

## Les Cahiers de droit

# Ordre du droit et droit de l'ordre

Jacques Zylberberg



Volume 28, Number 3, 1987

Paix, relations internationales et respect des droits humains

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042838ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042838ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Zylberberg, J. (1987). Ordre du droit et droit de l'ordre. *Les Cahiers de droit*, 28(3), 699–729. <https://doi.org/10.7202/042838ar>

Article abstract

This essay undertakes a review of national and international law to demonstrate that law is mainly an ideological and variable instrument of the State and of the United Nations, which is a by-product of the states. In this perspective, the author opposes the pragmatism of resistance against the sovereign state to the juridical legitimation and the behaviour of the States who reluctantly have conceded some civil and political rights. Those rights are endangered by the growing bureaucratization of the state, the inflation of the juridical norms and rules, in addition to the permanent repressive characters of the State. The criticism of the contradiction and the variation of the rule of law when it relates to "human rights" is also extended to international law as well as to the international organizations.

## Ordre du droit et droit de l'ordre

---

Jacques ZYLBERBERG \*

*This essay undertakes a review of national and international law to demonstrate that law is mainly an ideological and variable instrument of the State and of the United Nations, which is a by-product of the states. In this perspective, the author opposes the pragmatism of resistance against the sovereign state to the juridical legitimation and the behaviour of the States who reluctantly have conceded some civil and political rights. Those rights are endangered by the growing bureaucratization of the state, the inflation of the juridical norms and rules, in addition to the permanent repressive characters of the State. The criticism of the contradiction and the variation of the rule of law when it relates to "human rights" is also extended to international law as well as to the international organizations.*

---

	<i>Pages</i>
<b>Introduction</b> .....	700
<b>1. Relativiser le droit</b> .....	702
1.1. Les bases de la critique : le désenchantement .....	702
1.2. De l'universalité de la morale et du droit .....	703
1.3. Le mythe du progrès moral .....	704
<b>2. Le mythe de l'État de droit</b> .....	706
2.1. L'idéologisation du pouvoir : l'État de droit .....	706
2.2. L'État comme institution totalitaire et violente .....	706
2.3. État et pluralisme .....	707
2.4. Rétroactions : la raison d'État et le droit de l'ordre .....	709
<b>3. Le mythe de l'ordre universel</b> .....	713
3.1. L'idéologie universaliste .....	713
3.2. Auto-protection et corporatisme étatique .....	714
3.3. Auto-limitation étatique et autonomie judiciaire .....	717

---

\* Professeur titulaire de science politique à l'Université Laval.

	<i>Pages</i>
3.4. Limitation du souverain et rétroactions étatiques .....	718
3.5. L'idéologie technocratique .....	719
<b>4. Idéalisme juridique et pratiques étatiques .....</b>	<b>720</b>
4.1. Un régime démocratique : le Canada .....	720
4.2. Les États autoritaires .....	722
4.3. L'ordre totalitaire : l'U.R.S.S. ....	723
<b>5. Pratiques internationales : les Nations unies et les droits de l'homme .....</b>	<b>724</b>
5.1. La suprématie de l'État .....	724
5.2. Les médiations techno-bureaucratiques .....	726
5.3. La question « raciale » et les « crimes contre l'humanité » .....	727
5.4. Un bilan anti-libéral .....	728
<b>Conclusion .....</b>	<b>728</b>

---

## Introduction

Le droit progresse, les droits de l'homme progressent. Les organismes internationaux publics et privés en sont les garants. Des violations existent, certes, dues à des causes socio-économiques, mais le progrès du droit est irrésistible : l'idéal est connu et donc généralisable et applicable, il s'agit de l'État de droit. Comme nous ne sommes plus au moyen-âge, où tous les clercs devaient reproduire les attributs évidents de la divinité, peut-être est-il possible de mettre en doute, de questionner intellectuellement, les certitudes, voire les dogmes juridiques et sociologiques alimentés par les nouvelles bureaucraties publiques ou privées, nationales, internationales et transnationales, des droits de l'homme? Ce questionnement sous-tend les hypothèses suivantes<sup>1</sup> :

---

1. P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982; *Id.*, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3 p. 3 s.; D. LOSCHAK, « Droit et Non-Droit dans les institutions totalitaires », [1981] *L'Institution* 125 p. 125 s.; Voir aussi P. GUILLAUME *et al.*, *Minorités et État*, Bordeaux-Québec, Presses universitaires de Bordeaux-Presses de l'Université Laval, 1986, p. 117-120; J. ZYLBERBERG, « L'État et le citoyen : Le cas du régime fédéral au Canada » (Communication présentée au Séminaire international conjoint Université Laval — Université Belgrano, Buenos Aires, 26-30 mai 1986); *Id.*, « Droits de la personne et groupes défavorisés » (Réunion internationale d'experts organisée par l'U.N.E.S.C.O. sur l'exercice effectif des droits fondamentaux par les groupes défavorisés, Québec, 1985); *Id.*, « L'illusion juridique » (Communication présentée à la première conférence internationale de droit et morale humanitaire Université de Paris-Sud et Médecins du Monde, Paris, 26-28 janvier 1987).

- 1) Il n'existe pas de morale universelle informant un droit universel, une telle prétention fonde au contraire une idéologie qui s'oppose directement à la liberté d'opinion. La morale et le droit universel sont d'abord des mythes assurant l'ordre public, étatique ou interétatique.
- 2) Le droit comme instrument de progrès moral est un mythe. Le droit est d'abord l'expression organisée d'un rapport de forces organisées entre les hiérarchies d'acteurs sociaux dans leurs relations de conflit et de coopération. Dans la contemporanéité, le rapport de forces tend à privilégier les acteurs étatiques et les appareils de l'État, y compris des appareils judiciaires relativement autonomes dans quelques pays.
- 3) Dans la longue durée, les acteurs occidentaux ont été socialisés avec plus ou moins de succès dans l'acceptation d'un mythe de transcendance du droit et d'un mythe naturaliste de l'État. La conjonction de ces deux mythes donne naissance au crédo de l'État de droit.
- 4) Le succès du mythe étatico-juridique, qui est d'abord le succès de la reproduction élargie des appareils étatiques depuis le bas moyen-âge, a conduit chaque acteur social doué d'influence ou du pouvoir, à faire inscrire l'énoncé de ses intérêts dans les codes explicites de la régulation étatique. C'est ainsi que les multiples types de concurrence entre les États occidentaux et à l'intérieur des États occidentaux ont conduit à l'inscription dans l'ordre juridique d'un certain nombre de balises limitant la régulation souveraine. Ces limites ne fonctionnent jamais automatiquement et ne sont efficaces que dans un rapport de forces sociales qui permet leur activation. D'autre part ces balises sont affaiblies par la prolifération des droits, des règlements et des bureaucraties et le renforcement contemporain de l'état.
- 5) Ces limites à la régulation souveraine ne fondent pas une morale universelle. Leur généralisation constituerait certainement une atteinte à l'ordre universel structuré par une majorité de dictatures. Si l'on ne peut établir le caractère transcendant de cette idéologie occidentale des garanties des intérêts particuliers contre le souverain, l'on peut par contre soutenir hypothétiquement que l'on ne voit pas en quoi elle léserait les intérêts de la majorité des habitants de la planète.
- 6) Les transactions entre acteurs étatiques, ont abouti à la formulation composite d'accords internationaux qui juxtaposent quatre codes idéologiques, celui du droit et de la morale universelle, celui des droits du souverain, celui des droits de l'individu et enfin le code de la technocratie internationale.

## 1. Relativiser le droit

### 1.1. Les bases de la critique : le désenchantement

Il n'y a jamais eu de codes universellement admis de l'argumentation et encore moins de vision unifiée de la raison. Dans l'espace gréco-romain puis dans le temps occidental de la Renaissance, nous avons appris à distinguer analytiquement sinon concrètement la logique de la connaissance scientifique de la raison normative et de la raison pragmatique. Ce modèle scientifique qui est loin de faire l'unanimité s'est inscrit dans un climat de désenchantement. Nous ne croyons pas qu'un concept soit validé parce qu'il s'appuie sur une intentionalité généreuse. Nous ne croyons pas non plus, contrairement à Lénine, qu'il y aurait une relation unilinéaire de causalité entre la raison pragmatique et la raison théorique ; enfin le stalinisme et l'hitlérisme, tout autant que l'expérience médiévale, nous ont appris à douter de la raison du pouvoir d'une part et des évidences naturelles d'autre part. Si Dieu et les Dieux ont pu être objet de critique intellectuelle, au nom de quoi les fétiches contemporains — le droit, l'État, la paix, les droits de l'homme — ne le seraient-ils point ? Nous sommes au siècle de l'incertitude et de la probabilité, dans un climat intellectuel de raison fonctionnelle et non de raison substantielle. Le décodage analytique relatif et aléatoire ne supprime jamais entièrement l'intention subjective et les choix politiques. Ces intentions subjectives ne sont pas universelles, ces choix politiques constitueront toujours un arbitrage particulier<sup>2</sup>.

Il n'y a donc pas de lieu, de temps, d'acteurs ou de représentation qui nous donneraient un repère objectif pour définir le Vrai. Weber avait déjà signalé le conflit éternel des valeurs et l'impossibilité pour le savant d'effectuer des choix qui relèvent toujours du politique : le politique ne décide pas le Vrai ; il arbitre entre des Vrais contradictoires qui entraînent des victoires et des défaites. Les choix opposent des gagnants et des perdants. Les hommes n'obéissent pas à l'ordre du politique parce que celui-ci représenterait ou même serait perçu comme l'expression d'une norme universelle : « *Men act as they do because of belief in authority, enforcement by staffs, a calculus of self-interest, and a good dose of habit.* » nous dit Roth<sup>3</sup>. Bref, les charismes, les politiques publiques, la violence peuvent entraîner une adhésion numérique ce qui n'en fait pas des véhicules du Vrai sauf pour les théoriciens du pouvoir de droit divin.

