentation. Dans cette perspective dialogique, l'objectif poursuivi consiste à dégager les conditions d'une convergence entre validité et efficacité d'un argument dans une discussion. L'efficacité seule (purement rhétorique) continue de constituer un scandale épistémologique : d'une certaine manière, il s'agit toujours de s'assurer que « l'adhésion de l'interlocuteur [n'a pas] été obtenue uniquement grâce à la supériorité dialectique de l'orateur¹⁰¹ » (un paralogisme reste un « désastre » logique et dialectique¹⁰²). Seulement, le remède à ce « désastre » ne réside pas dans une disqualification de l'efficacité rhétorique comme vecteur d'irrationalité, mais dans le développement de stratégies de réfutation de la part des participants à la discussion : « *Une conclusion devant laquelle on ne veut pas s'incliner, fait douter de la validité des arguments dont on a soi-même éprouvé l'efficacité*¹⁰³. » Sous cet aspect, il s'agit de s'intéresser à la valeur de raisonnement des opérations visant à augmenter ou à diminuer la « force » d'un argument (son efficacité) dans la mesure où ces opérations traduisent un effort de l'orateur visant à ménager une congruence entre la validité qu'il entend accorder à un argument et son efficacité dans la discussion. En effet :

L'interaction entre le normal et la norme, agit dans les deux sens : si l'efficace, dans certaines circonstances, fournit le critère du valable, l'idée que l'on se fait du valable ne peut rester sans effet sur l'efficacité des techniques visant à persuader et à convaincre.¹⁰⁴

Deuxième remarque : est-ce à dire que les stratégies de réfutation constituent des indices discursifs du raisonnement critique d'un contradicteur qui refuse de se rendre aux raisons d'un orateur malgré leur efficace rhétorique ? Peut-on décrire le raisonnement d'un orateur à partir des opérations visant l'efficacité dialectique (c.-à-d. les moyens par lesquels il cherche à augmenter la « force » de ses raisons et à diminuer celle des raisons de l'adversaire) ? Il y a là une hypothèse sémiotique féconde dont l'effet philosophique serait de proposer une lecture inversée du *Traité de l'argumentation* de Chaïm Perelman. Celui-ci construit en effet son ouvrage en présentant d'abord la structure des arguments (à travers les quatre schèmes argumentatifs énumérés dans le ch. 4) pour

¹⁰¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 49 (cité *supra*, ch. 4).

¹⁰² Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, op. cit., p. 5.

¹⁰³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 615.

¹⁰⁴ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, loc. cit.

s'intéresser ensuite à « l'interaction des arguments » entre eux, c'est-à-dire à la question de leur efficacité « dans l'ensemble de la situation argumentative »¹⁰⁵. Deux extraits du *Traité* autorisent cependant une interprétation de cette exposition comme le résultat d'un choix de convenance et de l'interaction des arguments comme un point de départ légitime pour une sémiotique des argumentations réelles :

Nous avons insisté, avant d'entreprendre l'étude analytique des arguments, sur le caractère schématique et arbitraire de celle-ci. Les éléments isolés en vue de l'étude forment, en réalité, un tout ; ils sont en interaction constante et cela sur plusieurs plans : interaction entre divers arguments énoncés, interaction entre ceux-ci et l'ensemble de la situation argumentative.

Si imprécises que soient donc les conditions dans lesquelles se développent les phénomènes d'interaction, ce sont eux cependant qui déterminent en grande partie le choix des arguments, l'ampleur et l'ordre de l'argumentation.¹⁰⁶

D'une certaine manière, j'ai anticipé sur cette hypothèse des figures de l'efficacité dialectique (*i.e.* des opérations par lesquelles les participants à la discussion gèrent l'interaction des arguments) comme indices de la structure des raisonnements à travers le traitement des stratégies de concession et de « révision » à la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*) : de telles stratégies mettent en évidence la construction d'un argument selon un certain « ordre¹⁰⁷ » ainsi qu'une diminution volontaire de la force d'un argument de la part de l'orateur, « technique d'atténuation¹⁰⁸ » par laquelle il entend renforcer la validité de sa position¹⁰⁹. L'usage de connecteurs concessifs traduit bien les résultats qu'on peut espérer d'une telle démarche. Seulement, un tel traitement

¹⁰⁵ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., 3^{ème} partie, ch. 5, p. 610 et suivantes (il s'agit du dernier chapitre de l'ouvrage).

¹⁰⁶ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., respectivement p. 610 et 611.

¹⁰⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 665 : « Sans doute, l'ordre fait l'objet d'un choix qui n'a d'autre règle que la meilleure adaptation possible aux états successifs de l'auditoire. »

¹⁰⁸ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 618.

¹⁰⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 646 : « La concession s'oppose surtout aux dangers de la démesure [...] En restreignant les prétentions, en abandonnant certaines thèses, en renonçant à certains arguments, l'orateur peut rendre sa position plus forte, plus aisée à défendre, et témoigner en même temps dans le débat de fair-play et d'objectivité. »

sémiotique de la jurisprudence européenne requerrait le déploiement d'une analyse linguistique qui excède les cadres de cette étude.

Je vais donc me limiter ici à décrire les stratégies de réfutation développées à la Cour européenne. Dans la mesure où les conclusions des comparants sont reformulées et synthétisées dans le dispositif d'arrêt, la seule opposition directe disponible se trouve entre les arguments des juges de la majorité (motivation de la décision) et les arguments des juges de la minorité lorsque ceux-ci adjoignent des opinions dissidentes à l'arrêt. Mon propos consiste à montrer que ces stratégies de réfutation visent la validité des arguments adverses et procèdent, pour obtenir ce résultat épistémique, à un travail sur « l'efficacité des arguments ». Autrement dit, la critique de la validité d'un argument réclame la mise en œuvre de « procédés rhétoriques » :

Un procédé est une manière d'opérer pour obtenir un certain résultat, tel le procédé de fabrication, moyen technique pour confectionner un produit. Ce qui se présente d'emblée comme moyen, comme procédé, est apprécié selon son efficacité, et à sa juste valeur.¹¹⁰

ii. Deux stratégies « quelconques » de réfutation dans les opinions dissidentes.

L'analyse des stratégies de réfutation développées par les juges dissidents est intéressante car elles s'élaborent nécessairement sur la base d'une imputation à leurs contradicteurs du statut « d'adjudicateurs rationnels ».

Sur la base du corpus considéré, deux attitudes ou stratégies de réfutation se distinguent nettement par lesquelles les tenants d'un argument minoritaire cherchent à en établir la validité par rapport à l'argument majoritaire concurrent. Dans ces deux configurations, ils tendent à imputer à leur opposant le statut « d'adjudicateur rationnel » soit pour limiter sa capacité d'intervention dans la discussion, soit pour le rendre comptable d'un état du droit qu'il s'agit de dépasser. Dans les deux cas, les stratégies mises en œuvre visent à critiquer l'efficacité de l'argument auquel ils s'opposent (et par conséquent sa validité) dans la discussion ou le « contexte rationnel » de l'affaire considérée.

La première stratégie consiste, pour les juges de la minorité, à réfuter l'argument de la majorité en arguant des contraintes qui s'imposent à l'intervention d'un

¹¹⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 597-598.

« *adjudicateur rationnel* » dans la discussion. L'exemple typique d'une telle stratégie de la part des juges dissidents est celui qui consiste à dénoncer le fait que la Cour a dépassé les limites de son contrôle dans une affaire. Ainsi, dans l'affaire *B. c. France*, le Juge Pinheiro Farinha procède-t-il à un rappel péremptoire de la fonction de la Cour et des limites de son intervention :

Le rôle de la Cour consiste à interpréter la Convention ; à en donner une interprétation dynamique et actuelle, mais toujours une interprétation. La jurisprudence de la Cour ne peut aller au-delà de la Convention et n'a pas le droit d'accorder de nouveaux droits à l'individu et d'imposer de nouvelles obligations aux États.¹¹¹

Dans la décision critiquée, la Cour a pour la première fois estimé que le fait qu'une personne transsexuelle soit obligée de révéler son changement de sexe à chaque démarche réclamant la production d'une pièce d'identité la place « quotidiennement [...] dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée » (§63). L'Etat français se trouve donc déclaré responsable d'un manquement à une obligation positive pour ne pas avoir trouvé un moyen de remédier à cette situation. Si l'opposition du Juge Pinheiro Farinha se limitait à rappeler à la Cour les limites de son rôle, nous serions dans la simple manifestation d'un désaccord (« Je conclus [...] à l'absence de violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention »). Seulement la dissidence des juges européens ne se limite pas à l'expression d'un désaccord : elle vise une critique, et une invalidation, du raisonnement suivi par la majorité. Ceci apparaît particulièrement dans l'opinion dissidente du Juge français Pettiti. Celui-ci procède de la manière suivante, recourant par là à des « procédés rhétoriques » :

1. tout d'abord, il attaque la validité du raisonnement de la majorité : « En premier lieu, je constate quelques contradictions » (p. 32). Le Juge Pettiti vise ici essentiellement la compatibilité entre l'affirmation de la Cour selon laquelle elle ne renverse pas sa jurisprudence et le raisonnement suivi dans l'arrêt¹¹² ;

¹¹¹ Cour EDH, *B. c. France* (Cour Plénière), req. n°13343/87, 25 mars 1992, op. diss. Juge Pinheiro Farinha, §2.

¹¹² Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 638 : « les nouveaux arguments introduits dans un débat peuvent paraître incompatibles [...] avec des thèses déjà admises par l'auditoire, ce qui met celui-ci dans la pénible situation de devoir, s'il accorde

2. ensuite, il diminue la force des arguments de la majorité¹¹³ en montrant que même des juristes favorables à une évolution du droit auraient du mal à se rendre au raisonnement suivi par la Cour : si un auditoire acquis adhérerait difficilement au raisonnement suivi¹¹⁴, il y a là l'indice d'un parallogisme de la part de la majorité (elle a accordé à certains arguments une efficacité dans la discussion sans rapport avec leur correction) ;
3. enfin, il se trouve en bonne position pour développer son argument, à savoir que la Cour s'est trompée en procédant à un contrôle de proportionnalité-appréciation (elle a jugé sur la base de la situation de la requérante) alors que, dans sa jurisprudence constante, la Cour s'était prononcée dans ces matières sur la base d'un contrôle marginal de proportionnalité ; or, de ce point de vue, aucun manquement ne peut être imputé à l'Etat français qui a choisi de régler chaque situation de transsexualisme de manière spécifique, par une décision judiciaire (« La solution jurisprudentielle peut être le choix légitime de l'État », p. 35).

Dans ces opinions dissidentes, les juges poursuivent véritablement un but épistémique : la réfutation constitue une procédure d'évaluation de la validité d'un argument au même titre que la justification. L'équivalence épistémologique de ces deux instances discursives, réfutation et justification, se trouve illustrée, par exemple, dans les deux arrêts *Sabin c. Allemagne*, l'un en Chambre, l'autre en Cour plénière. Le gouvernement défendeur avait demandé le renvoi de l'affaire en Grande Chambre estimant « que la chambre s'était trompée dans sa manière de traiter la question de la marge d'appréciation des juridictions nationales¹¹⁵ ». Dans le second arrêt, la Cour prend le contrepied de la décision rendue dans le premier jugement et se fonde exactement sur les raisons soulevées dans l'opinion dissidente commune jointe au premier arrêt :

quelque crédit à ces nouveaux arguments, chercher lui-même des aménagements à cette incompatibilité. »

¹¹³ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 619 : « De même que l'on peut accroître la force des arguments [...] de même on peut, par des techniques inverses, diminuer la force des arguments, et spécialement ceux de l'adversaire. »

¹¹⁴ *B. c. France* (Plénière), arrêt cité, op. diss. Juge Pettiti, p. 32 : « Pour des juristes favorables à un statut large, on entrerait plus facilement dans l'optique de l'arrêt B. si des cas de transsexuels vrais (opérés sous contrôle et protocole médical, en hôpital public) avaient été systématiquement refusés par les juridictions françaises. Tel n'était pas le cas » ; *idem*, p. 33-34.

¹¹⁵ Cour EDH, *Sabin c. Allemagne* (Cour Plénière), req. n°30943/96, 8 juillet 2003, §7.

La majorité a fondé ce constat [de violation] sur l'argument plutôt mince selon lequel « le fait que les tribunaux allemands n'ont pas entendu l'enfant montre que le requérant n'a pas joué dans la procédure relative au droit de visite un rôle suffisamment important » (paragraphe 47). La procédure interne ne paraît pas susciter d'autre critique. [...] Dans les circonstances de l'espèce, conclure que « les autorités nationales ont outrepassé leur marge d'appréciation » (paragraphe 49) revient à ne laisser pratiquement aucune latitude aux tribunaux internes, qui sont après tout bien mieux placés que la Cour pour prendre une décision aussi délicate que celle en jeu en l'espèce.¹¹⁶

Eu égard à ce qui précède et à la marge d'appréciation de l'Etat défendeur, la Cour est convaincue que la procédure suivie par les juridictions allemandes était raisonnable et leur a permis de rassembler suffisamment d'éléments pour prendre une décision motivée quant à la question du droit de visite dans les circonstances particulières de la cause. La Cour peut donc considérer que les exigences procédurales inhérentes à l'article 8 de la Convention ont été respectées. [...] Partant, il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention.¹¹⁷

Dès lors, si la structure d'un argument est une condition de rationalité (ch. 4, confirmé dans ce chapitre), on ne peut en aucun cas considérer la validité d'un argument indépendamment du souci de son efficacité dans la discussion : en effet, l'exemple de la réfutation montre combien l'ordre du discours, ou la structure d'un argument, dépendent « de l'ensemble de la situation argumentative ». Un tel travail ne peut s'effectuer que sur la base d'une approche sémiotique dans la mesure où on ne peut pas plus isoler « un » argument de sa position dans un raisonnement (ou discours, « rationalisation ») de l'orateur qu'on ne peut isoler « un » tel raisonnement de sa position dans la controverse. Au point que, s'il est de bonne méthode de distinguer « les aspects du raisonnement relatifs à la vérité et ceux qui sont relatifs à l'adhésion¹¹⁸ », il est certainement de bonne méthode aussi de ne pas trop différer l'analyse de leur « interaction » si l'on veut conserver une bonne compréhension des rapports entre participants aux débats sur les droits de l'homme.

¹¹⁶ Cour EDH, *Sabin c. Allemagne* (4ème Section), req. n°30943/96, 11 oct. 2001, op. diss. Juges Pellonpää et Vajic, p. 19-20.

¹¹⁷ *Sabin c. Allemagne* (Plénière), arrêt cité, §77-78.

¹¹⁸ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 5.

Cette stratégie de réfutation consistant à rappeler à la Cour son statut « d'adjudicateur rationnel » et, partant, les contraintes inhérentes à son contrôle est courante dans les opinions dissidentes. Pour autant, il ne s'agit pas d'une stratégie visant seulement à promouvoir une interprétation restrictive, contre une interprétation extensive, de la Convention. Cette stratégie ne constitue donc pas le marqueur d'une opinion "conservatrice". D'une part, elle n'entretient pas nécessairement de rapport avec le fond de l'affaire, par exemple dans l'affaire *Norris c. Irlande*, où le requérant se plaint de faits analogues à l'affaire *Dudgeon c. Irlande* étudiée précédemment (incrimination pénale des relations homosexuelles masculines), dans laquelle l'opposition des juges dissidents porte sur la réfutation du statut de « victime » du requérant¹¹⁹. D'autre part, la mise en œuvre de cette stratégie de réfutation peut fonder une opinion favorable aux requérants dans le cas d'une décision de non-violation. Dans l'affaire *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, où des riverains de l'aéroport d'Heathrow se plaignent de l'incidence des nuisances sonores sur leur vie privée et familiale, les juges de la minorité objectent que la décision de la Cour va à l'encontre de son rôle de protection qui impose, en présence d'un consensus croissant en Europe sur l'importance des « droits environnementaux », une application créative de la Convention comme « instrument vivant »¹²⁰. Cet usage des contraintes d'une adjudication rationnelle dans le sens d'une interprétation extensive des droits se retrouve dans l'avis suivant adjoint à l'arrêt *Odière c. France* :

en se fondant sur la prétendue diversité des systèmes et des traditions juridiques [...] la majorité prend l'argument du consensus européen à rebours et le vide complètement de sa substance. Plutôt que de permettre une évolution dans le sens du développement des droits garantis par la Convention, au départ de ce qui est accepté dans une large majorité de pays, le recours à

¹¹⁹ Cour EDH, *Norris c. Irlande* (Cour Plénière), req. n°8225/78, 26 oct. 1988, op. diss. commune aux six juges de la minorité, p. 20-21 : « Le sens naturel des mots ne permet pas de considérer comme "victime" d'une disposition législative une personne qui n'a fait l'objet d'aucune mesure pénale ou autre fondée sur cette législation [...] Une interprétation trop large du terme "victime" risquerait de modifier sensiblement le système établi par la Convention. La Cour pourrait être ainsi amenée, même dans le cas de plaintes émanant de particuliers, à se prononcer sur la compatibilité de législations nationales avec la Convention indépendamment de l'application effective de ces législations aux requérants, qui n'en seraient que de très potentielles et éventuelles victimes. L'actio popularis ne serait alors pas loin. »

¹²⁰ Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°36022/97, 8 juillet 2003, op. diss. commune, p. 46-47.

l'interprétation consensuelle, fondée sur la pratique quasi isolée d'un pays (paragraphe 47 de l'arrêt), sert à justifier une limitation des droits.¹²¹

*Une autre stratégie de réfutation employée par les juges dissidents consiste à arguer des missions d'un « adjudicateur rationnel » ; il ne s'agit pas de réfuter l'argument de la majorité en disant qu'elle n'aurait pas « dû » prendre telle décision, mais en disant qu'elle aurait « pu » trancher différemment. Les affaires de transsexualisme à la Cour européenne offrent encore un exemple particulièrement probant d'une telle stratégie. Ainsi, l'opinion suivante exprimée par le Juge Martens en dissidence à la conclusion de la Cour dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni* :*

Certes, les différents États membres où les transsexuels opérés voient aujourd'hui leur nouvelle identité sexuelle juridiquement reconnue ont réglé cette reconnaissance de manière fort diverse. [Néanmoins] Le point essentiel c'est qu'aujourd'hui, dans un nombre considérable d'États membres, une reconnaissance juridique est, d'une manière ou d'une autre, rendue possible.

Force est de conclure que les raisons avancées par la Cour pour expliquer son refus d'accepter la pertinence de l'évolution de la société se fondent sur une distorsion de l'état réel des choses et sont dès lors loin de convaincre. [...]

J'estime que cette circonspection ne cadre pas en principe avec la mission de la Cour, qui est de protéger l'individu contre la collectivité et de le faire en élaborant des normes communes [...] Il faut certes témoigner de prudence, mais dans une autre direction : si une collectivité opprime un individu parce qu'elle ne veut pas reconnaître les changements que subit la société, la Cour doit veiller à ne pas s'incliner trop aisément devant des arguments tirés du particularisme culturel et historique d'un pays.¹²²

Par l'adoption d'une telle stratégie de réfutation, le juge dissident se pose dans un rôle quelque peu différent que dans le cadre d'une réfutation sur le modèle précédent. Il assume ici un point de vue plus problématique, il ne se pose pas lui-même en « adjudicateur rationnel » mais tend à s'inscrire plutôt dans la continuation de la discussion, en « challenger » de la décision rendue. D'une certaine manière, son ambition ne va pas, comme dans les exemples précédents,

¹²¹ Cour EDH, *Odièvre c. France* (Cour Plénière), req. n°42326/98, 13 fév. 2003, op. diss. commune, §16.

¹²² *Cossey c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, p. 33-34.

dans le sens d'une invalidation de l'avis majoritaire par une disqualification du raisonnement qui la sous-tend. L'argument dissident consiste plutôt à dire : l'argument produit à l'appui de la décision est certes pertinent d'un point de vue juridique, mais il n'épuise pas tous les enjeux relatifs à la résolution des incertitudes en matière de droits de l'homme dans le cas considéré. Néanmoins, la réfutation ne prétend pas à une finalité épistémique moins forte que dans la stratégie précédente car les opinions dissidentes n'en affirment pas moins que les raisons alléguées à l'appui de la décision majoritaire ne sont pas suffisantes, que l'efficacité qui leur est accordée dans la discussion excède leur « correction ».

L'arrêt *Hokkanen c. Finlande* est intéressant à cet égard : les juges dissidents joignent à l'arrêt une opinion très courte (une demi-page contre plusieurs en règle générale) dans laquelle ils admettent en substance la décision rendue *si* on se place dans la perspective des juridictions compétentes après que le gouvernement avait laissé se créer « un fait accompli » ; ce faisant, ils recourent à une antiphrase lorsqu'ils concèdent que les juridictions internes « pouvaient sans doute penser qu'au point où les choses en étaient arrivées il n'était plus dans l'intérêt de l'enfant d'encore vouloir y remédier ». Ils livrent la clé de ce procédé rhétorique dans le paragraphe suivant :

Il n'en demeure pas moins qu'en fin de compte elles ont privé le requérant de l'exercice de droits qui lui appartenaient naturellement en sa qualité de père, alors qu'elles avaient d'abord maintes fois reconnu qu'il n'y avait pas lieu de les lui dénier. Loin de faire cesser la violation de ces droits, elles l'ont ainsi consommée d'une manière définitive.¹²³

L'intervention d'un tel procédé dans la réfutation de la position majoritaire traduit une stratégie de contradiction alors que, dans la forme, l'arrêt est parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour dans ces matières de garde d'enfants et même certainement pertinent au regard de la situation. Ce faisant, il s'agit néanmoins bel et bien d'une réfutation dans la mesure où le procédé antiphrastique a pour conséquence épistémique une forme atténuée de disqualification de l'adversaire, à défaut de pouvoir prendre en défaut la règle sur laquelle il s'appuie ou la structure de son raisonnement :

¹²³ *Hokkanen c. Finlande* (Chambre), arrêt cité, op. diss. Juges De Meyer, Russo, Jungwiert.

L'illustration inadéquate ne joue pas le même rôle que l'exemple invalidant, parce que la règle n'étant pas mise en question, l'énoncé de l'illustration inadéquate retentit plutôt sur celui qui en fait état, et témoigne de son incompréhension, de *sa méconnaissance du sens de la règle*. [...] l'illustration volontairement inadéquate peut constituer une forme d'ironie [...] Certaines figures classiques, *telles l'antiphrase*, ne seraient souvent qu'une application de ce même procédé.¹²⁴ (je souligne)

Cette rhétorique vise, à travers l'imputation aux juges de la majorité du statut « d'adjudicateurs rationnels », à ménager la possibilité du développement d'une critique de la décision rendue par le biais d'une attaque *ad hominem* de la majorité. Il convient ici d'être attentif à bien distinguer en quoi les procédés *ad hominem* peuvent constituer des procédés épistémiques. Selon Perelman, « il ne faut pas confondre l'argument *ad hominem* avec l'argument *ad personam*, c'est-à-dire avec une attaque contre la personne de l'adversaire et qui vise, essentiellement, à disqualifier ce dernier¹²⁵ » (*i.e.* à porter le ridicule sur lui). Dans la tradition rhétorique contemporaine, les auteurs s'accordent à un traitement libéral de l'*ad hominem* fondé sur l'idée que toute argumentation est *ad hominem* « car il est souvent raisonnable, pertinent et logiquement impeccable d'obliger quelqu'un à faire face aux conséquences indésirables ou imprévues qui découlent logiquement de ses assertions¹²⁶ ». Nous trouvons cette stratégie dans les oppositions fortes marquées aux interprétations extensives de la Convention par la majorité des juges dans l'affaire *B. c. France* :

En renversant une jurisprudence dont la plus récente expression datait à peine d'un an [...] la majorité de la Cour pourrait ouvrir la voie, je le crains, à des conséquences graves et encore imprévisibles.

On rencontre [...], en l'occurrence, deux difficultés complémentaires : le caractère délibéré, d'une part, et le caractère incomplet, d'autre part, de la mutation. Et ne risque-t-on pas ainsi (s'agissant même ici d'une opération

¹²⁴ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 485-486.

¹²⁵ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 150.

¹²⁶ Woods, Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, op. cit., p. 16. Ce principe est parfaitement admis dans la configuration épistémique du « procès » à la Cour européenne ; en effet, John Locke fonde cette approche libérale de l'*ad hominem* en précisant qu'il s'agit de « presser l'homme par les conséquences qui découlent de ses propres principes, ou de ce qu'il accorde lui-même » (John Locke, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, (1690), Paris, Vrin, 1998, ch. XVII, §21).

effectuée sans aucun contrôle) d'encourager les procédés de ce genre, et, plus encore, de se voir réclamer, par voie de conséquence, le droit au mariage de la part d'hommes à demi féminisés, avec des hommes normalement constitués, et où faudra-t-il alors établir le critère ?¹²⁷

Cette argumentation par les conséquences montre que la stratégie de réfutation que j'analyse ici n'est pas plus que la première dépendante d'une tendance "conservatrice" ou "progressiste" des juges (pour autant que de telles étiquettes aient un sens pour l'analyse de la jurisprudence européenne des droits de l'homme). C'est véritablement la réfutation du raisonnement tenu par la majorité qui est en jeu, par le biais d'une atténuation de la force de certains arguments et de l'augmentation de celle d'arguments contraires. Le Juge Van Dijk ne procède pas autrement dans son opinion dissidente à une affaire de transsexualisme, bien qu'il s'appuie sur un argument *ad hominem* plutôt que sur les contraintes de la fonction « d'adjudicateur rationnel » :

il me paraît hautement regrettable que la majorité se soit laissée égarer par les arguments du Gouvernement [qui] n'a énoncé aucun argument plausible qui permettrait de considérer que les intérêts des tiers mis en avant par la majorité ne peuvent être défendus d'une autre manière, qui soit moins embarrassante pour M^{lle} Sheffield.¹²⁸

En remettant en cause l'efficacité acquise par certains arguments dans le raisonnement de la Cour, le Juge Van Dijk dégage la latitude critique nécessaire au questionnement de la décision rendue car elle ne serait pas basée sur des raisons suffisantes. La dimension *ad hominem* peut aller plus loin encore, par exemple, lorsque le juge Martens se demande dans son opinion dissidente à l'arrêt *Cossey* : « Mais peut-être ces arguments explicites servent-ils à en cacher d'autres, de nature politique¹²⁹. » Précisons qu'il faut entendre par là des arguments relatifs à une politique juridique de la Cour ; mais l'accusation n'est pas moins forte. La réfutation atteint, dans cette mesure, une véritable dimension éristique, la dimension d'un combat dans lequel le juge s'engage subjectivement. En témoigne cette conclusion du Juge Van Dijk :

¹²⁷ *B. c. France* (Plénière), arrêt cité, op. diss. Juges Valticos et Loizou, p. 36-37.

¹²⁸ Cour EDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (Cour Plénière), req. n°22985/93 et 23390/94, 30 juillet 1998, op. diss. Juge Van Dijk, p. 36.

¹²⁹ *Cossey c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité, p. 33.

En conclusion, j'estime que la Cour aurait dû réviser sa jurisprudence antérieure en la matière pour ce qui est du Royaume-Uni et constater une violation de l'article 8. De fait, il me paraît hautement regrettable que la Cour [...] n'ait pas saisi cette toute dernière occasion pour ce faire et donner ainsi [...] des indications claires dans ce que j'estime être la bonne direction dans ce domaine.¹³⁰

Il faut bien reconnaître dans cette stratégie de réfutation la mise en œuvre de procédés rhétoriques : « La thèse oriente le discours, mais elle est aussi une prise de position, un engagement de l'orateur. Son énoncé immédiat a l'avantage d'éclairer les auditeurs ; c'est aussi une occupation du terrain¹³¹. » Mais pour rhétoriques que soient ces engagements des juges dissidents, ils n'en visent pas moins un résultat épistémique, à savoir la remise en cause de la validité de la décision rendue.

Ces engagements diffèrent cependant des engagements du premier type dans la mesure où il ne s'agit pas de dire que la Cour, en tant « qu'arbitre rationnel » ne devait pas trancher dans le sens où elle l'a fait ; il s'agit avant tout de dégager la possibilité d'une autre réponse à la situation considérée : la Cour aurait pu décider autrement, elle n'était pas contrainte d'aboutir à la conclusion mise en cause. Pour cela, il suffit d'établir le caractère non-contraignant des raisons sur lesquelles se fonde la décision de la majorité. Cette stratégie se traduit généralement par des engagements dans un style plus subjectif, moins démonstratif que la première stratégie¹³².

Pour autant, les critiques formulées peuvent porter plus profondément, dans le cadre de la discussion générale sur les droits de l'homme en Europe, que celles étudiées sous le régime de la première stratégie. Un exemple typique à cet égard se trouve dans l'opinion dissidente du Juge Bonello à l'arrêt *Chapman* citée à la fin du chapitre précédent. Nous nous trouvons là à n'en pas douter dans une configuration où la controverse judiciaire en matière de droits de l'homme porte au plus haut degré dans la rationalité et la délibération pratiques : pour le dire avec les mots de Perelman, on se trouve là dans une situation où « l'on

¹³⁰ *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (Plénière), opinion citée, p. 37.

¹³¹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 660.