2. M. WEBER, *Le Savant et la politique*, Paris, Plon, 1968 ; K.R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1947 ; S. LUPASCO, *Logique et contradiction*, Paris, P.U.F., 1947.

3. M. WEBER, *Economy and Society*, tome 1, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 35.

Les grandes religions majoritaires avec leur héritage fanatique ne peuvent certainement pas être le support d'une moralité objective et universelle si ce n'est la moralité d'exclusion<sup>4</sup>. Rappelons en passant que la principale des religions occidentales, le catholicisme romain, n'a adhéré que très tardivement à l'idéologie triomphante des libertés modernes. De même les juristes n'ont réussi à développer ni pratiquement ni théoriquement un corpus commun; le droit et le juriste suivent le fait. Nonobstant de nombreuses gloses sur le droit naturel ou les principes généraux du droit et en dépit du formalisme juridique, il n'y a pas d'accord élémentaire entre la multitude des juristes sur les valeurs et les normes d'un côté et sur les pratiques de l'autre côté<sup>5</sup>. Le droit n'a que l'objectivité fragile des construits artificiels qui ne se concrétisent que par la sanction de la force publique. La relativité et la variation des construits juridiques sont occultées par toute une idéologie du mystère tendant à faire du droit une nouvelle religion ou plutôt à prolonger les systèmes religieux dans le droit<sup>6</sup>.

## 1.2. De l'universalité de la morale et du droit

Le mode de production étatique est devenu planétaire<sup>7</sup>. Il ne se passe guère d'années depuis la seconde guerre mondiale qui ne voit la corporation étatique admettre un nouveau membre dans son sein. La généralisation des structures étatiques ne reflète pas l'émergence d'un code commun du Bien, du Bon et du Vrai entre les hommes. Seule l'acceptation d'une philosophie spécifique, celle d'Hegel, permet de conclure à une adéquation entre la raison, l'histoire, les acteurs et l'État<sup>8</sup>.

La pseudo-universalité des accords flous entre les acteurs étatiques est inférée de cette pseudo-équivalence entre le genre humain et l'État, c'est-à-dire entre un concept indéfini et un appareil bureaucratique doté du monopole de la violence. Le droit international public est d'abord constitué de codes de régulations interétatiques, il n'est pas une réponse d'origine transcendante d'un dieu omniscient aux nécessités fondamentales de l'espèce humaine. L'ordre défini par les pouvoirs centraux est d'abord destiné à la reproduction étatique; il n'exprime pas des structures et des

4. J. DELUMEAU, *La peur en Occident*, Paris, Fayard, 1980.

5. P. BOURDIEU, « La Force... », *supra*, note 1, p. 14 s.

6. J. ELLUL, *Histoire des institutions*, tomes I & II, Paris, P.U.F., 1979; P. BOURDIEU, *Ce que parler...*, *supra*, note 1.

7. H. LEFEBVRE, *De l'État*, Paris, Union générale d'édition, 1972.

8. K. MARX, *Critique de l'État hégélien. Manuscrit de 1843*, Paris, Union générale d'édition, 1976; S. HABERMAS, *Raison et légitimité: Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978.

valeurs intégrées, naturelles, nécessaires et transcendantales<sup>9</sup>; ils sont des construits exprimant des équilibres précaires, à l'instar de l'ordre étatique interne, même s'ils prétendent par les artifices du langage juridique produire un effet d'universalisation.

Une énorme machine de propagande<sup>10</sup> essaie cependant de nous faire croire que les accords internationaux constituent des étapes généralisées du progrès de la conscience universelle, c'est-à-dire qu'un réseau international d'États majoritairement dictatoriaux serait à la base du Bien et du Vrai!

Ces textes représentatifs de la conscience universelle ne garantissent même pas le droit à la vie; notons en effet le paradoxe de l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*:

1. Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.
2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent.<sup>11</sup>

La conscience universelle n'est donc rien d'autre que la légitimation du monopole étatique de la violence, invitée à respecter les structures et les normes juridiques «régulant» la violence, normes et structures produites par... les représentants des États<sup>12</sup>.

### 1.3. Le mythe du progrès moral

La représentation hypostatique de l'institution juridique sur le plan international répond aux mêmes opérations de légitimation que sur le plan national. Rappelons d'abord brièvement que si la diversification technique depuis la révolution industrielle est incontestable, le doute a été porté au sein

9. P. BOURDIEU, «Habitue, code et codification», (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 40 p. 40 s.; P. BOURDIEU, «La Force...», *supra*, note 1, p. 5; J.L. SOURIAUX et P. LERAT, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F., 1975.

10. Voir par exemple, les pages 1 à 4 du document imprimé par les Nations unies en 1978 à New York et intitulé «Les chartes internationales des droits de l'homme».

11. Évidemment l'alinéa 6 de l'article 6 du Pacte évoque mais n'impose pas la possibilité de l'abolition de la peine capitale.

12. Sur cette contradiction de base, voir L. BEAUCHESNE, *D'une impossible démonstration à une paradoxale positivité: Le dialogue juridico-politique en matière de droits de l'homme*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 1984 [non publiée].

des grandes idéologies du progrès<sup>13</sup>. Un pouvoir chasse l'autre, les élites circulent, les agrégats sociaux et les relations à l'environnement se transforment dans un contexte d'obsolescence rapide des valeurs, des normes, des finalités sociales. Donnons trois exemples à ce changement rapide dans les valeurs et dans leurs médiations juridiques et les contradictions entre l'imaginaire social et les politiques juridiques<sup>14</sup> :

1.3.1. Durant la seconde guerre mondiale, le sauvetage des Juifs par les puissances alliées ne fut pas considéré comme une priorité. Après 1945 la perception des horreurs nazies stimulait la production en série de textes internationaux sur les droits de l'homme. Cette avalanche de textes n'a pas empêché les nombreux massacres qui se succédèrent régulièrement sur les cinq continents. Un certain nombre de dictateurs — Hô Chi Minh, Castro, Staline, Mao Tsê-Tung, Gorbatchev — ont, ou ont eu, autant de partisans que de détracteurs en Occident, ce qui montre bien la relativité des mystérieux principes généraux de « justice fondamentale » ou de « droit naturel »<sup>15</sup>.

1.3.2 C'est probablement dans la perspective du droit à la vie du fœtus que l'ordre juridique national réprimait sévèrement l'avortement et que le paragraphe 6(5) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* stipule que : « Une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans et ne peut être exécutée contre des femmes enceintes. » Par contre, aujourd'hui divers acteurs et groupes sociaux estiment que ce type de législation est anachronique face à l'émergence d'un nouveau « droit fondamental », celui de la libre disposition du corps.

1.3.3. Au nom de la fraternité humaine — proclamée par l'article premier de la Déclaration internationale des droits de l'homme — de nombreuses élites québécoises se déclarent prêtes à privilégier l'immigration de réfugiés en consonance linguistique avec le français. La fraternité humaine a donc de nombreuses variations, même linguistiques dans les politiques publiques et dans le droit<sup>16</sup>.

13. P.L. BERGER, *Affrontés à la Modernité*, Paris, P.U.F., 1980 ; R. ARON, *Les désillusions du progrès, essai sur la dialectique de la modernité*, Paris, Calmann-Lévy, 1969.

14. J. BAUDRILLARD, *À l'ombre des majorités silencieuses*, Paris, Denoël-Gonthier, 1982 ; J.-F. LYOTARD, *La condition post-moderne*, Paris, Minuit, 1979 ; J. ZYLBERBERG, dir., *Masses et post Modernité*, Paris, Méridiens Kliensksieck, 1986.

15. Voir la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* adoptée par les Nations unies en 1958 et entrée en vigueur le 12 janvier 1951 ; D.S. WYMAN, *The Abandonment of the Jews, America and the Holocaust 1941-1945*, New York, Pantheon Book, 1985 ; D. CAUTE, *Les compagnons de route 1917-1968*, Paris, Robert Laffont, 1979.

16. Rappelons qu'avant d'avoir des variations linguistiques, le droit de l'immigration a eu au Canada des variations « raciales » et religieuses ; Voir I. ABELLA et H. TROPER, *None is too many : Canada and the Jews of Europe 1933-1948*, Toronto, Lester and Orpen Dennys, 1983.

## 2. Le mythe de l'État de droit

### 2.1. L'idéologisation du pouvoir : l'État de droit

Les légitimations du pouvoir en Occident construites très pragmatiquement si l'on se rappelle le faux de Constantin dans le climat polythéiste de l'antiquité, du moyen-âge et des temps modernes ont été inscrites dans la transcendance divine et/ou mystico-nationale<sup>17</sup>. Le droit s'inscrit dans cette légitimation du pouvoir. La valeur magico-mystérieuse accolée au droit, instrument de légitimation, a légitimé le droit lui-même<sup>18</sup> en même temps que la notion floue d'État de droit. Il est probable que peu d'acteurs à l'époque contemporaine puissent échapper à des transactions variées avec l'organisation étatique du pouvoir reproduite de manière élargie depuis la seconde guerre mondiale<sup>19</sup>.

La notion d'État de droit ne permet pas d'évaluer les différences soit de structure, soit de fonctionnement, entre les organisations centrales du pouvoir. Au nom de quelle morale juridique transcendante — et acceptée universellement — pourrait-on différencier les États de droit et de non-droit à moins de récuser définitivement le champ du droit positif?

### 2.2. L'État comme institution totalitaire et violente

L'histoire de longue durée de l'État et la majorité de ses manifestations contemporaines nous montrent qu'il peut être représenté comme une institution totalitaire — à l'instar de l'institution juridique d'ailleurs — c'est-à-dire : « Une institution érigée en univers clos et spécifique, coupée du reste du monde, exerçant un contrôle total sur l'activité de ceux qui en font partie et constituant l'environnement exclusif dans lequel s'inscrivent tous les aspects d'une existence strictement et minutieusement réglée »<sup>20</sup>.