¹³² Concernant l'opinion précédente du juge Van Dijk, la proposition « la Cour aurait dû » est précédée de l'engagement subjectif « j'estime que ».

transpose immédiatement la possibilité de contestations en une quête des fondements » (cité *supra*, ch. 4).

La mise en œuvre d'une telle stratégie n'est pas le marqueur d'un clivage idéologique dans la Cour européenne. La formulation la plus forte des enjeux épistémiques de la résolution des incertitudes en matière de droits de l'homme se trouve peut-être dans l'opinion dissidente du Juge Walsh dans l'affaire *Dudgeon*. Il pose de manière extrêmement claire l'alternative dans laquelle se trouvent les juges européens en tant « qu'arbitres rationnels » dès lors que la question de la mission d'une Cour européenne des droits de l'homme se trouve posée :

On en arrive alors à la question philosophique séculaire de savoir quel est le but du droit. *Existe-t-il un domaine de la morale qui ne concerne pas le droit, ou celui-ci se préoccupe-t-il à juste titre de principes moraux ?* [...] Lord Devlin fait valoir que le droit existant pour protéger la société, il ne doit pas seulement protéger l'individu contre les dommages, la corruption et l'exploitation, mais il « doit protéger aussi les institutions et la communauté d'idées, politiques et morales, sans lesquelles les gens ne peuvent pas vivre ensemble. La société ne peut faire abstraction de la morale de l'individu pas plus que de sa loyauté; elle puise sa force dans les deux et à défaut de l'une ou l'autre elle meurt ». [...] La thèse opposée, qui remonte dans la doctrine anglaise à John Stuart Mill, est que le droit ne doit pas s'ingérer dans des questions de morale privée plus qu'il n'est nécessaire pour préserver l'ordre public et protéger les citoyens contre ce qui est blessant et choquant et qu'il existe une sphère de la morale qu'il vaut mieux laisser à la conscience individuelle, comme s'il s'agissait d'une liberté de pensée ou de croyance.¹³³

Cette opinion témoigne de l'orientation téléologique de la seconde stratégie de réfutation distinguée dans les opinions dissidentes dans la jurisprudence relative à l'art. 8 avant 2004 : *in fine*, la question des buts de la protection des droits de l'homme en Europe est posée. Par contraste, la première stratégie peut être considérée comme s'attachant à l'orientation fonctionnelle du raisonnement des contradicteurs. Par la première, il s'agit d'opposer aux juges européens, « arbitres rationnels » par la force des choses, les contraintes de leur charge ; par la seconde, il s'agit de leur en opposer les responsabilités.

¹³³ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Pléniaire), arrêt cité, op. part. diss. Juge Walsh, p. 36-37.

Conclusion

En descendant au plus près des « manipulations des énoncés de faits », en cherchant à distinguer leur « syntaxe » particulière dans le contexte des débats à la Cour européenne des droits de l'homme, l'analyse argumentative de la jurisprudence conduit à réinvestir la question générale de la protection des droits de l'homme en Europe, à savoir la liaison entre la création d'un « ordre public » des limites de l'action de l'Etat vis-à-vis des personnes et le développement d'une sociabilité à l'échelle européenne.

La réponse à cette question touche à la définition du « but du droit ». Dans une certaine mesure, savoir si le droit touche à tous les domaines de la morale ou s'il doit observer au contraire la plus grande parcimonie dans son intervention est un acte de politique juridique, voire de politique "tout court". Concernant la politique juridique, la réponse est déterminante s'agissant de l'interprétation d'un « consensus » se faisant jour entre les Etats européens. Si le droit vise la protection de l'autonomie individuelle, tout signe de consensus fournira une raison à une interprétation dynamique ou extensive de la Convention (comme instrument vivant) ; si, au contraire, « la loi aide à influencer sur les attitudes morales », un consensus existant sera toujours suspendu aux exceptions qui le rendent imparfait (par application de la subsidiarité, une interprétation restrictive l'emportera). En témoigne l'avis suivant du Juge Walsch dans l'affaire précitée :

A mes yeux, la mention par la Cour du fait que dans la plupart des États membres du Conseil de l'Europe, les actes homosexuels commis en privé entre adultes ne sont plus des infractions pénales [...], ne fait pas vraiment avancer l'argument. Les vingt et un pays qui forment le Conseil de l'Europe s'étendent géographiquement de la Turquie à l'Islande et de la Méditerranée au Cercle arctique et embrassent des variétés considérables de culture et de valeurs morales.¹³⁴

Du point de vue de la jurisprudence relative à l'art. 8, il est raisonnable d'estimer que le principe de parcimonie tend à l'emporter durant la période sur la tentation de l'activisme. Cela ne présume cependant d'aucune évolution future, encore moins concernant l'évolution ultérieure de la problématique dans

¹³⁴ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Pléniaire), arrêt cité, op. part. diss. Juge Walsh, p. 39-40.

chaque Etat partie à la Convention européenne (niveau de la politique "tout court"). Autrement dit, la confrontation des raisons ne rend pas les idiosyncrasies impossibles ; elle les rend cependant discutables (vulnérables ?).

D'un point de vue épistémologique, j'ai seulement entendu montrer dans ce chapitre que la « réfutation » constitue un moyen de continuer la discussion qui est tout aussi rationnel que la « coopération ». Autrement dit, le « procès » ou le « débat » constituent des contextes argumentatifs dans lesquels une discussion rationnelle sur les droits de l'homme peut s'établir. Mais est-ce que le fait que la jurisprudence européenne puisse être appréhendée comme une forme de « discussion rationnelle » implique pour autant l'instauration d'une forme de « communauté épistémique » entre les participants aux débats sur les droits de l'homme ? Les stratégies argumentatives concurrentielles qu'ils développent pour faire prévaloir leurs opinions n'instaurent-elles pas entre eux des relations de conflictualité rendant illusoire toute forme de « communauté », qu'on en cherche le modèle aussi bien du côté de la communauté des savants que de la communauté politique ? Il y a bien, au terme de cette étude, une réponse à apporter sur un point resté en suspens, à savoir le lien entre le procès en matière de droits fondamentaux et le développement d'une « sociabilité » (*supra*, ch. 1).

Le soupçon d'une répulsion entre conflictualité et sociabilité est relative à une anthropologie de l'argumentation dont la principale conséquence est le rejet des procédés discursifs tournés vers l'efficace persuasive. Au regard de cette anthropologie des interactions langagières, la valeur rationnelle d'une communication réussie dépendrait de l'exclusion de tout procédé argumentatif visant à augmenter les chances d'un orateur d'emporter la conviction de son auditoire. Autrement dit, la vérité naîtrait de la capacité des interlocuteurs à s'accorder sur des opinions tenues pour vraies indépendamment de l'intervention de procédés rhétoriques. Toute « proportion des esprits » qui se réaliserait par l'intervention de stratégies visant l'efficacité discursive serait suspecte car « les plus ridicules sottises rencontrent toujours des esprits auxquels elles sont proportionnées [...] Quelques extravagans que soient ces raisonnements, il se trouve des personnes qui les débitent, & d'autres qui s'en laissent persuader¹³⁵ ». Le rôle d'une théorie de l'argumentation, comme de la logique, serait de prendre le contrepied de cette « Rhétorique » :

¹³⁵ Arnould, Nicole, *La logique ou l'art de penser*, op. cit., p. 17.

Ainsi tout consiste presque à s'éloigner de certaines mauvaises manières d'écrire & de parler, & sur-tout d'un stile artificiel & rhétoricien composé de pensées fausses & hyperboliques & de figures forcées, qui est le plus grand de tous les vices. Or l'on trouvera peut-être autant de choses utiles dans cette Logique pour connoître & pour éviter ces défauts, que dans les livres qui en traitent expressément.¹³⁶

Cette approche de la communication entre les hommes et d'un état de communauté épistémique qui peut en découler (la « proportion des esprits ») repose sur une anthropologie du sujet comme un être social : « *ce qui rend [...] la solitude ennuyeuse à la plûpart du monde, est, que les séparant de la vûe des hommes, elle les sépare aussi de celle de leurs jugemens & de leurs pensées. Ainsi leur cœur demeure vuide & affamé, étant privé de cette nourriture ordinaire & ne trouvant pas dans soi-même de quoi se remplir*¹³⁷. » Mais c'est encore un motif anthropologique qui fait que cette quête de sociabilité à travers le discours se révèle souvent vaine : « *L'esprit des hommes n'est pas seulement naturellement amoureux de soi-même, mais il est aussi naturellement jaloux, envieux, & malin à l'égard des autres : il ne souffre qu'avec peine, qu'ils ayent quelque avantage [...] & comme c'en est un que de connoître la vérité [cela] engage souvent à combattre sans raison les opinions, & les inventions des autres*¹³⁸. » Cette anthropologie conduit à un rejet de l'argumentation sous ses modalités éristiques, rejet que l'on rencontre aujourd'hui à travers la défense d'un privilège épistémique du « dialogue coopératif » sur toute autre forme d'interaction argumentative, généralement réduite à une variante de discussion ordinaire, quotidienne.

Je crois que les motifs anthropologiques, particulièrement l'insociable sociabilité argumentative des individus¹³⁹, ne suffisent pas à invalider une forme éristique d'interaction dialogique. Ou alors, l'argument anthropologique peut être renversé au détriment des modes coopératifs d'interlocution. Admettons

¹³⁶ Arnauld, Nicole, *La logique ou l'art de penser*, op. cit., p. 29.

¹³⁷ Arnauld, Nicole, *La logique ou l'art de penser*, op. cit., p. 81.

¹³⁸ Arnauld, Nicole, *La logique ou l'art de penser*, op. cit., p. 265-266.

¹³⁹ Arnauld, Nicole, *La logique ou l'art de penser*, loc. cit. : « C'est la source de l'esprit de contradiction si ordinaire parmi les hommes, & qui les porte, quand ils entendent ou lisent quelque chose d'autrui, à considérer peu les raisons qui les pourroient persuader, & à ne songer qu'à celles qu'ils croient pouvoir opposer : Ils sont toujours en garde contre la vérité, & ils ne pensent qu'aux moyens de la repousser & de l'obscurcir ; en quoi ils réussissent presque toujours, la fertilité de l'esprit humain étant inépuisable en fausses raisons. »

qu'on ne trouvât « qu'amour de soi et haine de l'autre » au fondement de l'interaction des participants aux débats sur les droits de l'homme, cela ne prouve pas que la controverse ne peut receler des qualités épistémiques suffisantes pour un développement rationnel des droits. En quoi le désir de déceler des failles dans le raisonnement de l'adversaire (l'enjoignant à se prémunir d'attaques éventuelles) serait-il une garantie de validité moins forte que la volonté d'éviter les paralogismes dans la collation des croyances vraies ? Il n'est pas certain qu'une inimitié profonde entre deux interlocuteurs représente un risque d'irrationalité plus grand pour la délibération pratique que le conformisme éventuel des gens de bonne volonté :

Il se trouve des personnes principalement parmi ceux qui hantent la Cour, qui reconnoissant assez combien ces humeurs contredisantes sont incommodes & desagreables, prennent une route toute contraire, qui est de ne contredire rien, mais de louer et d'approuver tout indifféremment ; & c'est ce qu'on appelle complaisance, qui est une humeur plus commode pour la fortune ; mais aussi désavantageuse pour le jugement : car comme les contredisans prennent pour vrai le contraire de ce qu'on leur dit, les complaisans semblent prendre pour vrai tout ce qu'on leur dit ; & cette accoûtumance corrompt premièrement leurs discours, & ensuite leur esprit.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Arnauld, Nicole, *La logique ou l'art de penser*, op. cit., p. 271.

Conclusion générale.

« Rien ne nous oblige [...] à mettre sur le marché ces vastes constructions, dès lors que nous en éprouvons les faiblesses épistémologiques [Cependant,] notre souci principal dans l'épistémologie pratique [...] ressortit à la protection des consommateurs bien plus qu'à la condamnation des producteurs¹. »

Cette étude aura été animée du souci d'une « épistémologie pratique » qui, selon moi, concerne autant la pratique que la théorie de la délibération. Rien, il est vrai, n'oblige le philosophe à élaborer de « vastes constructions » pour rendre compte de la rationalité d'un mode de gestion des incertitudes pratiques. Pas même un besoin, ou une attente, de la part des praticiens. Mais quelques résultats de cette étude me permettent d'objecter que rien, non plus, n'oblige les praticiens à élaborer de « vastes constructions » juridiques par lesquelles ils peuvent leur arriver de créer moins de coordination que de conflictualité, moins de « sociabilité » que d'incertitudes : *“Finally, “design” seems to imply that designers have the freedom to act otherwise, that their designs are “choices”².”*

Le statut de « designer » n'est pas seulement problématique car on peine à savoir s'il maîtrise son « design » ou s'il est gouverné par lui³. Il l'est certainement plus encore parce que la compétence de « designer » n'est pas, de loin, « la chose du

¹ Gardin, *La logique du plausible*, op. cit., p. 281 et p. 287.

² Wendt, "Driving with the Rearview Mirror...", op. cit., p. 1038.

³ Wendt, "Driving with the Rearview Mirror...", op. cit., p. 1033 : “Are institutional designers causes or effects of their designs? [...] Designers could be constructions of designs in two ways, causally and constitutively. First, institutional designs today may play a causal feedback role in constructing the actors who make designs tomorrow. [...] A second kind of feedback on actors occurs when institutions affect designers' identities and interests.”

monde la mieux partagée par tous » tandis que les conséquences du « design », elles, le sont sans aucun doute. Rousseau conspuait le premier designer à travers celui « qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : Ceci est à moi », mais il n'oubliait pas de critiquer aussi ceux qui se trouvèrent « assez simples pour le croire ». Peut-être faudrait-il encore plus simple pour croire souhaitable l'absence d'institutions ; quoi qu'il en soit, à aucun moment dans cette étude, il n'a été question de remettre en cause l'importance du « contrôle social », donc des institutions (ch. 3). Seulement, la nécessité ou l'utilité ne doivent pas contraindre la réflexion : ni l'une, ni l'autre ne déterminent la « rationalité » d'un choix institutionnel, et celle-ci ne permet pas non plus de préjuger de sa « légitimité ».

Il y a une manière politique de répondre à cet enjeu de la « légitimité » des institutions. Elle consiste à partir du constat de l'insuffisance d'un critère de « rationalité » ou de « praticabilité » des institutions :

Is it good that the designers of international institutions are "rational?" Not necessarily – that depends on what their designs are for. The possibility that the institutions set up by the Nazis or Imperial Japanese were rational does not mean they should be repeated.⁴

Sous cet angle, le paradoxe du « design » (peu décident, tous en « souffrent » les conséquences⁵) ne peut être réduit à un sophisme populiste. Il pose la question d'une communauté de destin entre les hommes tant à l'intérieur d'un Etat qu'au niveau international. Le premier élément de réponse à ce paradoxe est juridique, il tient à un principe général (*pacta tertiū nec nocent nec prosunt* ; ch. 1). Cette réponse, cependant, est insuffisante car, d'une part, elle n'est pas applicable dans l'ordre interne où les citoyens sont tenus d'accepter les conséquences des choix étatiques et, d'autre part, les conséquences d'un choix institutionnel excèdent les seuls effets juridiques qu'on peut lui attacher en droit international : les accords ignominieux, comme les comportements déviants, ont des « coûts » qui retentissent sur tous les acteurs internationaux, et les populations. C'est la raison pour laquelle la première réponse à la légitimité des institutions est politique : elle consiste à traiter de la rationalité du « design institutionnel »

⁴ Wendt, "Driving with the Rearview Mirror...", op. cit., p. 1045.