17. C. MOREUX, *La conviction idéologique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1978; J. ELIUL, *supra*, note 6; L. MOULIN, *Les socialisations. Sociétés. État. Parti.*, Gembloux, Duculot, 1975, p. 168-174.

18. D. LOSCHAK (*supra*, note 1, p. 176-177) : « La dimension protectrice de la règle de droit, la réciprocité au moins virtuelle du rapport juridique, doivent sans doute être rapportées à la fonction idéologique du droit dans les sociétés libérales : instrument de domination, le droit ignore les phénomènes de domination et légitime un pouvoir qu'il est censé limiter : agent de reproduction de rapports sociaux inégaux, il masque l'inégalité derrière l'égalité formelle de sujets de droits abstraits. L'idée que le droit garantit les individus contre le pouvoir est donc mystificatrice dans la mesure où elle dissimule la vraie nature du droit et du pouvoir, ainsi que leurs rapports. Mais elle n'est pas pour autant entièrement illusoire... »

19. Voir H. LEFFEVRE, *supra*, note 7.

20. Voir D. LOSCHAK, *supra*, note 1, p. 126. L'on aura reconnu une synthèse des approches de Goffman sur l'asile.

Le monopole légal de la violence a permis à l'organisation étatique de définir pratiquement et juridiquement un système d'inclusion et de coercition des acteurs sociaux, de délimitation des structures sociales au sein d'un territoire construit militairement, légitimé par des fétiches légaux et la reconnaissance par la corporation des États préexistants. L'énorme majorité des États connus s'est constituée par la violence et l'acceptation par d'autres États, opérations pratiques idéologisées, c'est-à-dire transformées en représentations mythiques, par le droit national ou international<sup>21</sup>.

Chaque nouvelle constitution d'État résulte de l'affrontement d'intérêts particuliers, se réclamant chacun d'un intérêt général, le droit international ne faisant que consacrer l'intérêt particulier victorieux.

### 2.3. État et pluralisme

Tous les États sont donc... de droit, et à divers degrés totalitaires et violents. Un certain nombre, minoritaires en nombre absolu et en population, vit des processus politiques qualifiés de démocratiques et de pluralistes. La démocratisation du pouvoir et sa reproduction, le contexte pluraliste de cette reproduction n'ont existé qu'exceptionnellement dans l'histoire et sont probablement reliés à des processus conflictuels entre intérêts particuliers d'acteurs sociaux d'une part, d'élites du pouvoir d'autre part et ne se perpétuent que par le conflit permanent entre intérêts opposés, contrairement aux théories de l'harmonie nationale et du consensus social<sup>22</sup>. Dans une telle perspective, le droit des collectivités démocratiques et la compétition pluraliste ne sont plus des finalités sociales mais des instruments d'intérêts particuliers promus continuellement par des individus contre les intérêts et les droits du souverain et de l'État. Les intérêts particuliers peuvent défendre des droits de type individuel ou de type corporatif. Les premiers limitent le pouvoir souverain au profit de l'ensemble des gouvernés alors que les autres, de groupe, débouchent souvent sur la négation des hors-groupes, et la domination des acteurs inclus dans le groupe privilégié. Distinguons dans une

21. J.-P. ROULEAU et J. ZYLBERBERG, *Les mouvements religieux aujourd'hui, théories et pratiques*, Montréal, Bellarmin, 1984, p. 25 s.; D. LOSCHAK, *supra*, note 1. B. BARRET-KRIEGEL, *L'État et les esclaves*, Paris, Calmann-Lévy, 1979 (N.B. Ces derniers auteurs sont représentatifs d'un courant critique modéré pour lequel l'idéologie juridique n'est pas entièrement illusoire).

22. R.A. DAHL, *Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy versus Control*, New Haven, Yale University Press, 1982; C.B. MACPHERSON, *La théorie de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971; J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, P.U.F., 3 vol., 1980-1983; F.H. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Paris, P.U.F., 3 vol., 1980-1983.

longue genèse, trois des constellations d'antécédents dans la longue marche, confuse et contradictoire, dans le pluralisme précaire d'une partie de l'Occident contemporain.

2.3.1. Au moyen-âge, face à des pouvoirs guerriers ou ecclésiastiques dominant des souverainetés fragmentées, des acteurs urbains et parfois conventuels ont essayé de protéger leurs intérêts particuliers face aux princes et aux évêques, tentatives prolongées jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, face aux monarchies. Le triomphe de ces intérêts particuliers conduisent ici à la liberté de circulation et à l'habeas corpus, là à un droit corporatif, ailleurs à un droit religieux.

2.3.2. La révolution américaine réintroduit le polythéisme comme principe de base et non comme tolérance, et interdit le césaro-papisme et la confessionnalité territoriale. À tort ou à raison, les pères fondateurs de la République impériale ont constaté une corrélation entre le théisme juridique du pouvoir et ses abus incessants. La confédération américaine est un instrument des intérêts égoïstes des citoyens et n'est plus l'expression d'une raison transcendante. L'organisation politique des États-Unis ne s'exprime-t-elle d'ailleurs pas dans le dicton « *The System Works* »? D'autre part, ce système, incompréhensible du point de vue du droit canon, irréductible au common law, bizarroïde pour les disciples totalitaires de Rousseau, ne prétend pas instaurer une expression athénienne de la citoyenneté, une dictature parlementaire du type anglais, un équilibre ethnique à l'instar du Canada, mais, une fissure permanente dans le chef du souverain, cette fissure affectant à la fois les pouvoirs centraux et locaux. Le système américain qui ne saurait évidemment être parfait limite les capacités d'hégémonie du pouvoir, interdit la main mise sur l'État par une organisation théiste et donc limite les possibilités d'inquisitions internes sinon de croisades externes et conduit à une négociation permanente entre intérêts opposés<sup>23</sup>.

2.3.3. La révolution industrielle et le mode de production capitaliste d'autre part, depuis ses origines, a engendré des nécessités d'incessantes circulations et de communications qui érodent sans cesse l'hégémonie territoriale de l'État<sup>24</sup>. Ce n'est pas un hasard si la plupart des critiques du capitalisme contemporain réclament un renforcement du despotisme de l'État pour protéger les acteurs sociaux de la circulation des objets culturels et matériels et de la pollution religieuse, nationale, raciale, linguistique<sup>24</sup>.

23. Voir le travail classique de A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Garnier, 2 vol., 1981.

24. A.O. HIRSHMAN, *Les passions et les intérêts. Justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, Paris, P.U.F., 1980; J. SCHUMPETER, *supra*, note 22; C. MORAZE, *Les bourgeois conquérants*, Paris, A. Colin, 1957.

2.3.4. Après 1945, la défaite ou le refoulement des étatismes antilibéraux exacerbés a permis avec plus ou moins de succès à de nombreux individus occidentaux de limiter les pouvoirs souverains en obtenant des élections libres et honnêtes et une amélioration théorique des procédures criminelles. Le pouvoir du souverain a été également limité par un questionnement provisoire de la peine de mort et une critique plus intense des procédures judiciaires par les médias.

2.3.5. Cette amélioration provisoire des pouvoirs respectifs de l'individu et du souverain ne constitue certes pas un processus irréversible. L'époque de 1929 à 1945 nous a révélé la vulnérabilité du pluralisme et de la démocratie, et des idéaux de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, dans le chef même des dirigeants étatiques signataires de ce document. Après la guerre, la censure des médias, l'intolérance religieuse, le racisme étatique, les sévices physiques aux prisonniers, la persécution idéologique, se sont manifestés à intervalles réguliers en Occident, et régulièrement dans l'ensemble de la planète<sup>25</sup>.

## 2.4. Rétroaction : la raison d'État et le droit de l'ordre

Les divers abus contre les « libertés fondamentales » sont expliqués, soit par les dysfonctions bureaucratiques, soit par la sécurité de l'État, la raison d'État légitimant la pesanteur bureaucratique et la pesanteur judiciaire.

2.4.1. Les dysfonctions bureaucratiques sont l'envers d'une production réglementaire généralisée que l'on peut qualifier de normalisation indolore<sup>26</sup>. Ce « totalitarisme tranquille » présente à notre avis les caractéristiques suivantes :

2.4.1.1. Ils s'ajuste sans difficultés<sup>27</sup> aux notions floues de droit positif et de justice fondamentale. L'État rationnel de droit, au nom du bien commun de la nation, multiplie les règles impersonnelles qui sanctionnent la reproduction sociale, la reproduction culturelle, la reproduction économique de la nation. Du feu rouge à la guerre, de l'enseignement de la sexualité à la réglementation de la prostitution, de la production du pain au contrôle de la

25. Voir les rapports annuels ou spéciaux des groupes non gouvernementaux spécialement ceux de *Freedom house* à New York et en complément, ceux d'*Amnesty International* à Londres.

26. Voir D. LOSCHAK, *supra*, note 1, p. 184.

27. *Contra Ibid.* : « Le déclin du droit est parachevé lorsqu'à la règle juridique se substitue la norme statistique objective qui normalise en douceur, sans contrainte, mais sans possibilité non plus de résistance, puisqu'on y obéit sans même s'en apercevoir. Ce que nous enseigné, en somme, l'expérience du totalitarisme, c'est que le règne du droit, tout mystificateur qu'il fut, signifiait aussi une certaine forme de liberté qui risque de disparaître avec lui. »

masse monétaire, du solfège à la manufacture de la culture nationale, rien n'échappe à l'État de droit.

2.4.1.2. Les acteurs centraux d'autorité peuvent renforcer et occulter leur pouvoir en multipliant les médiations réglementaires et les supports bureaucratiques qui les séparent de la population. La légitimation de cette inflation légal-bureaucratique est la même dans l'État de droit démocratique et dans l'État de droit « populaire » : cette reproduction élargie de l'État se fait sur la base du savoir spécialisé d'experts technocratiques ; l'État a non seulement le monopole de la force mais aussi de la raison et de ses ramifications techniques multiples<sup>28</sup>. Ajoutons pour mémoire, que partout, ces règles sont présentées comme des réponses à des demandes sociales : l'État est donc une victime de la société qu'il domine.

2.4.1.3. Le totalitarisme inodore ne doit pas recourir à la raison d'État pour justifier les brimades individuelles. Celles-ci deviennent des bavures et des abus d'autorité de fonctionnaires censés être des spécialistes compétents. Or, le problème est plus fondamental : plus personne n'est capable de contrôler les masses bureaucratiques et réglementaires contemporaines. Le problème de l'acteur social contemporain n'est pas seulement le fait de devoir effectuer des dépenses de temps et d'argent pour obtenir réparations d'abus ou d'erreurs du pouvoir, mais d'être censé connaître et respecter un fatras gigantesque de lois et de règlements et d'organigrammes qui ne sont connus ni des ministres de la Justice ni des responsables des diverses fonctions publiques<sup>29</sup>. Comme le signale Lenzen, l'adulte contemporain est devenu un enfant, un mineur « régulé » par l'État. Il dépend non seulement pour sa reproduction quotidienne des décisions et des organisations étatiques, mais de plus, il ne peut plus agir sans soumission plus ou moins aveugle à l'arbitrage bureaucratique ou sans un « conseil expert » qui deviendra rapidement son tuteur<sup>30</sup>.

2.4.1.4. L'État technocratique se débarrasse du carcan constitué par l'égalité devant la règle générale, en revenant au droit corporatif de l'ancien régime. La multiplication des droits de catégories particulières fait progressivement exception à la règle générale et a pour résultat de provoquer

28. P.-P. DRUET *et al.*, *Technologies et sociétés*, Paris, Galilée, 1980 ; J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, Paris, Denoël-Gonthier, 1978 ; K. KORSCH *et al.*, *La contre-révolution bureaucratique*, Jovis, Union générale d'édition, 1973 ; J. ELLUL, *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977.

29. À supposer que la masse des corpus juridiques puisse être dominée, reste le problème de la contradiction et de la polysémie des énoncés, de même que la connaissance de la masse bureaucratique et le problème des conflits d'autorité ne sont pas résolus dans « l'État de droit ».

30. D. LENZEN, *Mythologie der Kindheit*, Hamburg, Rowohlt, 1985.

une guerre froide permanente entre groupes « majoritaires » et « minoritaires »<sup>31</sup>.

2.4.2. La raison d'État sert de prétexte régulièrement pour abolir les garanties pragmatiques obtenues historiquement par les citoyens. Les justifications données à ces situations d'urgence ne constituent-elles pas le meilleur démenti à l'universalité des contenus du droit : il est interdit de tuer ; l'État tue ceux qui tuent. Même si les acteurs sociaux effectuent dans leurs soumissions un bilan plus ou moins astucieux de leurs intérêts pondérés par l'habitude, il ne faut pas oublier le rôle de la violence étatique, d'autant plus facilement acceptée que les autorités ne répriment jamais simultanément l'ensemble de la population. Et pourtant la sécurité nationale, c'est-à-dire la sécurité prioritaire des autorités étatiques est probablement la seule norme diffusée théoriquement et pratiquement à la grandeur de la planète terre. Les juristes optimistes auront beau nous rappeler que la sécurité de l'État est une source exceptionnelle du droit, les faits démentent cette approche car la majorité des États utilise à l'heure actuelle ces pouvoirs concédés par la plupart des textes juridiques nationaux et internationaux<sup>32</sup>.

2.4.3. En dépit de la démocratisation occidentale, la raison d'État, c'est-à-dire le droit de l'ordre étatique, sévit non seulement par la pesanteur bureaucratique, la menace de la violence, le conformisme ou l'intérêt des acteurs sociaux, mais aussi par un appareil de propagande voué à la légitimation de la domination étatique.

2.4.3.1. Les chefs d'États se présentent et sont présentés continuellement comme des êtres exceptionnels, à défaut de charisme personnel, on leur attribue un charisme de fonction. Les mêmes peuples indéfinissables, auxquels l'on attribue la légitimité du pouvoir, sont par ailleurs considérés comme des enfants, à qui le souverain doit être présenté d'une manière enchantée<sup>33</sup>.

2.4.3.2. Trop de dirigeants et d'intellectuels organiques établissent une équation irréfutable : raison d'État = état de raison. L'État est rationnel parce que nécessaire, nécessaire parce que rationnel. De même qu'il est difficile pour la raison critique d'accepter le caractère exceptionnel, suprahumain des chefs d'États, il est malaisé pour l'observateur scientifique

31. P. GUILLAUME *et al.*, *supra*, note 1.

32. Rappelons simplement pour mémoire l'utilisation de pouvoirs d'exception depuis trente ans par le Canada (et le Québec), la France, l'Allemagne fédérale, l'Angleterre, etc. en vertu de législations nationales pas toujours conformes avec l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

33. J. ZYLBERBERG, « Le charisme en question : pouvoir et organisation dans la contemporanéité » (*Conférence for the Sociology of Religion*, Lausanne, 1985); Voir aussi *supra*, note 30.

d'admettre que l'agrégation hiérarchique des classes politiques et bureaucratiques garantirait une rationalité des acteurs impliqués supérieure à celle des autres acteurs sociaux, si ce n'est une rationalité technique, ou plus exactement une instrumentalité technique supérieure à celle dont dispose le citoyen individuel<sup>34</sup>.

2.4.3.3. Il faut d'ailleurs relativiser aussi l'argument de la nécessité étatique. Que ce soit dans la longue, la moyenne ou la courte durée, les organisations étatiques n'ont pas démontré que leur monopole de la violence assurait la paix entre les hommes. Quant aux nécessités économiques et sociales, la preuve semble avoir été faite empiriquement qu'il y a une corrélation positive entre le despotisme étatique et le « mal-développement », dans la durée longue<sup>35</sup>.

2.4.3.4. Les États prétendent justifier leur raison, qui pour d'autres acteurs sociaux est souvent déraison, au nom d'autres figures mythiques, que sont la nation et le peuple<sup>36</sup>. Ces mots grandiloquents permettent depuis des siècles l'ostracisme, l'emprisonnement, la torture, la séquestration des dizaines de millions d'êtres humains. L'opération de purification des traîtres et des indésirables ne prend jamais fin<sup>37</sup>. Seul, le degré de répression varie en relation directe avec les pouvoirs et les capacités étatiques. Plus les intérêts sectoriels égoïstes sont forts, plus la répression étatico-nationale est faible.

2.4.3.5. Toutes ces bonnes et mauvaises raisons, toutes ces déraisons fantastiques et mythologiques, conduisent à une valorisation extraordinaire de l'État et à sa sacralisation. Ces opérations religieuses par lesquelles un cosmos mystérieux étatique est constitué, conduisent donc nécessairement aux guerres — croisades et aux purges — inquisitions, au nom de la sécurisation étatique. L'on peut présumer cependant que les États démocratiques auront plus de mal à justifier leurs croisades et leurs inquisitions que les États dictatoriaux.

Bref, raison d'État, sécurisation de l'État, bureaucratisation d'État, infantilisation des populations, segmentation de la citoyenneté, constituent

34. M. MAFFESOLI, *Logique de la domination*, Paris, P.U.F., 1976.

35. J. SCHUMPETER, *supra*, note 22; J. ZYLBERBERG, « Des acteurs étatiques: Leviathan en Amérique », (1986) 18 *Études internationales* 249 p. 249-278; *Contra* J. NEF, « Crise politique et transnationalisation de l'État en Amérique Latine: une interprétation théorique », (1986) 18 *Études internationales* 279 p. 279-306.

36. J.-P. FAYE, *Théorie du récit: introduction aux langages totalitaires*, Paris, Hermann, 1972; J. ZYLBERBERG, « Fragments d'un discours critique sur le nationalisme », (1978) 2 *Anthropologie et Sociétés* 183 p. 183-190.

37. « L'Autre L'Étranger. Présence et exclusion dans le discours », (1986) *Mots-Ordinateurs-Textes-Sociétés*, n° 8, mars; D. LOCHAK, *Étrangers: De quel droit*, Paris, P.U.F., 1985.

une description toute aussi valable de l'État de droit que celle fournie par l'idéologie juridique. Les organes de l'État ne se mobilisent jamais d'eux-mêmes pour garantir les libertés. Il faut que les citoyens exercent de multiples pressions pour que ces organes se mettent en mouvement, aidés plus par les concurrences entre les acteurs du pouvoir que par des corpus juridiques contradictoires et polysémiques, et n'ayant de signification que dans une *chaîne de communication, reliant des acteurs inégaux en pouvoir et en influence*<sup>38</sup>.

### 3. Le mythe de l'ordre universel

Les acteurs étatiques seraient cependant limités dans leur totalitarisme indolore ou douloureux par la morale universelle, la conscience des peuples, les crédos des grandes religions et le droit international. Concrètement, l'on assiste à une nouvelle série d'opérations idéologiques de promotion et de légitimation mystérieuse qui nous assurent que les vertus de rationalité, de nécessité et de moralité attribuées aux acteurs nationaux sont transférées à leurs rejets internationaux qui contrôleront l'irrationalité, les dysfonctions et l'immoralité des acteurs nationaux. Nous proposerons plutôt l'hypothèse suivante : les relations — de coopération et de conflits — interétatiques ont abouti à la multiplication d'accords internationaux qui constituent un ensemble hétérogène contradictoire et composite<sup>39</sup>.