⁵ J'emploie « souffrir » pour sa connotation de passivité ; il va de soi que les institutions peuvent avoir des conséquences heureuses pour leurs sujets.

comme d'un problème de vote par lequel il est possible de s'assurer de la représentativité des institutions et de l'engagement des acteurs. Il s'agit d'un principe participatif, qui s'est progressivement instauré dans les relations internationales après 1945, en vertu duquel une « bonne » décision est une décision prise sur la base la plus large possible. Le système conventionnel européen de protection des droits de l'homme est le résultat d'une telle concertation des Etats. J'ai examiné dans la première partie de cette étude la « rationalité » du système européen sous cet aspect institutionnel (ch. 2).

J'ai défendu, dans les deux parties suivantes, la thèse d'une réponse épistémique à l'enjeu de la légitimité des institutions. Car on sait combien, même dans sa traduction démocratique, le « vote » ne suffit pas pour résoudre tous les problèmes de « rationalité ». De nombreuses études ont montré, au niveau de la décision publique, les « faiblesses épistémologiques » des constructions institutionnelles fondées sur le principe participatif : parfois, la majorité tendra à privilégier des choix sous-optimaux ou inefficients⁶. Ces irrationalités de la majorité existent aussi dans les délibérations et les évaluations pratiques. De ce point de vue, les institutions seront rationnelles dans la mesure où elles seront capables de se démarquer de l'expression majoritaire. Tout le « design » démocratique est fondé sur le refus de considérer la représentation politique comme l'expression d'un mandat contraignant des votants pour les choix qui relèvent de la délibération et des évaluations pratiques. Au contraire, des choix politiques « rationnels » ou « légitimes » pourront être faits à la condition de considérer les élus comme indépendants des préférences de leurs électeurs⁷. Cette défiance à l'égard de la démocratie directe n'est pas politique, elle est épistémique. Nous la retrouvons, à l'identique, au fondement de notre

⁶ Voir Emmanuel Picavet, "Contrat social néo-libéral et pensée du déclin", Thomas Berns, *et al.*, *Philosophie de l'impôt*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 183 : « les projets approuvés par la majorité seront quelquefois inefficients, selon toute vraisemblance. La majorité pourra en effet imposer à la minorité des coûts nets dépassant les avantages nets reçus par la majorité elle-même (dès lors que la minorité n'a pas la possibilité concrète de s'arranger avec la majorité pour l'éviter). »

⁷ Voir Erwin Chemerinsky, Frances Olsen, "The Supreme Court, 1988 Term", *Harvard Law Review*, 103-1, 1989, p. 65 : "Although the right of the people to issue binding instructions to representatives was common until the 1780's and was originally included in the proposed amendments that constituted the Bill of Rights, James Madison and Alexander Hamilton led the fight against such mandates. They argued that representatives should exercise independent judgment and not be bound to follow the preferences of the voters. Elected officials were to deliberate and follow their consciences, not slavishly obey public sentiment." Voir aussi Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, op. cit., p. 369-370 : "representation may be more consistent with political equality in some cases than direct democracy alone."

conception de la rationalité judiciaire dans « l'indépendance » des tribunaux, notamment lorsqu'ils sont constitués de juges élus comme c'est le cas à la Cour européenne des droits de l'homme.

La réponse épistémique à la légitimité des institutions réside dans le traitement de la « rationalité » des choix ou des décisions fondés sur des interprétations ou des évaluations qualitatives (ch. 4) en termes de « justification » ou « d'acceptabilité rationnelle » :

Legal [decision-making] ought to attempt to reach such legal interpretations that could secure the support of the majority *in a rationally reasoning legal community*. [...] In the same way as empirical investigations are trying to approximate truth the goal of legal [decision-making] is to maximalize the *rational acceptability*. [...] This does not mean an acceptance of some kind of “voting theory of truth”. The idea is not to say that people must have an opportunity to vote about a norm standpoint and, if the majority votes for that standpoint, it also is true in that society.⁸ (je souligne)

Dans cette perspective épistémique, le contraste entre les faibles opportunités de se comporter en « designer » et la certitude d'en souffrir les conséquences est ambivalent. D'un côté, ce contraste est une condition de rationalité : il en va de la distinction entre « l'acceptabilité rationnelle » des décisions et leur acceptation empirique par les sujets d'une institution. D'un autre côté, cependant, n'est-ce pas là consacrer comme instance rationnelle simplement une « communauté officielle » (ch. 4), celle des décideurs ?

Cette ambivalence nous invite à la plus grande circonspection au moment de considérer toute tentative d'institutionnaliser un pan du « vivre ensemble » ou de soumettre à la contrainte juridique des formes d'interactions qui pourraient aussi bien trouver à se réguler spontanément (dans la mesure où elles ne portent pas préjudice à autrui, ne s'analysent pas comme des abus de droit). Y-compris dans les domaines juridiques fondamentaux (j'ai étudié ici les droits de l'homme, mais on peut aussi penser à la bioéthique), toute prétention législative ou institutionnelle ne participe-t-elle pas nécessairement de la consécration, comme index de rationalité, d'une « normalité » sociale dont les « designers » seront les porteurs plus ou moins conscients ? Il est certain, en tout cas, que tout système

⁸ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, op. cit., p. 227.

de droits ou d'obligations constituera un « patron » auquel les revendications devront être rapportées avant d'être reconnues comme valides⁹. Ceci peut se traduire, en matière de droits fondamentaux, par un renforcement du paradoxe précédent : non seulement, les opportunités de se trouver en position d'exercer la compétence de « designer » seront rares, mais les conséquences des défaillances d'un design institutionnel porteront proportionnellement plus à la périphérie du système qu'en son centre.

Il ne fait pas particulièrement bon, en Europe, vouloir mourir lorsqu'on ne peut soi-même mettre fin à ses jours, vouloir vivre en caravane lorsqu'on est tzigane ou se rendre à la plage lorsqu'on est handicapé¹⁰. Pourtant, indépendamment de nos convictions individuelles, nous ne pouvons pas réduire les revendications des requérants, dans ces trois situations, à de simples abus de droit. On répondra, et je l'ai moi-même fait largement dans cette étude, que le rejet de ces revendications par les juges européens s'explique par des caractéristiques du système conventionnel (ch. 5), notamment la « marge d'appréciation » laissée aux Etats dans l'organisation de leur ordre juridique interne. Seulement, ces caractéristiques du design conventionnel conduisent à la constitution d'une « courbe d'indifférence » (ch. 6) au regard de laquelle certaines situations n'ont que de faibles chances d'acquiescer une reconnaissance juridique. Cette constitution du « design » européen ne conduit-elle pas à accorder de fait un privilège exorbitant aux valeurs majoritaires dans les sociétés européennes ? Nous pouvons au minimum nous demander de quelle « marge d'appréciation » nous finissons par parler : „*Einschätzungsspielräume*“ des Staates oder der Gesellschaft?¹¹ Dans le cas le plus favorable, une telle inversion aurait pour effet que de nombreuses restrictions dans la libre détermination des individus seraient le résultat d'évaluations par défaut en raison d'une indifférence (ou insensibilité) du système ; au maximum, elle signifierait la consécration d'une prééminence de certaines formes de vie, de certains choix individuels sur d'autres choix possibles, minoritaires ou marginaux.

⁹ Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, op. cit., p. 41 : „Gemeinschaftsinteressen“ oder konkurrierende Grundrechtsgüter [können] nur innerhalb der Muster zur Geltung gebracht werden.“

¹⁰ Voir respectivement : *Pretty c. Royaume-Uni* (Section), arrêt cité ; *Chapman c. Royaume-Uni* (Plénière), arrêt cité ; *Botta c. Italie* (Chambre), arrêt cité.

¹¹ Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, loc. cit.

Ce paradoxe renforcé du « design » institutionnel (les conséquences négatives d'un système portent proportionnellement plus à sa périphérie) ne doit pas, lui non plus, être réduit à un sophisme populiste. Car il nous incite à une réflexion sur la liaison entre institutions et sociabilité. J'ai défendu que le projet européen participe d'une ambition de renverser l'adage traditionnel *ubi societas, ibi jus* (ch. 1) : la consécration juridique des droits de l'homme en Europe résulte de l'ambition d'établir des liens de sociabilité sur la base de l'adoption antécédente de règles communes (*ubi jus, ibi societas*). Il est tentant de disqualifier cette ambition dès lors que l'on admet que tout système juridique, toute forme institutionnelle, traduit une « normalité » des choix de vie et des valeurs individuelles au regard de laquelle d'autres choix possibles (non réductibles à des abus de droit) ne trouveront pas les moyens de se réaliser. Ce qui est déjà problématique lorsque le droit sanctionne des formes préexistantes de sociabilité apparaît déraisonnable et illégitime dès que l'on inverse la proposition (du moins dans une conception séculière du droit comme construction sociale). N'est-ce pas une prétention exorbitante des « designers » que de fonder une sociabilité entre les hommes ?

Les juges européens parviennent à contenir, dans une certaine mesure, ces effets négatifs par le principe d'interprétation de la Convention comme un « instrument vivant ». Il faut cependant prendre acte des limites de leur contrôle et de la Convention européenne des droits de l'homme, limites qui aboutissent à la reconnaissance lacunaire des droits civils et politiques (on a droit au respect de son domicile, pas à un domicile) et à la très grande difficulté (quasi-impossibilité) de revendiquer efficacement des droits économiques ou sociaux (santé, travail), culturels ou collectifs (minorités, environnement).

Au terme de cette étude, je peux répondre de la manière suivante à la question précédente. D'une part, il ne peut être question de penser que le système conventionnel européen établit une « sociabilité » au sein du Conseil de l'Europe dans les termes d'une communauté de destin entre les hommes. C'est là, certainement, la principale différence du régime de droit instauré par la Convention par rapport à un régime constitutionnel : nous restons dans le cadre du modèle d'une « collectivité de code » opposée à une « collective de principe »¹². On ne peut attendre d'un requérant qui ne peut faire valoir des

¹² Dworkin, *L'empire du droit*, op. cit., p. 376 : « Une collectivité de principe ne voit pas la législation comme le fait une collectivité de code, en tant que compromis négociés qui ne comportent pas davantage de significations ou une signification plus profonde que ne le déclare

choix individuels qui lui paraissent légitimes qu'il « accepte de voir sa destinée liée fortement » à celle des autres parce qu'ils sont « gouverné[s] par des principes communs, et pas seulement par des règles élaborées dans un compromis politique ». Les paradoxes du design institutionnel nous imposent au contraire de lui conserver la liberté « [d'essayer] de planter le drapeau de ses convictions sur le plus grand territoire de pouvoir ou de règles possible »¹³. D'autre part, cette modestie relative vis-à-vis du type de sociabilité qui peut être visée à travers la protection des droits de l'homme en Europe apparaît comme une condition de rationalité du « procès ». C'est par cette capacité reconnue aux individus de refuser, pour des raisons circonstanciées, de se considérer comme solidaires d'une communauté de destin dans laquelle ils ne pourront pas réaliser certains choix personnels qu'une récursivité (une « mise à l'épreuve » constante) peut s'initier dans le processus de définition des droits (ch. 4). C'est sans doute la fonction des droits de l'homme (à la différence des droits du citoyen ou constitutionnels) que de préserver dans les ordres démocratiques cette capacité d'insurrection contentieuse face aux défauts des « designs » sociaux dans leur fonction d'évaluation des choix individuels.

Cette réponse à la question initiale de la liaison entre droits de l'homme et sociabilité laisse suffisamment apparaître les doutes qu'on peut former concernant les « faiblesses » d'une « construction » aussi « vaste » que la protection des droits de l'homme au Conseil de l'Europe. Mais l'affirmation d'un rôle du procès pour contrebalancer les limites du « design » institutionnel des droits de l'homme en Europe est-elle fondée ?

RESULTATS

Critiquer les réalisations institutionnelles est certainement nécessaire, et cela peut aussi être utile. Mais là encore, il est difficile de considérer que ces deux conditions suffisent à garantir la « rationalité » des constructions théoriques par lesquelles on entend le faire. J'ai proposé dans cette étude une « construction » théorique du « procès » par laquelle concevoir sa fonction épistémique dans l'émergence d'une « signification objective » des droits de l'homme en Europe (introduction générale). Concernant cette « construction » philosophique que

le texte de la loi ; elle considère la législation comme résultat de l'engagement actuel de la collectivité à un système de morale politique de base. »

¹³ Dworkin, *L'empire du droit*, op. cit., p. 232-233. Voir aussi p. 231.

j'ai élaborée dans cette étude, le principal doute qu'on peut élever concernant ses « faiblesses épistémologiques » touche à la pertinence de cette représentation instrumentale, stratégique, du « procès » qui s'est imposée progressivement dans mon analyse.

i. résultat 1 : un état de convergence théorique

J'ai essayé de distinguer à différents niveaux les arguments favorables à cette approche. Ce faisant, j'ai pris le parti d'une forme d'approche holiste (avec toutes les réserves de rigueur¹⁴) combinant trois points de vue, institutionnel, épistémologique et argumentatif. Si une thèse se dégage de cette confrontation large du « procès » à ses lectures possibles, c'est celle d'une convergence des approches théoriques contemporaines de la fonction contentieuse non seulement sur un paradigme communicationnel (opposé à contractuel) du droit mais aussi, concernant les approches légitimant le contentieux comme instance de réalisation d'une discussion rationnelle sur les droits fondamentaux, sur une déclinaison opérative ou interprétativiste de ce paradigme (R. Kolb, R. Alexy).