#### 3.1. L'idéologie universaliste

L'idéologie du mystère, la représentation universelle du droit et de la morale est évidemment présentée dans l'auto-hagiographie des fonctionnaires des Nations unies :

L'encouragement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous figure dans la Charte (document historique qui a donné naissance à l'Organisation des Nations unies) au nombre des grands buts de l'Organisation. Très tôt après la création de l'Organisation des Nations unies, le Conseil économique et social et sa Commission des droits de l'homme décidèrent que la charte internationale des droits de l'homme qui était envisagée se composerait d'une déclaration de principes généraux, ayant valeur morale, d'un pacte distinct, qui aurait force obligatoire pour les États l'ayant ratifié et de dispositions de mise en œuvre. La Commission, en un laps de temps assez bref, a

38. P. BOURDIEU, *Ce que parler..., supra*, note 1 ; J. HABERMAS, *Communication and the Evolution of Society*, Boston, Beacon Press, 1979.

39. Voir E. MCWHINNEY, *Les Nations unies et la formulation du droit, relativisme culturel et idéologique et formation du droit international pour une époque de transition*, Paris, Pelsone — U.N.E.S.C.O., 1986.

rédigé la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, document historique qui fixe les normes régissant le respect des droits de l'homme.

Cette apologétique est renforcée par un incontestable expert *es moralité* comme monsieur Waldheim : « Ces instruments internationaux historiques fourniront à l'Organisation des Nations unies et à ses membres d'importants moyens pour atteindre l'un des principaux objectifs de la Charte des Nations unies : l'encouragement du respect des droits de l'homme pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »<sup>40</sup>.

Le même texte publicitaire voudrait cependant nous faire croire qu'il y eut un accord sur un énoncé de droits « acceptables par tous les peuples, toutes les religions, toutes les cultures et toutes les idéologies représentées au sein de l'Organisation des Nations unies »<sup>41</sup>. La définition de l'universalité morale et juridique devient fort claire. Elle se réduit à la médiation et à la cooptation au sein de la corporation interétatique. Les États membres deviennent les expressions de *tous* les peuples, de *toutes* les cultures et de *toutes* les religions<sup>42</sup> !

### 3.2. Auto-protection et corporatisme étatique

Les codes pseudo-universalistes pouvaient être acceptés par une majorité d'État dictatoriaux et même démocratiques dans la mesure où ces codes prévoyaient des balises et des limites étatiques à la protection des libertés :

3.2.1. Les États sont à la fois les juges et les parties en première et en dernière instance de tout conflit relatif aux droits et aux libertés<sup>43</sup>. L'universalité des droits correspond à la planétarisation du mode de production étatique<sup>44</sup> et à la formulation de règles de coexistence pacifique entre les acteurs étatiques.

3.2.2. Les instruments juridiques internationaux reprennent une philosophie d'ancien régime : le despote éclairé protège non seulement le

40. *Supra*, note 10, p. 4 et 11 ; Monsieur Waldheim n'est pas un acteur minoritaire dans l'aéropage des dignitaires qui depuis près de 40 ans sanctionnent cette propagande planétaire sur la fraternité humaine. Monsieur Staline, après la Seconde Guerre mondiale, avait été le premier d'une longue cohorte soit de dictateurs, soit d'anciens alliés de l'Allemagne nazie qui allait édifier l'ordre juridique international.

41. *Ibid.*

42. M. ORIOL, « Identité produite, instituée, identité exprimée : confusions des théories de l'identité nationale et culturelle », (1979) *Cahiers internationaux de sociologie*, p. 19 à 28 ; J.-P. MONTMINY et J. ZYLBERBERG, « Existences excentriques : les croyances alternatives au Québec », (1982) *Questions de culture*, p. 97 à 121.

43. *Supra*, note 12, p. 268 à 311.

44. *Supra*, note 7, tome III.

peuple mais est aussi le garant de la culture et de la religion des peuples minoritaires sur son propre territoire ou ailleurs<sup>45</sup>.

3.2.3. Le rôle des acteurs non étatiques ne peut transgresser ces limites étatiques. Si bien que des particuliers peuvent porter plainte, par exemple à un organisme des Nations unies, ces plaintes étant examinées selon la procédure suivante : « Les États qui ont ratifié le Pacte relatif aux droits civils et politiques élisent un comité des droits de l'homme composé de 18 membres siégeant à titre individuel. Aux termes du Pacte, il doit s'agir de personnalités de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme. Le Comité examine les rapports qui lui sont présentés par les États parties et peut adresser à ces États ainsi qu'au Conseil économique et social des observations générales »<sup>46</sup>. On ne peut que s'émerveiller devant cette merveilleuse morale universelle qui établit un lien circulaire entre la vertu des États et la vertu des moralistes qui doivent les sanctionner.

3.2.4. Ces différents accords internationaux introduisent suffisamment de clauses contradictoires et de normes polysémiques pour que les États membres puissent privilégier alternativement les droits des « peuples » ou les droits des « individus » ou des « personnes » d'une part, ou les libertés politiques ou les droits économiques, sociaux et culturels d'autre part<sup>47</sup>.

3.2.5. Craignant cependant que la théodicée juridique polysémique qu'ils propagent ne puisse être utilisée contre eux, les États se sont protégés dans leur droit à la répression des libertés individuelles par l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* :

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent

45. F. CARPOTORI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations unies, 1979.

46. *Supra*, note 10, p. 10 ; Voir également les articles 28 à 46 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* voté en 1966 et entré en vigueur le 3 janvier 1976 et la *Déclaration relative à l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (compétence du Comité des droits de l'homme à être saisi des communications d'un État partie contre un autre État partie)*, entrée en vigueur le 28 mars 1979 ; E. LUARD, *The International Protection of Human Rights*, Londres, Thames and Hudson, [1967] ; K. VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, U.N.E.S.C.O., 1978.

47. Il ne faut pas confondre l'opposition entre les droits individuels ou collectifs avec la différence entre libertés civiles et politiques et droits économiques et sociaux, ces derniers étant consacrés par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, voté en 1966 et entré en vigueur le 3 janvier 1976 ; Voir sur ces thèmes, *Droits de l'homme : droits collectifs ou droits individuels*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980 ; A. FENET, *Droit de l'homme, droits des peuples*, Paris, P.U.F., 1982 ; *supra*, note 39 ; A. POLLIS et P. SCHWAB, *Human Rights, Cultural and Ideological Perspectives*, New York, Praeger, 1979 ; A. CASSESE et E. JOUVE, *Pour un droit des peuples*, Paris, Berger-Levrault, 1978 ; K. VASAK, *supra*, note 46.

prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.
3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.

Comparons le texte du paragraphe 4(1) avec l'énoncé du paragraphe 2(1) dans le même Pacte :

Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Cette comparaison appelle les observations suivantes :

- La mythique et mystérieuse nation est représentée par l'État, au nom de laquelle ce dernier peut persécuter des individus et des groupes dont les libertés d'opinion ne sont pas inaliénables, puisqu'elles peuvent être suspendues. Rien n'est donc vraiment fondamental et invariable dans ce droit universel, sauf l'acteur étatique.
- Le contrôle exercé sur un État se réduit à l'information des autres États.
- La persécution religieuse est interdite en cas d'urgence, il suffit cependant pour contourner ce texte d'interdire « toute autre opinion ».
- La protection de la nation assurée par le paragraphe 4(1) n'interdisant pas la discrimination selon l'origine nationale ou la fortune ou la naissance, cet oubli permet facilement à un gouvernement de contourner la prohibition de la discrimination raciale. À la limite, un groupe privé de ces droits en vertu d'une législation d'urgence pourrait en appeler en faisant valoir ses caractéristiques « raciales »<sup>48</sup>.

48. L'on se rappellera d'une part que les textes des organisations des Nations unies perpétuent le mythe raciste, en utilisant constamment le terme « race » comme une réalité et, d'autre part, que les gouvernements nazis et leurs sympathisants caractérisaient les « races inférieures » en utilisant aussi les critères de fortune, de naissance, voire d'origine nationale. Sur le racisme, voir C. GUILLAUMIN, *L'idéologie raciste : genèse et langage actuel*, La Haye, Mouton, 1972.

### 3.3. Auto-limitation étatique et autonomie judiciaire

L'on peut déceler dans l'idéologie des relations interétatiques, l'apport de l'idéologie individualiste occidentale, mais comme concession verbale de droits, par les États et leurs appareils et non une reconnaissance de libertés inaliénables dans le sens de Jellinek<sup>49</sup>, comme le montre l'examen du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

3.3.1. Le paragraphe 4(1) limite temporellement et matériellement la répression autorisée. Il limite la répression à une période de danger public exceptionnel. L'article 6 interdit clairement le génocide. L'article 7 connote négativement la torture dont l'usage est prohibé. Enfin, les articles 6, 7, et 8 interdisent des peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants.

3.3.2. Le Pacte international n'interdit cependant pas la peine de mort à condition que ces agressions violentes à l'intégrité physique soient sanctionnées par un tribunal.

3.3.3. Les paragraphes 8(1) et 8(2) ne font que reprendre des dispositions déjà acquises à Vienne au siècle dernier. Malheureusement, le paragraphe 8(3) appliqué par d'éminents juristes respectueux de droits positifs peut annuler complètement les paragraphes 8(1) et 8(2).

3.3.4. L'article 11 est clair et net et limite l'utilisation du droit par l'État ou par des élites économiques.

3.3.5. L'article 15 généralise la non-rétroactivité des lois, sauf dans les cas «... d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations». Aucun corpus ne semble énumérer ces principes généraux du droit.

3.3.6. L'article 18 semble garantir le caractère inaliénable de la liberté de pensée, de conscience ou de religion ; malheureusement il est rendu caduc par le paragraphe 3 :

La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Tout spécialiste du contentieux minorité-État aura reconnu le lexique par lequel de nombreux groupes religieux ont été persécutés par les États<sup>50</sup>.

49. G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Fontemoing, 1902.

50. P. GUILLAUME *et al.*, *supra*, note 1 ; Voir aussi la discussion intensive sur la mention de religion et de liberté religieuse dans High Court of Australia : The Church of the New Faith. Applicant, and the Commissionner for payroll tax Respondant, octobre 1983, Melbourne.