Une telle approche présente l'avantage, lorsqu'il s'agit d'établir la « rationalité » d'une pratique, de ne pas la « redimensionner » aux exigences de la théorie (ch. 1). Cela permet, à tout le moins, d'opposer à une conception normative de l'argumentation en contexte pratique, caractérisée par le postulat d'un privilège épistémique de la « coopération » ou du « dialogue heuristique », qu'elle est elle-même exposée à des effets d'irrationalité dus à cette configuration argumentative (ch. 6, *in fine*). Objection futile ? Non, dans la mesure où c'est bien sur ce terrain que se construit la critique des formes quotidiennes ou éristiques d'argumentation : « pour un acteur qui forge ses décisions en vertu de la liberté subjective, le fait que les raisons qui sont *pour lui* déterminantes puissent être acceptées par autrui ne joue aucun rôle¹⁵. » Mais s'en tenir à cette

¹⁴ Le terme est souvent galvaudé ; je l'utilise dans un sens épistémologique comme désignant « une thèse selon laquelle nos énoncés [...] sont jugés [...] non pas individuellement, mais collectivement » (Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, op. cit., p. 294) et au sens méthodologique dans un sens proche de « l'organicisme » selon lequel « certains systèmes (par ex. les sociétés humaines), qui ne sont pas des organismes au sens littéral, se comportent néanmoins comme des organismes, dont on ne peut comprendre les parties qu'eu égard aux fonctions qu'elles exercent à l'intérieur d'un tout » (Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, op. cit., p. 293).

¹⁵ Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 137. Se rappeler aussi cet extrait : « dans le débat, [...] chaque interlocuteur n'avancerait que des arguments favorables à sa thèse et ne se préoccuperait des arguments qui lui sont défavorables que pour les réfuter ou en limiter la portée » (Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 49).

objection équivaldrait à botter en touche : encore faut-il disposer d'un modèle épistémologique pertinent de la confrontation éristique pour en traiter comme d'une instance de confrontation rationnelle des arguments.

J'ai proposé une réponse à cette question à deux niveaux. Premièrement, j'ai dégagé (ch. 4) une *condition logique* qui s'impose à l'argumentation pour constituer un moyen de traiter des incertitudes pratiques de manière rationnelle : les arguments doivent présenter une « structure » par laquelle on peut juger des inférences opérées par l'orateur, partant des éléments d'accord sur lesquels il se fonde (et qu'il partage avec son auditoire) pour porter la discussion (et l'acceptation de son auditoire) vers des conclusions inédites, ou du moins auxquelles il entend conférer une validité inédite dans « l'ensemble de la situation argumentative » (ou « contexte rationnel »). Cette montée doxastique d'une « conviction » du statut de croyance individuelle à celui « d'objet d'accord » signale un changement qualitatif dans la « communauté des esprits » entre l'orateur et son auditoire : cette communauté devient « communauté épistémique » puisque l'élévation de la croyance individuelle au statut d'un « objet d'accord » sanctionne un processus de raisonnement et la reconnaissance de « l'acceptabilité rationnelle » de cette croyance. Est-ce là trop prêter à l'acceptation d'un groupe social ? On ne peut dénier *a minima* la structure inférentielle de ce processus par lequel un orateur aura su conduire son auditoire, par « l'articulation de raisons » (R. Brandom) dans une argumentation, à « adhérer » à une thèse qu'il refusait ou dont il doutait précédemment. Bien entendu, on pourra toujours objecter du caractère intersubjectif de cette objectivité d'une « croyance justifiée ». J'ai montré dans le ch. 4 qu'il n'y a pas là de quoi destabiliser un épistémologue contemporain. Dès lors, il n'y a pas plus à douter de la pertinence d'un critère « d'acceptabilité » comme indice de la rationalité d'une discussion en contexte pratique :

Rational acceptability as a regulative principle for legal dogmatics has the same role as truth in empirical sciences.¹⁶

Ce faisant, la thèse d'une transposition du modèle de la « communauté épistémique » à la délibération s'inscrit dans le paradigme de « l'épistémologie sociale ». Transposer cette « épistémologie sociale » du domaine des pratiques scientifiques au domaine des pratiques judiciaires n'est pas insignifiant. Cela

¹⁶ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, loc. cit.

permet d'inscrire la théorie de l'argumentation dans une tradition européenne de la philosophie du droit alors qu'on aurait plutôt tendance, intuitivement, à considérer qu'elle sied plutôt à une forme d'interrogation pragmatique et à une théorie du droit inspirée des méthodes de *common law*. Bien au contraire, le développement de méthodes d'adjudication qui remettent en cause la structuration « catégorique » du raisonnement juridique (R. Alexy, ch. 6) fournit l'occasion aux théoriciens du droit de développer une approche des pratiques continentales ancrée dans le paradigme social, en témoigne l'étude de la proportionnalité dans la dogmatique des droits fondamentaux publiée par Karl-Heinz Ladeur en 2004¹⁷. Il y a là plus qu'un motif de passer outre les différences entre les modes de raisonnement (les « logiques » juridiques) en vertu desquelles nous serions enclins à penser qu'une « vérité » en-deçà deviendrait « fausseté » au-delà, non des Pyrénées mais de l'Atlantique. Il y a là surtout une manière de prendre position dans le paradigme du droit comme « communication » et d'en faire un élément déterminant pour le développement d'une démarche comparative rigoureuse¹⁸. Et, dans cette prise de position, les théoriciens européens peuvent faire valoir l'importance d'une épistémologie, complémentaire mais distincte d'une pragmatique.

ii. *résultat 2 : une valeur épistémique de la réfutation*

Le deuxième niveau auquel j'ai proposé d'établir la rationalité de la confrontation éristique, du débat judiciaire sur les droits de l'homme, est celui d'une *condition épistémique* : les arguments doivent s'inscrire dans une interrelation de type dialogique où la « réfutation » constitue, au même titre que la « justification », une procédure d'évaluation rationnelle de la validité d'un argument (ch. 6). On pourrait penser que les résultats de mon étude sont très (trop) limités à cet égard car, en vertu de l'objet considéré, je n'ai établi cette fonction épistémique de la réfutation qu'à travers l'analyse des stratégies de contradiction entre les juges dissidents et les juges de la majorité à la Cour européenne.

Il est cependant possible, sans abus, de généraliser les résultats obtenus de ce point de vue. En effet, j'ai distingué deux stratégies « quelconques » (F.

¹⁷ Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, op. cit.

¹⁸ Van Hoecke, *Law as Communication*, déjà cité, et aussi Van Hoecke, "Hohfeld and Comparative Law", op. cit.

Gonseth) par lesquelles l'opposant d'une thèse peut se porter en « challenger » de sa validité. En tant que telles, l'objection qui peut être opposée à ces deux stratégies consiste à se demander si elles suffisent à rendre compte des stratégies possibles en matière de réfutation, non si elles peuvent être appliquées dans un autre contexte. A cet égard, elles présentent une généralité suffisante pour garantir leur mise en œuvre indépendamment du seul contexte dans lequel je les ai décrites pour des raisons de corpus. En effet, les deux stratégies peuvent être rapprochées des « usages argumentatifs » distingués par Perelman par rapport à la question de la « plasticité des notions ». En ce sens, dans la réfutation comme dans tout autre mode (y compris heuristique) d'argumentation, le locuteur a le choix de fonder son raisonnement sur un état des représentations, visant à « une augmentation de l'adhésion à ce qui est déjà admis¹⁹ », ou bien à « influencer sur [la] confusion » des notions afin d'en promouvoir un usage extensif. Dans le cadre d'une réfutation, que l'on oppose à un proposant « l'usage normal » d'une notion ou, au contraire, que l'on dénonce « le caractère figé de [ses] concepts », « l'usage des notions en fonction du désir de valoriser ou de dévaloriser ce qu'elles qualifient n'est pas sans influencer profondément sur leur signification²⁰ ».

La différence que je crois notable entre les deux stratégies touche au fait que, dans l'une, la conséquence épistémique de la réfutation touche à la disqualification de l'argument de l'adversaire tandis que dans l'autre, cette conséquence touche à la continuation de la discussion. Dans un cas, l'opposant signifie au proposant qu'il n'est pas habilité à user des notions en cause de la manière dont il l'a fait (il a rompu l'engagement épistémique qui le liait à son auditoire) ; dans l'autre il lui signifie qu'il n'y est pas obligé (en contexte pratique, la contrainte épistémique n'est pas forte au point de déterminer le raisonnement). J'ai proposé de décrire ces stratégies de réfutation comme des manières différentes d'imputer à « l'adversaire » la posture « d'adjudicateur rationnel » (ch. 6), soit pour lui en rappeler les contraintes, soit pour lui en rappeler les responsabilités. De ce point de vue, la distinction en question semble couvrir l'ensemble de la situation épistémique dans un contexte inférentiel (où il s'agit d'évaluer la pertinence et la suffisance de « raisons » à l'appui d'une proposition). Robert Brandom distingue à ce titre deux niveaux sur lesquels porte l'adjudication rationnelle d'une proposition. Le premier

¹⁹ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 72.

²⁰ Perelman, Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 188.

niveau est épistémique, il porte sur les contenus (*intercontent*) ; le second est pragmatique, il porte sur les relations interpersonnelles (*interpersonal*). Dans le premier niveau, il distingue entre « contrainte » (*commitment*) et « latitude » (*entitlement*) les deux conditions sous lesquelles une inférence peut être justifiée. Dans le second niveau, « l'autorité » (*authority*) et la « responsabilité » (*responsibility*) traduisent dans la relation argumentative les deux conditions précédentes. En conséquence, rappelons-nous cet extrait de Robert Brandom,

conceptual content is not only *inferentially* articulated but also *socially* articulated. The game of giving and asking for reasons is an essentially *social* practice. [...] The story I want to tell, then, is how the implicit representational dimension of the inferential contents of claims arises out of the difference in social perspective between *producers* and *consumers* of reasons.²¹

Une telle convergence entre les modèles théoriques (*supra*, 2^e partie) et les résultats de la description des pratiques linguistiques (*supra*, 3^e partie) me paraît essentielle. J'ai défendu dans le ch. 6 que l'enjeu de rationalité, ou de robustesse épistémologique, qui s'impose aux sciences humaines concerne leur capacité à rendre comparables entre eux les raisonnements qu'elles étudient. Peut-être, à partir des années 1950, l'attention des théoriciens étant tournée vers l'automatisation, cette quête de comparabilité s'est-elle traduite par un effort de standardisation des raisonnements (éliminer les facteurs d'erreurs en explicitant les étapes du raisonnement clinique, par ex.). Aujourd'hui, je crois que l'exigence de comparabilité demeure, mais peut-être l'effort qui la sous-tend doit-il être plutôt conçu en termes sémiotiques : il ne s'agit pas de normer la « production » des raisonnements ; il s'agit plutôt de se demander comment ils deviennent disponibles pour, et évaluables par, leurs « consommateurs » (cf. citation en exergue). Derrière les images un peu écornées (le marché, la monnaie, le couple producteur-consommateur²²), le défi posé aux sciences humaines demeure bel et bien actuel. Si on ne peut évaluer la validité des raisonnements fondés sur des interprétations et des évaluations, certains aspects sociaux des problèmes de la décision publique risquent de céder le pas au profit d'autres aspects, quantifiables ou mieux fondés. L'importance, dans les pays

²¹ Brandom, *Articulating Reasons*, p. 162 et p. 166 (partiellement cité *supra*, ch. 3).

²² Ces images sont partagées par J. Habermas, R. Brandom et J.-C. Gardin, raison pour laquelle je les utilise.

développés, de l'évaluation des technologies de santé (*Health Technology Assessment*) permet d'illustrer ce besoin : aujourd'hui, la décision publique dans ces domaines est nourrie par des données issues d'évaluations qui empruntent aux méthodologies issues des travaux sur le raisonnement médical jusque dans les années 1980 (avec le développement de l'*Evidence Based Medicine*) et des travaux en économie et économétrie de la santé (avec le développement de l'évaluation médico-économique). Or, dans ces contextes d'incertitude, il n'apparaît pas que des aspects juridiques, sociaux ou éthiques soient moins importants parce qu'ils ne peuvent pas être éclairés par le calcul. La réflexion sur les méthodes des sciences humaines paraît alors essentielle si on ne veut pas voir ces aspects ignorés ou intégrés dans l'évaluation de manière implicite (donc arbitraire).

iii. *résultat 3 : différenciation des « rôles » dans la controverse sur les droits de l'homme*

« L'histoire » de la protection des droits de l'homme en Europe correspond assez bien à la perspective décrite par R. Brandom. Surtout, le modèle de la « communauté épistémique » pour les droits de l'homme opposable nous permet de distinguer non seulement la nature « sociale » de la pratique juridique à la Cour européenne, mais aussi la manière dont on peut concevoir les « rôles » des participants selon leurs positions dans le processus.

J'ai mentionné au ch. 4 que le modèle de la communauté épistémique pour les droits de l'homme opposables permet de représenter à la fois le caractère spécifique du raisonnement juridique (partie en quadrillage plein sur la figure 13) et son articulation avec le domaine social ou politique des débats sur les droits de l'homme (partie en quadrillage discontinu sur la même figure). Un rôle est « forcé » dans cette disposition : celui des juges comme « adjudicateurs rationnels » dans le moment de la décision. L'articulation avec le domaine social ou politique de l'argumentation sur les droits de l'homme s'effectue à travers les opinions individuelles des juges ; c'est là pour eux une manière de se poser en « proposant » ou en « opposant » d'une « conviction » sur les droits de l'homme, c'est-à-dire de prolonger la discussion, de jouer légitimement le rôle de « challengers » (J. Freeman, ch. 6). Ensuite, il incombe à la « société » européenne, aux sujets de droit du droit européen des droits de l'homme, de juger rationnellement de la définition des droits fondamentaux correspondant à un « état du droit » européen. Leur « acceptation » se traduira aussi par une

décision, soit d'admettre l'état du droit (les Etats modifieront une pratique non-conforme, les personnes privées renonceront à former de nouveaux recours), soit de l'attaquer (les Etats pérenniseront telle pratique, les personnes privées formeront tel nouveau recours).

Ce faisant, tous les participants aux débats sur les droits de l'homme en Europe ont l'opportunité de jouer les rôles « d'adjudicateur », de « proposant » ou « d'opposant » au cours du processus entier. Mais ce jeu est normé : être « proposant » ou « opposant » dépend d'une répartition de la charge de la preuve et la « conviction » de chaque participant sera déterminée par la décision qu'il aura prise lorsqu'il s'est trouvé en position « d'adjudicateur ». Et cette décision, cette sanction épistémique de l'état du droit en un point du processus, est binaire : soit le participant souscrit à ce « contexte rationnel » (et il s'engage, le cas échéant, à le justifier), soit il le refuse (et il s'engage nécessairement à le réfuter).

Je propose de synthétiser les règles de ce « jeu » dans le tableau suivant ; il s'agit d'y détailler les interventions légitimes dans les débats sur les droits de l'homme en Europe, c'est-à-dire des positions dans le processus où le refus de se conformer est permis (il ne traduit pas un délitement de la sociabilité). Je distingue trois lignes : respectivement l'établissement des faits, l'interprétation des droits (travail de qualification juridique²³) et la définition légale qui en découle. Je note A, O et P les trois rôles possibles, + et - l'acceptation ou le refus d'un « état du droit » en un point du processus (acceptation ou refus de la thèse du proposant) ; seul l'adjudicateur a ce choix qui détermine ses engagements ou responsabilités futurs²⁴. J'ajoute une colonne pour un « participant » assez indéterminé, *la société*, et je note à côté de chaque rôle qu'elle peut jouer, la forme que prend généralement cette participation dans le contexte européen :

²³ Voir Perelman, *Droit, morale et philosophie*, article « La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien » (1961), p. 101 et suivantes.

²⁴ On pourrait raffiner pour les requérants et les Etats défendeurs en leur reconnaissant une telle capacité d'acceptation ou de refus de la thèse du proposant lorsqu'ils sont en position d'opposant. De cette manière on pourrait intégrer au tableau les stratégies de concession décrites aux ch. 3 et 6. Cependant, la véritable adjudication de la validité des thèses intervient au niveau des juges, pas dans le renoncement d'un opposant à poursuivre la réfutation.

	Requérants		Etats défendeurs		Juges européens		Société	
Etablissement des faits	P		O		A		P amicus curiae	O normalité démocra- tique
					+	-		
					ingérence	non violation		
Interprétation des droits (proportionnalité)	O		P		A		O consensus européen	P normalité démocra- tique
					+	-		
					non violation	violation		
Définition des droits (état du droit)	A		A		O op. diss.	P op. concor- dantes	A	
	+	-	+	-			+	-
	extinction du conten- tieux	nouvelles requêtes (conten- tieux récurrent)	modifica- tion des pratiques	maintien des pratiques			connaiss- sance du droit	critique doctrinale

Tableau 4 : différenciation des rôles dans les débats sur les droits de l'homme en Europe.

L'originalité philosophique de cette description strictement éristique des conditions d'établissement d'une discussion rationnelle sur les droits de l'homme en Europe réside dans le fait que tout engagement du « proposant » d'une thèse est défini comme le résultat d'une adjudication rationnelle de sa part au sens d'une décision antérieure sur la validité d'un « état du droit ». Par conséquent, l'évaluation de cette thèse (« revendication » ou « conviction ») peut

s'effectuer par voie de réfutation dans la mesure où, s'il choisit de s'engager dans le « débat », il admet être comptable de son refus d'un état de choses antérieur. J'ai décrit précédemment cette décision d'entrer dans le débat comme la revendication, par l'individu, d'une « capacité d'insurrection » à l'encontre des effets de présomption et d'acceptation qui accompagnent l'émergence d'une « normalité » dans toute société.

Il ne s'agit pas de dire que la victime d'une ingérence dans l'exercice de ses droits (*a fortiori* que la victime d'une violation flagrante des droits de l'homme) porte une responsabilité morale dans la décision d'attaquer l'Etat qu'elle juge contempteur devant l'instance européenne ; ici encore, une lecture éthique de l'engagement ou de la responsabilité serait non seulement inopérante, mais aussi malvenue car on s'exposerait alors à traiter du refus de se conformer à un état des relations sociales comme d'une marque de sédition, voire « d'anormalité ».

Or il n'y a aucune raison de considérer que la singularité, dans ce contexte, contrevient à la sociabilité, voire tend à l'annihiler. C'est, au contraire, une condition profonde de rationalité dans une « communauté épistémique » que d'admettre que le progrès du droit, comme le progrès des connaissances, naît d'un refus du proposant, à un moment donné, de se reconnaître lié par une forme de solidarité avec les autres membres de la communauté ; le tenant d'une thèse doit alors admettre que sa position contrevient à un ordre établi :

c'est bien dans la justification *a posteriori*, la motivation hypothétique plus ou moins factice qui suit souvent nos actes jugés délictueux, qu'il faut reconnaître le point de départ de la pensée logique. Celle-ci apparaît alors comme intégrée dans la réalité psychique, individuelle et sociale, car il faudrait dire ici le rôle de l'expression – mais nous touchons justement ici à ce qui la rend possible et en constitue le fondement. Ainsi la pensée logique est originellement un des moments dialectiques de la mauvaise conscience.²⁵

D'un point de vue épistémique, qui est le point de vue depuis lequel j'ai entrepris de défendre la valeur du « débat » ou du « procès » comme dispositifs rationnels d'argumentation sur les droits de l'homme, le proposant d'une thèse, l'énonciateur d'une « conviction », ne peut refuser l'engagement ou la responsabilité d'un choix, qui se traduit à travers la défense d'une forme

²⁵ Granger, *Formes, opérations, objets*, p. 22.

d'exercice des droits individuels qui excède un "ordre des choses". Le proposant d'une telle « conviction » prétend à la rationalité, à l'acceptabilité, d'une rupture par rapport à un état de « normalité » ; il prend la responsabilité d'affirmer l'existence d'une incertitude là où, en l'absence de contentieux, le consensus aurait perduré ou se serait installé.

Arrêts cités

US Supreme Court, *Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi ex rel. Knox* (277 U.S. 218), 14 mai 1928

Commission EDH, *Autriche c. Italie*, req. n°788/60, 11 jan. 1961

Cour EDH, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique* (Cour plénière), req. n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 juillet 1968

Cour EDH, *Akdivar et autres c. Turquie* (Cour plénière), req. n°21893/93, 30 août 1996

Cour EDH, *B. c. France* (Cour plénière), req. n°13343/87, 25 mars 1992

Cour EDH, *B. c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°9840/82, 8 juillet 1987

Cour EDH, *Beard c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°24882/94, 28 janvier 2001

Cour EDH, *Belilos c. Suisse* (Cour plénière), req. n°10328/83, 29 avr. 1988

Cour EDH, *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°9659/82; 9658/82, 27 avril 1988

Cour EDH, *Broniowski c. Pologne* (Cour plénière), req. n°31443/96, 22 juin 2004

Cour EDH, *Chapman c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°27238/95, 18 janvier 2001

Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°28957/95, 11 juillet 2002

Cour EDH, *Chypre c. Turquie* (Cour plénière), req. n°25781/94, 10 mai 2001

Cour EDH, *Cossey c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°10843/84, 27 sept. 1990

Cour EDH, *Coster c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°24876/94, 18 janvier 2001

Cour EDH, *D. H. et autres c. République Tchèque* (Cour plénière), req. n°57325/00, 13 nov. 2007

Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°7525/76, 22 oct. 1981

Cour EDH, *Gaskin c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°10454/83, 7 juil. 1989

Cour EDH, *Gorzelik et autres c. Pologne* (Cour plénière), req. n°44158/98, 17 fév. 2004

Cour EDH, *Guzzardi c. Italie* (Cour plénière), req. n°7367/76, 6 nov. 1980

Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°5493/72, 07 déc. 1976

Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°36022/97, 8 juillet 2003

Cour EDH, *Jane Smith c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°25154/94, 18 janvier 2001

Cour EDH, *Klass et autres c. Allemagne* (Cour plénière), req. n°5029/71, 6 sept. 1978

Cour EDH, *Kress c. France* (Cour plénière), req. n°39594/98, 7 juin 2001

Cour EDH, *Langborger c. Suède* (Cour plénière), req. n°11179/84, 22 juin 1989

Cour EDH, *Lee c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°25289/94, 18 janvier 2001

Cour EDH, *Loizidou c. Turquie* (Cour plénière), req. n°15318/89, 18 déc. 1996

Cour EDH, *Murray c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°14310/88, 28 oct. 1994

Cour EDH, *Norris c. Irlande* (Cour plénière), req. n°8225/78, 26 oct. 1988

Cour EDH, *Odièvre c. France* (Cour plénière), req. n°42326/98, 13 fév. 2003

Cour EDH, *Olsson (N° 1) c. Suède* (Cour plénière), req. n°10465/83, 24 mars 1988

Cour EDH, *Roche c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°32555/96, 19 octobre 2005

Cour EDH, *Sahin c. Allemagne* (Cour plénière), req. n°30943/96, 8 juillet 2003

Cour EDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (Cour plénière), req. n°22985/93 et 23390/94, 30 juillet 1998

Cour EDH, *Sommerfeld c. Allemagne* (Cour plénière), req. n°31871/96, 8 juillet 2003

Cour EDH, *Anguelova c. Bulgarie* (1ère section), req. n°38361/97, 13 juin 2002

Cour EDH, *Ayder et autres c. Turquie* (1ère section), req. n°23656/94, 8 janvier 2004

Cour EDH, *Bottaro c. Italie* (1ère section), req. n°56298/00, 17 juillet 2003

Cour EDH, *Ciliz c. Pays-Bas* (1ère section), req. n°29192/95, 11 juillet 2000

Cour EDH, *Covezzi et Morselli c. Italie* (1ère section), req. n°52763/99, 9 mai 2003

Cour EDH, *Dulas c. Turquie* (1ère section), req. n°25801/94, 30 janvier 2001

Cour EDH, *Karner c. Autriche* (1ère section), req. n°40016/98, 24 juillet 2003

Cour EDH, *L. et V. c. Autriche* (1ère section), req. n°39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003

Cour EDH, *Lavents c. Lettonie* (1ère section), req. n°58442/00, 28 nov. 2002

Cour EDH, *Luordo c. Italie* (1ère section), req. n°32190/96, 17 juillet 2003

Cour EDH, *Messina (3) c. Italie* (1ère section), req. n°33993/96, 24 oct. 2002

Cour EDH, *Mikulić c. Croatie* (1ère section), req. n°53176/99, 7 février 2002

Cour EDH, *Orhan c. Turquie* (1ère section), req. n°25656/94, 18 juin 2002

Cour EDH, *Papon c. France* (1ère section), req. n°52210/00, 25 juillet 2002

Cour EDH, *Pibernik v. Croatia* (1ère section), req. n°75139/01, 4 march 2004

Cour EDH, *Rehbock c. Slovénie* (1ère section), req. n°29462/95, 28 nov. 2000

Cour EDH, *Şirin Yılmaz v. Turkey* (1ère section), req. n°35875/97, 29 July 2004

Cour EDH, *Ahmet Ozkan et autres c. Turquie* (2ème section), req. n°21689/93, 6 avril 2004

Cour EDH, *Bilgin c. Turquie* (2ème section), req. n°23819/94, 16 nov. 2000

Cour EDH, *Bilgin v. Turkey* (2ème section), req. n°23819/94, 16 nov. 2000

Cour EDH, *Blondet c. France* (2ème section), req. n°49451/99, 5 oct. 2004

Cour EDH, *Buscemi c. Italie* (2ème section), req. n°29569/95, 16 sept. 1999

Cour EDH, *E.P. c. Italie* (2ème section), req. n°31127/96, 16 nov. 1999

Cour EDH, *Ernst et autres c. Belgique* (2ème section), req. n° 33400/96, 15 juillet 2003

Cour EDH, *Hasan Ilhan c. Turquie* (2ème section), req. n°22494/93, 9 nov. 2004

Cour EDH, *Messina c. Italie (n° 2)* (2ème section), req. n°25498/94, 28 sept. 2000

Cour EDH, *N. F. c. Italie* (2ème section), req. n°37119/97, 2 août 2001

Cour EDH, *Nowicka v. Poland* (2ème section), req. n°30218/96, 3 Dec. 2002

Cour EDH, *P., C. et S. c. Royaume-Uni* (2ème section), req. n°56547/00, 16 juil. 2002

Cour EDH, *Peers c. Grèce* (2ème section), req. n°28524/95, 19 avril 2001

Cour EDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* (2ème section), req. n°s 78028/01 et 78030/01, 22 juin 2004

Cour EDH, *Société Colas Est et autres c. France* (2ème section), req. n°37971/97, 16 avril 2002

Cour EDH, *Taylor-Sabori v. The United-Kingdom* (2ème section), req. n°47114/99, 22 oct. 2002

Cour EDH, *Vadala c. Italie* (2ème section), req. n°51703/99, 20 avril 2004

Cour EDH, *Venema c. Pays-Bas* (2ème section), req. n°35731/97, 17 déc. 2002

Cour EDH, *Yousef c. Pays-Bas* (2ème section), req. n°33711/96, 5 nov. 2002

Cour EDH, *van Kück c. Allemagne* (3ème section), req. n°35968/97, 12 sept. 2003

Cour EDH, *Bassani c. Italie* (3ème section), req. n°47778/99, 11 déc. 2003

Cour EDH, *Bensaïd c. Royaume-Uni* (3ème section), req. n°44599/98, 6 fév. 2001

Cour EDH, *Gnaboré c. France* (3ème section), req. n°40031/98, 19 sept. 2000

Cour EDH, *Salapa c. Pologne* (3ème section), req. n°35489/97, 19 déc. 2002

Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie* (3ème section), req. n°44548/98, 24 juillet 2001

Cour EDH, *von Hannover c. Allemagne* (3ème section), req. n°59320/00, 24 juin 2004

Cour EDH, *Altun c. Turquie* (4ème section), req. n°24561/94, 1er juin 2004

Cour EDH, *B.B. v. the United Kingdom* (4ème section), req. n°53760/00, 10 Feb. 2004

Cour EDH, *Cotlet c. Roumanie* (4ème section), req. n°38565/97, 3 juin 2003

Cour EDH, *G.K. c. Pologne* (4ème section), req. n°38816/97, 20 janvier 2004

Cour EDH, *K. and T. v. Finland* (4ème section), req. n°25702/94, 27 April 2000

Cour EDH, *Moreno Gómez c. Espagne* (4ème section), req. n°4143/02, 16 nov. 2004

Cour EDH, *Peck c. Royaume-Uni* (4ème section), req. n°44647/98, 28 jan. 2003

Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni* (4ème section), req. n°2346/02, 29 avril 2002

Cour EDH, *Sabin c. Allemagne* (4ème section), req. n°30943/96, 11 oct. 2001

Cour EDH, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* (4ème section), req. n°33290/96, 21 déc. 1999

Cour EDH, *Y. F. c. Turquie* (4ème section), req. n°24209/94, 22 juillet 2003

Cour EDH, *Yoyler c. Turquie* (4ème section), req. n°26973/95, 24 juillet 2003

Cour EDH, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°22954/93, 2 sept. 1998

Cour EDH, *Beldjoudi c. France* (Chambre), req. n°12083/86, 26 mars 1992

Cour EDH, *Berrehab c. Pays-Bas* (Chambre), req. n°10730/84, 21 juin 1998

Cour EDH, *Botta c. Italie* (Chambre), req. n°21439/93, 24 fév. 1998

Cour EDH, *Boujlifa c. France* (Chambre), req. n°25404/94, 21 oct. 1997

Cour EDH, *Bronda c. Italie* (Chambre), req. n°22430/93, 9 juin 1998

Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°20348/92, 26 août 1996

Cour EDH, *A. c. France* (Chambre), req. n°14838/89, 23 nov. 1993

Cour EDH, *Campbell c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°13590/88, 25 mars 1992