3.3.7. Les différentes garanties n'occulent pas un fait précis : le « droit universel » est donc le droit du monopole de la violence étatique et de ses appareils. Pour de nombreux auteurs, y compris des auteurs critiques du droit, l'autonomie relative des appareils judiciaires, l'efficacité des magistrats et des corpus juridiques procurent des garanties formelles et impersonnelles aux individus. Il est difficile théoriquement d'accepter ces arguments idéalistes sur la vertu s'exerçant d'elle-même. Pratiquement, l'argumentation idéaliste est réfutée par l'expérience occidentale de longue durée : les appareils sociaux spécialisés et autonomes — par exemple l'Église fortement « régulée » par la théologie et le droit, dans une intentionalité vertueuse et valorisée par un contexte de transcendance — ont toujours abusé de leurs pouvoirs. C'est la contradiction et la compétition entre acteurs et appareils qui ont historiquement limité l'arbitraire du souverain et non l'autonomie de ses délégués<sup>51</sup>.

#### 3.4. Limitation du souverain et rétroactions étatiques

3.4.1. Le *Pacte international des droits civils et politiques*, quelles que soient ses ambiguïtés et ses limites, comporte une idéologie de limitation du souverain, idéologie qui peut être agitée avec un succès relatif par des *États contre d'autres États*. Le Pacte est un excellent exemple de l'efficacité du droit résultant non de la morale mais des contradictions et de l'ambiguïté des normes. On retrouvera dans les articles 2, 3, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 25, et 26 du Pacte la généralisation des balises édifiées par les communautés urbaines, les coopérations marchandes et les sectes religieuses, pour protéger leur intégrité physique, pour accumuler leur capital, pour exprimer leur dissidence face aux pouvoirs arbitraires du souverain, devenus pouvoirs d'arbitrage et finalement pouvoirs partagés.

3.4.2. L'arrêt, le refoulement, la fragmentation victorieuse du pouvoir souverain sont devenus à leur tour une fiction juridique non universelle mais suffisamment répandue pour faire l'objet de rétroactions étatiques qui mettent en danger ces acquis toujours minoritaires dans la vie quotidienne de la majorité des êtres humains<sup>52</sup>.

3.4.2.1. Les structures étatiques et interétatiques ont multiplié les constructions de contre-fictions collectives que ces structures prétendent incarner, défendre et présenter face aux fictions individuelles. Il s'agit de

51. Voir la discussion socio-historique, partiellement différente de la nôtre, mais relativisant le droit considéré aussi par ses auteurs comme un construit : *supra*, note 3, p. 641 s. ; P. BOURDIEU, « La force du droit... », *supra*, note 1 ; D. LOSCHAK, *supra*, note 1.

52. *Supra*, note 34.

peuple, de la nation, de la culture. La sécurisation de la nation autorise toutes les contraintes contre les individus sauf la torture, le génocide... et la discrimination<sup>53</sup>.

3.4.2.2. Les structures étatiques et interétatiques essaient de regagner les positions perdues en diminuant le nombre de pouvoirs partagés au nom du pouvoir d'arbitrage. La fiction des libertés de l'individu et de l'égalité du citoyen se voient assaillies par la multiplicité des catégories singulières telles que la « race » (40 ans après la défaite du Nazisme!), le sexe, l'âge, les caractéristiques physiques, etc. Ce type de droits nous fait retourner à l'ancien régime<sup>54</sup>.

### 3.5. L'idéologie technocratique

Comme au niveau étatique, bureaucrates et experts en droit international s'autoreproduisent de manière élargie dans des centres internationaux et régionaux pour administrer, interpréter et étendre le droit.

3.5.1. Ces bureaucraties et technocraties, motivées aussi bien par leurs intérêts privés et organisationnels, que par un projet idéaliste, multiplient les catégories et les matières, c'est-à-dire les fictions juridiques. Réunions et textes se multiplient dans le monde pour multiplier à l'infini les construits reliés aux droits de l'homme. Tout devient droit fondamental, sanctionné par un texte, promu par une bureaucratie, interprété par des experts de telle sorte qu'il n'y a plus de droits fondamentaux parce qu'ils s'annulent les uns les autres<sup>55</sup>.

3.5.2. Cependant, l'hypertrophie des organes interétatiques peut avoir un effet pervers non désiré par les acteurs étatiques. Une certaine « autonomisation » des bureaucrates et des experts peut entraîner théoriquement des conflits entre des acteurs nationaux et supranationaux et éroder ainsi quelque peu l'arbitraire étatique. En pratique, ces conflits n'ont de tels effets que lorsqu'un certain nombre d'acteurs étatiques décident d'utiliser un groupe de technocrates internationaux contre d'autres acteurs étatiques.

53. *Supra*, note 32.

54. P. GUILLAUME *et al.*, *supra*, note 1 ; *supra*, note 45 ; « Les droits des minorités », (1986) 27 *C. de D.* 1 ; N. NEVITTE *et al.*, *Minorities and the Canadian State*, Oakville, Mosaic Press, 1985, p. 107-123 ; J. ZYLBERBERG, « Droits de la personne... », *supra*, note 1.

55. Au 1<sup>er</sup> janvier 1985, l'on comptait au niveau international 62 instruments généraux en rapport avec les droits de l'homme, 27 de ces textes concernaient des groupes particuliers.

#### 4. Idéalisme juridique et pratiques étatiques

Nous avons sélectionné plusieurs types de pratiques pour illustrer la relativité du droit. Même un pays démocratique comme le Canada n'est pas à l'abri des excès du pouvoir souverain, grâce au droit ou malgré le droit.

##### 4.1. Un régime démocratique : le Canada

Le Canada se présente et est représenté souvent comme une terre de liberté. Il s'agit effectivement d'un régime libéral, démocratique formellement, élitiste, semi-pluraliste, basé sur le scrutin majoritaire et où la majorité des citoyens peut espérer avec une certaine probabilité échapper aux poursuites arbitraires et voter librement<sup>56</sup>. Néanmoins depuis 1867 à nos jours, des individus et des groupes ont vu bafouer leurs « droits » à l'intégrité physique, à la libre expression, et à la libre circulation<sup>57</sup>. Du point de vue d'une idéologie individualiste des libertés, les principaux problèmes contemporains sont les suivants<sup>58</sup>.

4.1.1. Le totalitarisme indolore est promu idéologiquement par une représentation de la démocratie comme un processus de consensus et non comme un processus de concurrence pluraliste.

4.1.2. Le totalitarisme indolore est promu par l'expansion constante du modèle d'État régulateur généralisé. Au-delà d'un parlement qui ne remplit guère de fonctions législatives *actives* et de moins en moins ses fonctions de contrôle, le pouvoir réel est détenu d'une part par les premiers ministres fédéraux et provinciaux et d'autre part par la bureaucratie. Ces acteurs de pouvoir multiplient — au nom de la « société » paraît-il — les actes réglementaires et les médiations entre le souverain et le citoyen.

4.1.3. Même un exercice effectif du contrôle parlementaire ne garantirait pas les libertés des citoyens puisque le Canada vit dans un régime parlementaire d'inspiration britannique : « *Any of the civil liberties, including free speech can be abolished by the [British] Parliament at any time. Thus,*

56. B. LASKIN, *The British Tradition in Canadian Law*, London, Stevens, 1969; J.R. MALLORY, *The Structure of Canadian Government*, Toronto, Macmillan, 1971; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977; F.R. SCOTT, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto, 1959.

57. I. ABELLA et H. TROPER, *supra*, note 16; N. NEVITTE *et al.*, *supra*, note 54; W.D. KERNAGHAN, *Freedom of Religion in the Province of Québec with Particular Reference to the Jews, Jehovah Witnesses and Church-States Relations*, Thèse de doctorat, Duke University, 1966; J.M. PENTON, *Jehovah's Witnesses in Canada, Champions of Freedom of Speech and Worship*, Toronto; Maclean-Hunter Press, 1976.

58. J. ZYLBERBERG, « L'État et le citoyen... », *supra*, note 1.

*when the B.N.A. Act established parliamentary institutions on the model of the United Kingdom, the plausible assumption would be, as the courts have so often emphasized, that the Canadian institutions would enjoy powers of the same order as those of the Parliament at Westminster... »<sup>59</sup>.*

4.1.4. La *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>60</sup> a cependant sanctionné un certain nombre de libertés fondamentales (article 2), de droits démocratiques (articles 3 à 5), la liberté de circulation et d'établissement (article 6), des garanties juridiques (articles 7-14) et des droits à l'égalité (article 15). Cette loi — qui élargit considérablement le contrôle judiciaire — n'est pas à l'abri de critiques.

4.1.4.1. Cette Charte confère des pouvoirs exceptionnels aux législatures — c'est-à-dire aux premiers ministres — dans son article 33, qui est probablement en contradiction avec l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ratifié par le Canada :

- 1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.
- 2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.
- 3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.
- 4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).
- 5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

4.1.4.2. Cette Charte ne met pas fin à une vieille habitude canadienne de privilégier légalement les catégories plutôt que le citoyen. L'article 33 ne peut en effet s'exercer contre les droits préférentiels en matière linguistique et religieuse — articles 16 à 23 — (sans oublier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), ni contre le principe d'égalité de sexe prévu à l'article 28. Le droit canadien suit le fait : il garantit, il perpétue les variables sociologiques, il est ambigu en ce qui concerne les libertés fondamentales. Norton a relevé le « caractère canadien » de ces contradictions :

*In the end, the Charter had something for everyone — a politician's come true but a judicial nightmare. Before contemptuously dismiss Trudeau for creating such a legal and political morass it must be asked whether these might not be some method in his madness. For whatever his vices might be, no one has ever*

59. P.W. HOGG, *supra*, note 56.

60. Voir le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit... »

accused the Prime Minister of being stupid. Upon closer analysis, there are really two different categories of « groups rights » in the Charter : the section 15 equality rights and the section 16–23 minority language and education rights. The principal difference is that the former are all subject to the section 33 legislative override, while the latter are not. This reinforces the view that Trudeau's « concessions » to feminists and other civil liberation groups on the wording of section 15 and certain of the legal rights sections were practical manœuvres designed to gain wider political support for the overall constitutional package. It also suggests that, perhaps from Trudeau's perspective, they were not very significant concessions. From this perspective, the fundamental or preferred freedoms of the Charter are not the universal rights and freedoms associated with the practice of liberal democracy everywhere, but rather those rights and freedoms that are unique to Canadian experience. Rather than « cluttering up » the Charter as some commentators have critically remarked, these uniquely Canadian elements may be its heart and soul. Not, perhaps, is it coincidence that they correspond closely to, and indeed promote, Trudeau's vision of a more unified Canada based on a national policy of bilingualism<sup>61</sup>.