Cour EDH, *De Clerck c. Belgique* (Chambre), req. n°34316/02, 25 sept. 2007

Cour EDH, *De Haan c. Pays-Bas* (Chambre), req. n°28839/93, 26 août 1997

Cour EDH, *Gillow c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°9063/80, 24 nov. 1986

Cour EDH, *Hokkanen c. Finlande* (Chambre), req. n°19823/92, 23 sept. 1994

Cour EDH, *K. et T. c. Finlande* (Chambre), req. n°25702/94, 12 juillet 2001

Cour EDH, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)* (Chambre), req. n°15318/89, 23 mars 1995

Cour EDH, *M.S. c. Suède* (Chambre), req. n°20837/92, 27 août 1997

Cour EDH, *Niemietz c. Allemagne* (Chambre), req. n°13710/88, 16 déc. 1992

Cour EDH, *Raninen c. Finlande* (Chambre), req. n°20972/92, 16 déc. 1997

Cour EDH, *Selçuk et Asker c. Turquie* (Chambre), req. n°23184/94 ; 23185/94, 24 avril 1998

Cour EDH, *Tomasi c. France* (Chambre), req. n°12850/87, 27 août 1992

Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni* (Chambre), req. n°5856/72, 25 avril 1978

Références bibliographiques

- "Pseudoscientific Bigotry in France", *The New York Times*, New York, October 21, 2007
- Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel, Kluwer, coll. "Law and Philosophy Library", 1987
- Meghna Abraham, *A handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council*, Geneva, ISHR and Friedrich Ebert Stiftung, 2006
- Emanuel Adler and Peter M. Haas, "Epistemic Communities, World Order, and the Creation of a Reflective Research Program", *International Organization*, 46-1, 1992
- Scott F. Aikin, "Perelmanian Universal Audience and the Epistemic Aspirations of Argument", *Philosophy and Rhetoric*, 41-3, 2008
- Alexander T. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, 96-5, April 1987
- Robert Alexy, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, 16-2, June 2003
- Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, 16-4, déc. 2003
- Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (1985), Frankfurt-am-Main, Suhrkamp STW, 1994
- Robert Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61-1, 2001
- Denis Alland, *Droit international public*, Paris, PUF, coll. "droit fondamental", 2000

- Daniel Andler, Anne Fagot-Largeault and Bertrand Saint-Sernin, *Philosophie des sciences*, Paris, Folio, coll. "folio essais", vol. 1, 2002
- Nicolas Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1967
- Antoine Arnauld and Pierre Nicole, *La logique ou l'art de penser*, (1662), Paris, Vrin, 1981
- Peter Asch and Gary A. Gigliotti, "The Free-Rider Paradox: Theory, Evidence, and Teaching", *The Journal of Economic Education*, 22-1, 1991
- Bertrand Badie, "Realism under Praise, or a Requiem? The Paradigmatic Debate in International Relations", *International Political Science Review*, 22-3, Jul. 2001
- Patrice Bailhache, *Essai de logique déontique*, Paris, Vrin, 1991
- Etienne Balibar, *L'Europe, l'Amérique, la guerre. Réflexions sur la médiation européenne*, Paris, éd. de La Découverte, 2003
- Maria Luisa Bartolomei, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983. An analysis of the Procedure under ECOSOC Resolution 1503*, Lund, Juristförlaget, No. 118, 1994
- Jeremy Bentham, *Benthamiana: Select Extracts of the Works of Jeremy Bentham*, Philadelphia, Lea & Blanchard, Edited by John Hill Burton, 1844
- Paul Bernays, "Zur methodischen Diskussion (Bemerkungen zu Herrn Perelmans Erörterung "Philosophies premières et philosophie régressive")", *Dialectica*, 4-13, 1950
- Barton J. Bernstein, "The Uneasy Alliance: Roosevelt, Churchill, and the Atomic Bomb, 1940-1945", *The Western Political Quarterly*, 29-2, Jun. 1976
- Samantha Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005
- Robert Blackburn, "The Institutions and Processes of the Convention", Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz (ss. dir.), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press,
- Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998

- Luc Boltansky, *L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Métailié, 1990
- Alban Bouvier and Bernard Conein (ss. dir.), *L'épistémologie sociale. Une théorie sociale de la connaissance*, Paris, éd. de l'EHESS, coll. "raisons pratiques", 2007
- Robert Brandom, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, (2000), Cambridge Mass., Harvard University Press, 2003
- Robert Brandom, *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, (1994), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001
- Jean-François Braunstein, "Deux philosophies de la médecine: Canguilhem et Fleck", Anne Fagot-Largeault, Claude Debru, Michel Morange and Hee-Jin Han, *Philosophie et médecine. En hommage à Georges Canguilhem*, Paris, Vrin, 2008
- Laurence Burgogue-Larsen and Amaya Ubada De Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008
- Barbara Cassin, *L'effet sophistique*, Paris, Gallimard, 1995
- CEDH, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits et en chiffres*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009
- CEDH, *Travaux préparatoires de l'article 1er de la Convention européenne des Droits de l'Homme*,
- Christina M. Cerna, "Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts", *Human Rights Quarterly*, 16-4, Nov. 1994
- Jean-Luc Chabot, "Cartésianisme méthodologique et Code civil", Jean Luc Chabot, Philippe Didier and Jérôme Ferrand, *Le Code civil et les Droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2005
- Erwin Chemerinsky and Frances Olsen, "The Supreme Court, 1988 Term", *Harvard Law Review*, 103-1, 1989
- Mark J. Cherry, *Kidney for Sale by Owner. Human Organs, Transplantation, and the Market*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2005
- George Christie, *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, (2000), Bruxelles, Bruylant, 2005

- Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, coll. "Rechtswissenschaftliche Abhandlungen", Band 34, 2001
- Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, 3-0, oct. 1960
- Jean-Paul Costa, "Discours de Monsieur Jean-Paul Costa Président de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *Audience solennelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire le vendredi 19 janvier 2007*,
- Christel Cournil, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, Paris, L'Harmattan, 2005
- James Crosswhite, "Universality in Rhetoric: Perelman's Universal Audience", *Philosophy and Rhetoric*, 22-3, 1989
- Garrett Cullity, "Moral Free Riding", *Philosophy and Public Affairs*, 24-1, 1995
- Newton C. A. Da Costa, *Logiques classiques et non classiques. Essai sur les fondements de la logique*, Paris, Masson, 1997
- Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993
- Graham Dawson, "Justified True Belief is Knowledge", *The Philosophical Quarterly*, vol. 31-n° 125, 1981
- Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: ein Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels*, München, Franz Vahlen, 1989
- Cecil H. Desch, "[untitled]", *International Affairs*, 22-4, Oct. 1946
- Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public*, (7e éd.), Paris, L.G.D.J., 2002
- Pierre-François Docquir and Rusen Ergec, "de l'autorité des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme statuant sur la satisfaction équitable", *Journal des Tribunaux*, 41-5991, décembre 2000
- Jack Donnelly, "International Human Rights: A Regime Analysis", *International Organization*, 40-3, 1986

- George W. Downs and David M. Roocke, *Optimal Imperfection? Domestic Uncertainty and Institutions in International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1995
- F. E. Dowrick, "Juristic Activity in the Council of Europe: 25th year", *The International and Comparative Law Quarterly*, 23-3, Jul. 1974
- Andrew Drzemczewski, "The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, 29-1, 1980
- Andrew Drzemczewski, *European human rights convention in domestic law: a comparative study*, Oxford, Oxford University Press, 1998
- Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 9e édition, Paris, Dalloz, 2008
- Julien Dutant et Pascal Engel, *Philosophie de la connaissance. Croyance, connaissance, justification*, Paris, Vrin, 2005
- Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, (1986), Paris, PUF, coll. "recherches politiques", 1994
- Robin Edmonds, "Yalta and Potsdam: Forty Years Afterwards", *International Affairs*, 62-2, 1986
- Rudolf Eisler, *Kant-Lexikon*, (1916), Paris, Gallimard, NRF, 1994
- Marc-André Eissen, "La Convention et les devoirs de l'individu", (14-15 novembre 1960), *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, Dalloz, 1961
- Jon Elster, "Weakness of Will and the Free-Rider Problem", *Noûs*, 19-1, 1985
- Pascal Engel, "Believing, Holding True and Accepting", *Philosophical Explorations*, vol. 1-n° 2, 1998
- Anne Fagot-Largeault, *Médecine et philosophie*, Paris, PUF, 2009
- Tom J. Farer, "The United Nations and Human Rights: More than a Whimper Less than a Roar", *Human Rights Quarterly*, 9-4, 1987
- Carole Fink, "Minority Rights as an International Question", *Contemporary European History*, 9-3, 2000
- Ludwik Fleck, *Genèse et développement d'un fait scientifique*, (1935), Paris, Les Belles Lettres, Médecine et sciences humaines, 2005

- James B. Freeman, *Acceptable Premises. An Epistemic Approach to an Informal Logic Problem*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005
- Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004
- Philippe Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, "collection de droit international", 2001
- Benoît Frydman, "Le droit à la lumière de la philosophie de l'action. Indécidabilité, coopération et révision", Pierre Livet (ss. dir.), *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, 2000
- Benoît Frydman, *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Bruxelles, Story Scientia, coll. "A la rencontre du droit", 1999
- Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Chicago, Northwestern University Press, 1931
- Steve Fuller, "Philosophy Taken Seriously but Without Self-Loathing: A Response to Harpine", *Philosophy and Rhetoric*, 38-1, 2005
- Steve Fuller, *Social Epistemology*, (1988), Bloomington, Indiana University Press, 2002
- John Lewis Gaddis, "The Long Peace: Elements of Stability in the Postwar International System", *International Security*, 10-4, 1986
- Antoine Garapon, *La justice reconstructive*, Cours dans le cadre de la Chaire Chaïm Perelman, U.L.B., 2002
- Antoine Garapon and Denis Salas, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996
- Jean-Claude Gardin, *La logique du plausible. Essais d'épistémologie pratique en sciences humaines*, (1981), Paris, éd. de la Maison des Sciences de l'Homme, 1987
- Valérie Gateau, *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Vrin, 2009
- Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. "TEL", 2002

- Edmund L. Gettier, "Is Justified True Belief Knowledge?", *Analysis*, vol. 23-n° 6, 1963
- Stig S. Gezelius, "Do Norms Count? State Regulation and Compliance in a Norwegian Fishing Community", *Acta Sociologica*, 45-4, 2002
- Etienne Gilson, *Le réalisme méthodique*, (1935), Paris, Pierre Téqui, 2007
- Etienne Gilson and Jacques Maritain, *Correspondance*, (1923-1971), Paris, Vrin, compilé par Géry Prouvost, 1991
- Ferdinand Gonseth, "éditorial", *Dialectica*, 6-21, 1952
- Ferdinand Gonseth, "La loi du dialogue", *Dialectica*, 6-22, 1952
- Ferdinand Gonseth, *Les mathématiques et la réalité. Essai sur la méthode axiomatique*, (1936), Paris, Albert Blanchard, 1974
- Ferdinand Gonseth, *Logique et philosophie des mathématiques*, (1937 - 1950), Paris, Hermann, coll. "savoir : culture", 1998
- Ferdinand Gonseth, "Stratégie de fondement et stratégie d'engagement", *Dialectica*, 22-(3-4), 1968
- Ryan Goodman and Derek Jinks, "How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law", *Duke Law Journal*, 54-3, 2004
- Eberhard Grabitz, "der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98-4, 1973
- Gilles-Gaston Granger, *Formes, opérations, objets*, Paris, Vrin, 1994
- Gilles-Gaston Granger, *Pensée formelle et sciences de l'homme*, Paris, Aubier - Montaigne, 1967
- Mark S. Granovetter, "The Strength of Weak Ties: A Network Theory Revisited", *Sociological Theory*, 1, 1983
- Mark S. Granovetter, "The Strength of Weak Ties", *The American Journal of Sociology*, 78-6, 1973
- Günther Grewendorf (ss. dir.), *Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Taschenbuch, 1992
- Jean-Blaise Grize, *Logique et langage*, Paris, Ophrys, 1990

- Jean-Blaise Grize, *Logique naturelle et communications*, Paris, PUF, coll. "psychologie sociale", 1996
- A. J. R. Groom, "U.S.-Allied Relations and the Atomic Bomb in the Second World War", *World Politics*, 15-1, Oct. 1962
- Guy Haarscher, "Can Human Rights Be Contextualized?", Andràs Sajò, *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2004
- Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993
- Peter M. Haas, "Do Regimes Matter? Epistemic Communities and Mediterranean Pollution Control", *International Organization*, 43-3, 1989
- Peter M. Haas, "Epistemic Communities and International Policy Coordination", *International Organization*, 46-1, 1992
- Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, (1992), Paris, Gallimard, coll. "NRF essais", 1997
- Ian Hacking, *Entre science et réalité. La construction sociale de quoi ?*, (1999), Paris, éd. de la découverte, 2001
- William D. Harpine, "'Analysing How Rhetoric Is Epistemic?': A Reply to Steve Fuller", *Philosophy and Rhetoric*, 38-1, 2005
- William D. Harpine, "What Do You Mean, Rhetoric is Epistemic?", *Philosophy and Rhetoric*, 37-4, 2004
- Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit*, (1961), Bruxelles, FUSL, 1994
- Gerhard Heinzmann, "La logique dialogique", *Recherches sur la philosophie et le langage*, 14-1, 1992
- Gerhard Heinzmann, *Schematisierte Strukturen. Eine Untersuchung über den "Idoneismus" Ferdinand Gonseths auf dem Hintergrund eines konstruktivistischen Ansatzes*, Berne, Paul Haupt, 1982
- Laurence R. Helfer, "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes", *Columbia Law Review*, 102-7, Nov. 2002

- Ludovic Hennebel, *Le régionalisme comme garant de l'universalisme des droits de l'homme: le cas du mécanisme de recours individuel de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, PhD, 13 mai 2005, Faculté de droit, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles
- Risto Hilpinen, "Stig Kanger on Deontic Logic", Stig Kanger, Ghita Holmström-Hintikka, Sten Lindström and Rysiek Śliwiński, *Collected Papers of Stig Kanger with Essays on His Life and Work Volume II*, Dordrecht, Kluwer, 2001
- Thomas Hobbes, *Leviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, (1651), Paris, Dalloz, 1999
- Ekkehard Hofmann, *Abwägung im Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, Coll. "Jus Publicum" n°158, 2007
- Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, 26-8, 1917
- Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, 23-1, 1913
- Oliver Wendell Holmes, "A Legal Right is Nothing But...", E. A. Kent (ed.), *Law and Philosophy, Readings in Legal Philosophy*, New York, Meredith Corporation, Appleton Century Crofts, 1970
- Max Horkheimer and Theodor W. Adorno, *La dialectique de la raison*, (1944), Paris, Gallimard, coll. "TEL", 1994
- Wilhelm von Humboldt, *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, (1791), Paris, Les Belles Lettres, coll. "bibliothèque classique de la liberté", 2004
- Samuel P. Huntington, "Conservatism as an Ideology", *The American Political Science Review*, 51-2, Jun. 1957
- Attracta Ingram, *A Political Theory of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994
- Michael Ch. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Köln, Heymann, 1985
- Henry W. Johnstone Jr., "Philosophical Argument and the Rhetorical Wedge", *Communication & Cognition*, 24-1, 1991
- Georges Kalinowski, *La logique des normes*, Paris, PUF, 1972

- Eugene Kamenka, "Human Rights, Peoples' Rights", James Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988
- Stig Kanger, *Collected Papers of Stig Kanger with Essays on his Life and Work*, Dordrecht, Kluwer, Sten Lindström and Rysiek Sliwinski Ed. by Ghita Holmström-Hintikka, 2001
- Emmanuel Kant, *Critique de la faculté de juger*, (1790), Paris, Aubier, coll. "Bibliothèque philosophique", 1995
- Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, (1787), Paris, PUF, coll. "Quadrige", 1993
- Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, (1797), Paris, Flammarion, coll. "GF", vol. 1, 1994
- Emmanuel Kant, *Opuscules sur l'histoire*, Paris, Flammarion, coll. "G.F.", 1990
- Laurent Keiff, *Le pluralisme dialogique. Approches dynamiques de l'argumentation formelle*, PhD, 27 novembre 2007, Faculté de philosophie, Lille, Université Charles de Gaulle, Lille 3
- Hans Kelsen, "Justice et droit naturel", *Annales de philosophie politique (III)*, 1959
- Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, (1979), Paris, PUF, coll. "Léviathan", 1996
- Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, (1934, 1961), Paris, Dalloz, coll. "philosophie du droit", 1962
- Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, éditions de l'Université de Bruxelles, coll. de droit international, 2006
- Robert Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- Barbara Koremenos, Charles Lipson and Duncan Snidal, "The Rational Design of International Institutions", *International Organization*, 55-4, 2001
- Barbara Koremenos, Charles Lipson and Duncan Snidal, "Rational Design: Looking Back to Move Forward", *International Organization*, 55-4, 2001

- Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2004
- André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, (1926), Paris, PUF, coll. "Quadrige", vol. 1, 1993
- H. Lauterpacht, "The Proposed European Court of Human Rights", *Transactions of the Grotius Society for the year 1949*, 35-1, 1949
- Philip Leach, *Taking A Case To The European Court Of Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2005
- Robert S. Ledley and Lee B. Lusted, "Reasoning Foundations of Medical Diagnosis.", *Science*, 130-3366, 1959
- Claude Lefort, *L'invention démocratique*, (1981), Paris, Fayard, 1998
- Jeffrey W. Legro and Andrew Moravcsik, "Is Anybody Still a Realist?", *International Security*, 24-2, 1999
- Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997
- Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité*, Paris, PUF, 1999
- Jack S. Levy, "Domestic Politics and War", Robert I. Rotberg, Theodore K. Rabb and Robert Gilpin, *The Origin and Prevention of Major Wars*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989
- Jutta Limbach, Pedro Cruz Villalon, Roger Errera, Lord Lester of Herne Hill, Tamara Morshchakova, Lord Justice Sedley and Andrzej Zoll, *L'indépendance des juges : Règles et pratiques relatives aux nominations à la Cour européenne des droits de l'homme*, London, Interights, 2003
- John Locke, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, (1690), Paris, Vrin, 1998
- John Locke, *Traité du gouvernement civil*, (1690), Paris, Flammarion, coll. "G.F.", 1992
- Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, (1993), Frankfurt am Main, Suhrkamp Taschenbuch, 1995

- Mikael Rask Madsen, "Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre", *Critiques internationales*, 26-1, 2005
- Paul McNamara, "Deontic Logic", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*
- Sylvie Mellet and Michèle Monte, "Néanmoins et toutefois : polyphonie ou dialogisme ?", Jacques Bres *et alii* (ss. dir.), *Dialogisme et polyphonie. Approches linguistiques*, Louvain, De Boeck.Duculot, 2005
- J. G. Merrills and A. H. Robertson, *Human Rights in Europe. A Study of the European Convention on Human Rights*, (3e éd.), Manchester, Manchester University Press, 1993
- Jakob Th Moller, "Petitioning the United Nations", *Universal Human Rights*, 1-4, 1979
- Andrew Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe", *International Organization*, 54-2, 2000
- Hans J. Morgenthau, "World Politics in the Mid-Twentieth Century", *The Review of Politics*, 10-2, Apr. 1948
- Clovis C. Morrisson, "The European Human Rights Convention System as a Functional Enterprise", *Universal Human Rights*, 1-4, oct.-déc. 1979
- Moses Moskowitz, *Human Rights and World Order*, New York, Oceana Publications, 1958
- Rein A. Müllerson, *Ordering anarchy: international law in international society*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2000
- Robert Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999
- V. P. Nanda, "Hinduism and Human Rights", Daniel Warner (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law. The quest for Universality*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997
- Frédéric Nef, *Logique et langage. Essais de sémantique intensionnelle*, Paris, Hermes, 1988
- Laurent Pech, "Le remède au gouvernement des juges: le judicial self-restraint?", S. Brondel, N. Foulquier and L. Heuschling, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2001

- Charles Sanders Peirce, "Comment se fixe la croyance (1877)", *Textes anticartésiens*, Paris, Aubier, 1984
- Chaïm Perelman, *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1976
- Chaïm Perelman, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963
- Chaïm Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1970
- Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ, 1984
- Chaïm Perelman, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976
- Chaïm Perelman, "Philosophies premières et philosophie régressive", *Dialectica*, 3-11, 1949
- Chaïm Perelman, "Réponse à M. Bernays", *Dialectica*, 6-21, 1952
- Chaïm Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, (1958), Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000
- Chaïm Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca, *Die neue Rhetorik. Eine Abhandlung über das Argumentieren*, (1958), Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2004
- Chaïm Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, (1958), Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1969
- Chaïm Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca, *Rhétorique et philosophie*, Paris, PUF, 1952
- Alexis Philonenko, *La théorie kantienne de l'histoire*, Paris, Vrin, 1998
- Emmanuel Picavet, "Contrat social néo-libéral et pensée du déclin", Thomas Berns, Jean-Claude K. Dupont and Mikhaïl Xifaras, *Philosophie de l'impôt*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- Marie-Dominique Popelard and Denis Vernant, *Éléments de logique*, Paris, Seuil, 1998
- Karl Pribram, *Les fondements de la pensée économique*, (1983), Paris, Economica, 1986

- J. W. Ray, "Perelman's Universal Audience", *Quarterly Journal of Speech*, 64-4, 1978
- Hans Reichenbach, *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*, (1938), Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2006
- Wolfgang H. Reinicke, "The Other World Wide Web: Global Public Policy Networks", *Foreign Policy*, 117, Winter 1999-2000
- Didier Renard, "L'idée politique de solidarité et la construction de la théorie du service public", Jean-Claude Béguin, Patrick Charlot and Yan Laidié, *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005
- Nicholas Rescher, *Rationality: A Philosophical Inquiry into the Nature and Rationale of Reasons*, Oxford, Clarendon Press, 1988
- Christine H. Roch, John T. Scholz and Kathleen M. McGraw, "Social Networks and Citizen Response to Legal Change", *American Journal of Political Science*, 44-4, 2000
- Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000
- Richard Rorty, *Objectivity, Relativism and Truth*, (1991), Cambridge, Cambridge University Press, 1999
- M. Rosenfeld and A. Arato (ss. dir.), *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1998
- June M. Ross, "Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *Human Rights Quarterly*, 6-2, 1984
- Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, (1755), Paris, Flammarion, coll. "GF", 1992
- Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, (1762), Paris, Gallimard, coll. "folio essais", 1995
- Richard E. Rubenstein, *Le jour où Jésus devint Dieu*, (2000), Paris, La Découverte, 2004
- Bertrand Russell, *La connaissance humaine, sa portée et ses limites*, (1948), Paris, Vrin, 2002

- Crispin Sartwell, "Why Knowledge is merely True Belief", *The Journal of Philosophy*, vol. 89-n° 4, 1992
- Georges Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948
- Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976
- Roland Schmetz, *L'argumentation selon Perelman. Pour une raison au cœur de la rhétorique*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2000
- Frederick F. Schmidt (ss. dir.), *Socializing Epistemology. The Social Dimensions of Knowledge*, Boston, Rowman & Littlefield, 1994
- Christoph Schreuer, "Regionalism v. Universalism", *European Journal of International Law*, 6-1, 1995
- Eric Schwitzgebel, "Belief", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*
- Robert L. Scott, "On Viewing Rhetoric as Epistemic", *Central States Speech Journal*, 18, 1967
- Robert L. Scott, "On Viewing Rhetoric as Epistemic: Ten Years Later", *Central States Speech Journal*, 27, 1976
- Robert L. Scott, "Rhetoric is Epistemic: What Difference Does that Make?", Ed. by Theresa Enos and Stuart C. Brown, *Defining New Rhetorics*, London, SAGE Publications, 1993
- William Seager, "Scientific Anti-Realism and the Epistemic Community", *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, Chicago, University of Chicago Press, 1988
- Lucien Sfez, *Critique de la décision*, (1972), Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1992
- Steven Shapin, *La révolution scientifique*, (1996), Paris, Flammarion, coll. "nouvelle bibliothèque scientifique", 1998
- Martin J. Sherwin, "The Atomic Bomb and the Origins of the Cold War: U.S. Atomic-Energy Policy and Diplomacy, 1941-45", *The American Historical Review*, 78-4, Oct. 1973

- Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", Patrick Juilliard (éd.), *Recueil des Cours à l'Académie de droit international de la Haye (1994)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1997
- Howard Smokler, "The collapse of modal distinctions in probabilistic contexts", *Theoria*, 45-1, 1979
- Boris Starck, Henri Roland and Laurent Boyer, *Introduction au droit* (3^e édition), Paris, Litec, 1991
- Henry J. Steiner, Philip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights in Context*, (3d ed.), Oxford, Oxford University Press, 2007
- Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, (5e éd. màj), Paris, PUF, coll. "droit fondamental", 2001
- Frédéric Sudre, "Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme ; l'arrêt *Vogt* de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme", *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 27, juillet 1996
- François-Xavier Testu, "art. "casuistique"", Denis Alland and Stéphane Rials (ss. dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-LAMY, 2003
- Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, (1989), Paris, PUF, coll. "Les voies du droit", 1993
- Craig W. Thomas, "Public Management as Interagency Cooperation: Testing Epistemic Community Theory at the Domestic Level", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 7-2, 1997
- Maria Linda Tinio, *Les droits de l'homme en Asie du Sud-Est*, Paris, L'Harmattan, 2004
- Howard Tolley, Jr., "The Concealed Crack in the Citadel: The United Nations Commission on Human Rights' Response to Confidential Communications", *Human Rights Quarterly*, 6-4, 1984
- Ernst Topitsch, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1961
- Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats and Christophe Grzegorzcyk, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 2005

- Françoise Tulkens et Michel van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1998
- Raimo Tuomela, "Free Riding and the Prisoner's Dilemma", *The Journal of Philosophy*, 85-8, 1988
- Scott Turow, *The Laws of our Fathers*, New York, Farrar, Strauss, Giroux, 1996
- Robert Uerpmann, *Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Tübingen, Mohr Siebeck, coll. "Jus Publicum" n°47, 1999
- Judith Vaillhé, *La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2001
- Th. C. van Boven, *People Matter: Views on International Human Rights Policy*, Amsterdam, Meulenhoff, 1982
- Peter van Dijk and Fried van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Antwerpen, Martinus Nijhoff Publishers, 1998
- Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL, 2001
- Frans H. van Eemeren and Rob Grootendorst, "Perelman and the Fallacies", *Philosophy and Rhetoric*, 28-1, 1995
- Frans H. van Eemeren, Rob Grootendorst and Francisca Snoeck Henkemans, *Fundamentals of Argumentation Theory. A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments*, Mahwah, New Jersey, LEA, 1996
- Bas van Fraassen, *The Scientific Image*, (1980), Oxford, Oxford University Press, 2004
- Mark Van Hoecke, "Hohfeld and Comparative Law", *International Journal for the Semiotics of Law*, IV-26, 1996
- Mark van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002
- Karel Vasak, "Les différentes typologies des droits de l'homme", Emmanuelle Bribosia and Ludovic Hennebel, *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004

- Phaedon Vegleris, "Vingt ans d'expérience de la convention et perspectives", *Vie privée et droits de l'homme. Actes du troisième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (30 septembre - 3 octobre 1970)*, Bruxelles, Bruylant, 1973
- Giambattista Vico, *The Art of Rhetoric. Institutiones Oratoriae*, (1711-1741), Amsterdam, Atlanta, Rodopi, 1996
- Michel Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969
- Raymond John Vincent, *Human Rights and International Relations*, (1986), Cambridge, Cambridge University Press, 1991
- Paul-Ludwig Völzing, "Zu Funktion und Struktur von Argumentationen", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 65-2, 1979
- E. H. Wall, "Review: "Le gouvernement des juges dans les communautés européennes" by Jean-Pierre Colin", *The International and Comparative Law Quarterly*, 16-3, 1967
- Kenneth N. Waltz, "Evaluating Theories", *The American Political Science Review*, 91-4, Dec. 1997
- Kenneth N. Waltz, "Structural Realism after the Cold War", *International Security*, 25-1, 2000
- Gordon L. Weil, "The Evolution of the European Convention on Human Rights", *The American Journal of International Law*, 57-4, Oct. 1963
- Patricia Weiss Fagen, "The United States and International Human Rights 1946-1977", *Universal Human Rights*, 2-3, Jul.-Sep. 1980
- Alexander Wendt, "Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics", *International Organization*, 46-2, 1992
- Alexander Wendt, "Driving with the Rearview Mirror: On the Rational Science of Institutional Design", *International Organization*, 55-4, 2001
- Ron Wheeler, "The United Nations Commission on Human Rights, 1982-1997: A Study of "Targeted" Resolutions", *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 32-1, 1999
- Luzius Wildhaber, "Discours de M. Luzius Wildhaber Ancien président de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *Audience solennelle de la*

Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire le vendredi 19 janvier 2007

John Woods and Douglas Walton, *Critique de l'argumentation. Logiques des sophismes ordinaires*, Paris, Kimé, 1992

Jerzy Wròblewski, "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation", *Logique et analyse*, vol. 21-24, dec. 1963

O. Yasuaki, "In Quest of Intercivilizational Human Rights : Universal vs. Relative Human Rights Viewed From an Asian Perspective", Daniel Warner (ed.), *Human Rights and Humanitarian Law. The quest for Universality*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997

John W. Young, "Churchill's 'No' to Europe: The 'Rejection' of European Union by Churchill's Post-War Government, 1951-1952", *The Historical Journal*, 28-4, Dec. 1985