#### 4.2. Les États autoritaires<sup>62</sup>

Dans le tiers monde, trois pays entretiennent des relations particulièrement privilégiées avec le Canada et soutiennent avec ardeur l'action des Nations unies tout en réprimant avec impunité leur population<sup>63</sup>.

4.2.1. Le Mexique se caractérise par le discours institutionnel, la fraude électorale, la violence policière, la corruption généralisée et en général un beau mépris pratique pour les « droits civils et politiques » des citoyens<sup>64</sup>.

4.2.2. L'Inde, à la différence du Mexique, se caractérise par des « élections libres et honnêtes » qui presque toujours assurent le maintien au pouvoir d'une dynastie familiale. La capacité militaire et policière des

61. N. NEVITTE *et al.*, *supra*, note 54, p. 83-84.

62. Sur la notion d'État autoritaire, voir D. COLLIER, *The New Authoritarianism in Latin America*, Princeton, Princeton University Press, 1979; G. GERMANI, *Authoritarianism, Fascism and National-Populism*, New Brunswick, Transaction Books, 1978; S.P. HUNTINGTON, *Political Order in Changing Societies*, New Haven, Yale University Press, 1968; J. ZYLBERBERG, « Des acteurs étatiques : Leviathan en Amérique », (1986) 17 *Études internationales* 249 p. 249-278.

63. Sur le respect et l'irrespect des libertés dans ces trois pays, voir les rapports annuels de Freedom House, *Freedom in the World*, New York et ceux d'Amnestie International, Londres; W.A. VEERHOVEN, *Case Studies on Human Rights and Fundamental Freedoms, a world Survey*, The Hague; Martinus Nijhoff, 1975-76.

64. Sur le Mexique, voir L.V. PADGETT, *The Mexican Political System*, Boston, Houghton Muffin, 1976; O. PAZ, *The Other Mexico. Critique of the Pyramid*, New York, Grove Press, 1972; P.H. SMITH, *Los Labirintos del poder. El reclutamiento de las élites políticas en Mexico 1900-1971*, Mexico; El Colegio de Mexico, 1981.

autorités centrales, qui s'exerce de manière externe et interne avec vigueur, disparaît lorsqu'il s'agit d'empêcher des discriminations systématiques sur des dizaine de millions d'êtres humains<sup>65</sup>.

4.2.3. Le régime militaire algérien, autre bastion de l'ordre international, viole théoriquement<sup>66</sup> et pratiquement la liberté d'opinion, de religion et de culture.

4.2.4. Chacun de ces trois régimes entretient une discrimination pratique — sinon légale — contre des groupes ethnoculturels divers, ce qui leur confère un droit de parole éminent aux Nations unies pour dénoncer l'*apartheid*<sup>67</sup>.

4.2.5. Diverses explications — lorsqu'il n'y a pas de non-dits purs et simples — sont avancées au Canada et en Occident pour justifier ces atteintes à la philosophie libérale.

4.2.5.1. Les nécessités du développement rendent nécessaire un exercice musclé du pouvoir alors que ces trois États sont un bon exemple du « mal développement ».

4.2.5.2. Il faut comprendre les nécessités de l'intégration étatique, cette dernière étant menacée par la fragmentation ethnoculturelle. Le droit de l'ordre étatique devient ainsi une finalité en soi. Cet arrangement est d'ailleurs paradoxal dans le chef d'acteurs étatiques qui supportent le « droit des minorités ».

#### 4.3. L'ordre totalitaire : l'U.R.S.S.

Soixante-dix ans après l'établissement du régime, celui-ci, de l'aveu de ses dirigeants, est un succès militaire et un échec économique et social. Il est aussi une illustration négative des instruments de droits promus par l'O.N.U. nonobstant une merveilleuse constitution qui nous rappelle une fois de plus

65. La Cour suprême n'est pas un simple appendice du pouvoir en Inde mais elle est incapable de remédier aux discriminations systématiques énumérées dans le rapport présenté par la *Rajpala Social Service Society* à l'U.N.E.S.C.O. (Voir U.N.E.S.C.O. SH5-85/conf. 61416). Voir aussi DORF, *La République indienne*, Paris, P.U.F., 1969 ; C.H. ALEXANDROWICZ, *Constitutional Development in India*, Oxford, Oxford University Press, 1957 ; R.L. PARK, *India's Political System*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1967.

66. La Charte nationale algérienne, document « constitutionnel », établit clairement le monisme ethnique, culturel et religieux ; Voir également sur l'Algérie : « Les deux aspects du socialisme algérien », (1978) 28 *Civilisations*, n° 1, 2, 3 et 4 ; K. AMMOUR, C. LEUCATE et J.J. MOULIN, *La voie algérienne. Les contradictions d'un développement national*, Paris, Maspero, 1974 ; G. VIRATELLE, *L'Algérie algérienne*, Paris, Ouvrières, 1973.

67. Les Amérindiens au Mexique, les Berbères en Algérie, les Sikhs, les intouchables et les tribus des forêts en Inde.

que le droit n'a aucune efficacité en soi. Dominant ses populations propres et les populations voisines, intouchables au nom de la paix, l'U.R.S.S. est un des principaux piliers de l'ordre international et de la morale universelle<sup>68</sup>.

## 5. Pratiques internationales : les Nations unies et les droits de l'homme

Cinquante et un pays ont fondé les Nations unies en 1945 dont une bonne dizaine probablement pouvait être qualifiée de démocratiques<sup>69</sup>. Dès le début donc, le libéralisme et l'individualisme ont été minoritaires. Ils le sont devenus d'autant plus que le poids des États-Unis dans le système mondial s'est affaibli et que l'Europe occidentale et le Canada ont fait passer au premier plan, des considérations géopolitiques, par exemple la préoccupation pour la paix pour les uns, des intérêts néocoloniaux pour les autres. Les actions antilibérales des organisations internationales, ou leur passivité, ne contreviennent pas à une morale juridique inexistante mais résultent directement d'un ordre public, national ou international, ou le pouvoir étatique est la catégorie déterminante du système mondial<sup>70</sup> ce pouvoir étatique étant en contradiction avec les libertés individuelles.

### 5.1. La suprématie de l'État

Dès le début, les Nations unies se sont édifiées sur la primauté des acteurs étatiques et la représentation de ces actions étatiques comme véhicule des peuples et de la civilisation.

5.1.1. Formellement, les Nations unies, à l'exception du Conseil de sécurité qui assure une suprématie aux grandes puissances triomphantes de l'Allemagne, reposent sur le principe de l'égalité des acteurs étatiques. Il y a donc primauté des intérêts étatiques sur toute autre considération.

---

68. Sur l'Union des républiques socialistes soviétiques, voir les rapports annuels, *supra*, note 63 ; H. CARRERE D'ENCAUSSE, *Le pouvoir confisqué : gouvernement et gouvernés en U.R.S.S.*, Paris, Flammarion, 1980 ; M. FAINSD, *How Russia is Ruled*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1963.

69. Nous considérons comme démocratiques les pays fondateurs suivants en 1945 : Les États-Unis, le Chili, la Grèce, la France, la Norvège, les Pays-Bas, l'Australie, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Uruguay et le Luxembourg.

70. Sur les Nations unies et le système international, voir C. CHAUMONT, *L'Organisation des Nations unies*, Paris, P.U.F., 1974 ; C.A. COLLIARD, *Institutions des relations internationales*, Paris, Dalloz, 1985 ; M. MERLE, *Sociologie des relations internationales*, Paris, Dalloz, 1982 ; J.H. MORGENTHAU, *Politics in the Twentieth Century*, Chicago, University of Chicago Press, 1971.

5.1.2. Pratiquement, des coalitions pragmatiques d'acteurs étatiques se font ou se défont à partir de transactions entre les blocs géographiques, les blocs idéologiques, les blocs néocoloniaux, les grandes puissances et les haut-fonctionnaires.

5.1.3. Les quelques normes et règles « pro-individus » ne peuvent donc être utilisées qu'en profitant de la concurrence ou des conflits entre États <sup>71</sup> ou encore lorsque des groupes d'intérêts <sup>72</sup> réussissent à mobiliser les autorités politiques occidentales.

5.1.4. En ce qui concerne les droits de l'homme, les différentes dispositions et mécanismes sont fort clairs.

Le corpus juridique international, polysémique et contradictoire, a été établi par les États et ne peut être utilisé contre un État qu'avec l'accord de cet État <sup>73</sup>.

Les membres du Comité du droit de l'homme des Nations unies, sont nommés par les États. Ces soi-disant experts autonomes, dont la « haute moralité » et, les qualifications ont été appréciées par un État et sanctionnées par un vote majoritaire d'États, voient leur travail filtré par différentes instances politiques. Leur rapport sera soumis trois fois de suite à des instances composées directement des représentants étatiques, à savoir le Conseil économique et social, la Troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies et finalement l'Assemblée générale elle-même <sup>74</sup>.

71. Ce genre d'exercice se fait en vertu de l'article 41 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et de la *Déclaration Relative à l'article 41*, *supra*, note 46.

72. Amnesty International est un exemple intéressant de ces groupes d'intérêts mobilisés pour la liberté d'opinion et l'intégrité physique qui doivent effectuer d'in/mbrables pressions sur les gouvernements — même démocratiques — pour atteindre très partiellement leurs buts. Petit à petit, ces groupes sont intégrés dans l'ordre international, et y exercent une certaine influence : voir M. BETTATI et P.-M. DUPUY, *Les O.N.G. et le droit international*, Paris, Economics, 1986 ; M. MERLE, *supra*, note 70, p. 359-377 et 410-418.

73. *Supra*, note 12, p. 236-286 ; K. VASAK, *supra*, note 46, p. 267-341.

74. Articles 28 à 45 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra*, note 46. Même lorsque l'Assemblée générale prend enfin une décision, le statut juridique de celle-ci est fort ambigu ; voir J. CASTANEDA, « Valeurs juridiques des résolutions des Nations unies », (1970) 129 *Académie de Droit International* 203 p. 203-223 ; D. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. Étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, A. Pedone, 1974 ; J.B. MARIE, *La Commission des droits de l'homme de l'O.N.U.*, Paris, Pedone, 1975. N.B. Les « filtres » sont de trois ordres : la censure des rapports, l'ostracisme de l'expert « autonome » (cf. le « syndrome Van Boven » est l'expression utilisée pour caractériser la dépendance des fonctionnaires depuis l'expulsion des Nations Unies de ce fonctionnaire responsable de la division des droits de l'homme) et les procédés diplomatiques des représentants des États.

## 5.2. Les médiations techno-bureaucratiques

Les droits de l'homme ne sont pas seulement filtrés, aménagés et reproduits par les pouvoirs étatiques, ceux-ci sont accompagnés par une pléthore d'experts et de technocrates dont l'activité principale est reliée à la production d'innombrables textes juridiques.

5.2.1. Fonctionnellement, les droits de l'homme au niveau international sont devenus une spécialité à plein temps d'enseignants, de chercheurs, de fonctionnaires, de magistrats ou de quasi-magistrats.

5.2.2. Géographiquement, nous pouvons distinguer trois niveaux de concertation de ces divers experts :

Au niveau national, l'on trouvera au moins deux groupes de fonctionnaires, les uns concentrés au ministère de la Justice et les autres au ministère des Affaires étrangères pour répondre aux demandes des organismes internationaux, faites en vertu des articles 40 et 41 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>75</sup>. Relevons cependant le cas exceptionnel des États-Unis avec le sous-secrétariat pour les droits de l'homme, dont le rapport annuel conditionne réellement l'octroi d'aides bilatérales<sup>76</sup>.

Au niveau régional, l'on retrouve le même progrès bureaucratique. Diverses conventions juridiques reproduisent un peu partout le modèle européen<sup>77</sup>. Des commissions, des divisions de recherches, des commissions de justice s'imitent les unes les autres dans leur reproduction d'experts<sup>78</sup>.

Au niveau international, nous trouvons des administrations spécialisées et des centres de recherches, des experts et des rapporteurs aux Nations unies, à l'UNESCO et au Bureau international du travail.

75. L'article 40 spécifie au paragraphe 1 que « Les États parties au présent Pacte s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte... » L'article 41-1-G stipule que « Les États parties intéressés, visés à l'alinéa b, ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'affaire par le "Comité et de présenter des observations oralement et par écrit, sous l'une et l'autre forme" ».

76. Voir la publication annuelle du State Department, *Country reports on Human Rights practices*, Washington, Government printing Office.

77. Sur les divers centres, comités, cours instaurés par les organismes régionaux, voir *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, entrée en vigueur le 3 septembre 1953; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Organisation des États américains, entrée en vigueur le 18 juillet 1969; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Organisation de l'unité africaine, entrée en vigueur en 1986.

78. Dans le cas européen, l'on retrouve même dans l'organigramme un « directeur des droits de la personne ».

Cette prolifération bureaucratique, la polysémie des corpus, les filtres politiques constituent l'ordre de droit international où aucun individu ou groupe n'a de grandes chances d'adresser ses griefs contre un ou des États sauf si ces griefs peuvent être récupérés par un groupe d'actions étatiques dans leur propagande et surtout s'ils sont repris par des associations humanitaires non gouvernementales<sup>79</sup>.

### 5.3. La question « raciale » et les « crimes contre l'humanité »

Les Nations unies maintiennent dans leurs mythes fondateurs, le mythe de l'anti-nazisme.

5.3.1. Au nom du mythe anti-nazi et de la lutte contre la discrimination raciale, diverses mesures ont été prises : relevons le vote de divers instruments contre le génocide, les crimes de guerre, la discrimination raciale, l'*apartheid* outre différentes mentions pertinentes dans la « Charte »<sup>80</sup>. Notons la constitution d'archives spéciales sur les coupables de crimes contre l'humanité au siège central des Nations unies en 1948. Enfin, enregistrons la suspension de l'Afrique du Sud par l'Assemblée générale.

5.3.2. Ces diverses mesures représentent une occultation idéologique, une fois de plus, de pratiques paradoxales :

La documentation constituée sur les criminels de guerre n'a jamais été utilisée. Des personnes identifiées dans la documentation spécialisée sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ont pu occuper sans problèmes de hautes fonctions au sein de l'O.N.U., y compris au niveau du secrétariat général.

5.3.3. Les mythes nazis et anti-nazis sont utilisés systématiquement au sein de l'organisation contre le pays qui compte la plus grande proportion de rescapés du génocide nazi, Israël. La majorité des membres du club des

79. La Cour de Justice européenne permet cependant des plaintes d'individus contre un État membre du Conseil de l'Europe. Cette cour est probablement l'exception — et non la règle — dans l'ordre international pour son action limitée mais réelle ; Voir V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz et Sirey, 1984 ; *Actes du Cinquième Colloque international sur la Convention Européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedome, 1982.

80. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948)*, 78 R.T.N.U. 277 (entrée en vigueur le 12 janvier 1951) ; *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965)*, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969) ; *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968)* 754 R.T.N.U. 73 (entrée en vigueur le 11 novembre 1970) ; *Convention internationale sur l'élimination du crime d'apartheid (1973)*, Rés. A.G. 3068, soc. VN A/9030 (entrée en vigueur le 18 juillet 1976).

dictatures unies ont trouvé fort utile de faire d'une pierre deux coups : reprendre au nom de la lutte antiraciste, les principaux stéréotypes antisémites<sup>81</sup>.

#### 5.4. Un bilan anti-libéral

Les Nations unies ont mis à l'ordre du jour étatique, la paix, le développement, les droits des minorités. L'échec patent de ce programme a peut-être un rapport avec le fait que la majorité des êtres humains ne jouissent pas, face aux autorités étatiques, de la liberté d'opinion, d'association, de circulation et du droit à l'intégrité physique. Après tout, la *Magna Carta* et la Déclaration des droits de Virginie ont précédé le développement économique de l'Angleterre et des États-Unis.

#### Conclusion

Deux phénomènes idéologiques sont le plus souvent en relation d'opposition et non en relation de complémentarité : Il s'agit de l'idéologie des libertés et l'idéologie des droits de l'homme.

L'idéologie des libertés est le résultat d'un processus historique de résistances au pouvoir, voire aux majorités, effectué par des individus et des groupes divers, menacés soit par l'homogénéisation culturelle, soit par les entraves et les régulations politico-guerrières ou politico-ecclésiastiques. Les idéaux égoïstes du passé, prônant le droit à l'intégrité physique, à la liberté d'opinion, d'associations et de circulation, relèvent, répétons-le, de l'idéologie : nul ne peut prouver leur nécessité universelle ou leur transcendance. Leur négation, par contre, partielle en Occident et généralisée ailleurs, semble entraîner des coûts divers pour la généralité des individus. L'idéologie des droits de l'homme constitue un sous-système de l'idéologie juridique. C'est-à-dire qu'elle est un instrument légitimateur des régulations étatiques. Comme tout ordonnement étatique, elle est polysémique, contradictoire et susceptible de multiples dysfonctions bureaucratiques.

Dans le corpus idéologique des droits de l'homme, l'on retrouve des résidus, l'idéologie de liberté. Celle-ci ne peut jamais, par définition s'imposer

---

81. L'on comparera les deux textes suivants : La résolution 3379 de l'Assemblée générale des Nations unies le 10 novembre 1975 (condamnant le sionisme comme une forme de racisme) et la résolution 98, adoptée à l'unanimité par le Sénat des États-Unis d'Amérique le 14 juillet 1985 condamnant l'adoption de la résolution 3379 par l'Assemblée générale des Nations unies. (Le Sénat américain dénonce l'origine russe de la thèse « onusienne » et le fanatisme de son contenu).

d'elle-même. Elle peut connaître une application limitée dans des périodes historiques limitées, grâce à des pressions incessantes d'organismes non-gouvernementaux, jouant tactiquement sur les clivages nationaux et internationaux des élites et des appareils politiques et bureaucratiques. Dans ces cas, l'idéologie des droits de l'homme devient un enjeu dans la compétition entre acteurs de pouvoir.

Enjeu tactique, enjeu de pouvoir, légitimation de tous les régimes, quel que soit leur coût et bénéfique pour les citoyens, l'idéologie juridique n'a d'universel que son instrumentalité, comme droit de l'ordre étatique.

Les libertés individuelles ont toujours été menacées dans l'histoire par les droits du pouvoir, dans l'ordre tribal, dans l'ordre féodal, dans l'ordre étatique, ordres légitimés par l'animisme, la religion, le droit, et médiatisées par les sorciers, les prêtres, les juristes. À l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, le droit restera-t-il le mystère échappant à la critique ?