

**ANDRÁS SAJÓ, DIR., ABUSE: THE DARK SIDE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS, UTRECHT, ELEVEN
INTERNATIONAL PUBLISHING, 2006**

*Par Amélie Nguyen**

La moralité est à double tranchant.

Les concepts juridiques peuvent devenir des instruments redoutables lorsque l'objet du droit est relégué à l'arrière-scène, laissant place à une morale procédurale. De même, la connotation sociale du droit le lie à sa légitimité alors que cette dernière ne peut en fait être fondée que sur ses manifestations effectives. Le droit constitutionnel a notamment été ébauché afin de restreindre les comportements étatiques pour protéger les droits des individus. De même, la protection des droits fondamentaux se doit de trancher entre les droits et les devoirs d'individus que l'on dit « être égaux ». Ainsi, les droits fondamentaux et l'État de droit (ou *rule of law*), peuvent dans certaines circonstances être utilisés par des États et des individus afin de justifier des comportements contraires à l'objet de ces droits, mais qui respectent formellement ces normes. Malgré tout, le côté obscur des droits fondamentaux ne peut exister qu'en étant soutenu par leur lumière. Plus encore, il est le résultat de cette lumière.

Sous la direction d'András Sajó, l'ouvrage *Abuse : The Dark Side of Fundamental Rights*¹, est un recueil de textes tiré des présentations de la 13^e conférence annuelle de l'Université d'Europe centrale de Budapest intitulée *The Dark Side of Fundamental Rights* et traitant de la relation entre l'individu et l'État. Le recueil tente d'expliquer le concept d'abus des droits fondamentaux et de présenter des outils efficaces permettant de restreindre la possibilité de son occurrence. L'abus de droit y est défini comme « *authorities and individuals claim human (fundamental) rights and the rule of law in ways that violate the fundamental rights of other people* »². L'idée de l'opposition entre la liberté et l'égalité est ainsi centrale à ce concept. De même, le rôle des droits fondamentaux dans la justification de l'action et dans le choix du sens qui lui sera donné est capital dans l'abus de droit. Pour la majorité des auteurs, le but de ce recueil n'est pas de questionner la structure même de la communauté internationale, mais d'agir au sein des structures juridiques formelles existantes afin de contrer cette utilisation néfaste des droits humains, tout en restant fidèle à leur principe.

* Maîtrise en droit international et politique internationale, Université du Québec à Montréal (UQAM). L'auteure peut être contactée à l'adresse suivante : <ameliebnguyen@gmail.com>.

¹ András Sajó, dir., *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006.

² *Ibid.* à la p. 1.

András Sajó, directeur de cet ouvrage, est professeur au département d'études juridiques de l'Université d'Europe centrale, et fait partie de la Chaire comparative des programmes constitutionnels. Il cumule à la fois une expérience gouvernementale, notamment en tant que membre de l'équipe de rédaction de la *Constitution hongroise* et conseiller juridique du président de la République de Hongrie, ainsi qu'une expérience de consultant pour la Banque mondiale et pour le Programme des Nations unies pour le développement. Il a vécu la chute du soviétisme en Hongrie et a d'ailleurs écrit plusieurs ouvrages traitant de la transition constitutionnelle à partir des institutions soviétiques. Il s'intéresse depuis plusieurs années aux causes, aux objectifs et aux impacts du constitutionnalisme³.

L'ouvrage est pertinent tant au plan national qu'au plan international, ce qui ressort des exemples d'actualité dont il traite, par exemple la guerre mondiale contre le terrorisme, ou les justifications données au maintien de la prison de Guantanamo Bay. Au plan national, plusieurs allusions aux rapports entre groupe et individu ainsi qu'entre majorité et minorité rappellent les tensions sociales suscitées au Québec et au Canada par le concept d'«*accommodement raisonnable*», type de mesure antidiscriminatoire⁴, et au sens social qui lui a été attribué. Ainsi, les problématiques épistémologiques, ontologiques, et pratiques soulignées par l'ouvrage sont liées à des considérations prédominantes de l'actualité internationale et nationale.

À titre de remarque préliminaire et avec égards pour l'auteur, ce livre gagnerait à être plus structuré et l'ensemble aurait été sans doute plus accessible si les articles avaient été classés par thème ou si des transitions avaient été faites entre eux. Aussi, l'absence de classification des textes se reflète-t-elle également dans cette recension.

La première partie de l'ouvrage, composée des articles de Palombella et de Sajó, tente d'expliquer le concept d'abus de droit et d'explorer son utilité théorique et sa cohérence avec le reste du cadre juridique. Puis, le texte de Kühn illustre le concept d'abus de droit à travers l'exemple du système judiciaire staliniste de la Pologne. L'article de Basta Fleiner aborde le concept de «*balancing of rights*» (l'opposition de différents droits fondamentaux dans la prise de décision juridique) et le présente

³ András Sajó, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest, CEU Press, 1999; András Sajó, dir., *The Law of Religious Identity: Models for Post-Communism*, Deventer, Kluwer Law International, 1998; András Sajó, dir., *Western Rights? Post-Communist Application*, Deventer, Kluwer Law International, 1996; András Sajó, «*Parks, Dogs and the Rule of Law: Post-Communist Reflections*» dans David Dyzenhaus, dir., *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart, 1999, 227; András Sajó, «*Social Welfare Schemes and Constitutional Adjudication in Hungary*» dans Jiri Priban et James Young, dir., *The Rule of Law in Central Europe: The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, Ashgate, Dartmouth, 1999, 160; András Sajó, «*Constitutional "Universalism" as an Element of Pluralism in Post-Communist Law*» (2004) 11:1 *J. Const. L.E. & Cent. Eur.* 1.

⁴ José Woehrling, «*L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*» (1998) 43 *R. D. McGill* 325. Selon cet article, «*l'obligation d'accommodement oblige dans certains cas l'État et les personnes ou entreprises privées à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, surtout ethniques et religieuses*». Woehrling, *ibid.* à la p. 328.

comme une source d'abus de droit. Krygier tente ensuite de créer une sorte de typologie de l'abus en fonction du rôle qu'y joue l'État de droit. Alvarez souligne que les organisations internationales peuvent elles aussi abuser du droit. Les principes sous-jacents au constitutionnalisme, notamment l'égalité, sont ensuite analysés plus en profondeur à travers les articles de Somek et Mahlmann. Macklem enchaîne sur l'influence du rapport asymétrique « majorité-minorité » sur les situations d'abus de droit. Walsh analyse pour sa part le rapport entre les intérêts des États et le respect des droits fondamentaux. D'après l'auteur, ce respect dépend avant tout de la volonté politique des États. Le tour d'horizon se termine avec les articles de Mazor et Osiatynski qui, avoisinant les approches critiques⁵, se démarquent par leur dénonciation de la structure profonde des droits fondamentaux comme étant à la source des abus de droit.

Dans la première partie, Gianluigi Palombella⁶ affirme que l'utilisation de la doctrine de l'abus de droit est nécessaire à la qualification de l'abus par l'État. En effet, il considère que la conformité formelle des actions de l'État par rapport au droit, alors qu'il en abuse, en rend l'identification difficile avec les moyens existants. Or, il s'agit d'une caractéristique centrale de l'abus tel qu'appréhendé par l'ouvrage⁷. Selon Palombella, l'application de la doctrine de l'abus de droit devrait être conditionnelle à l'atteinte de deux critères:

*a) that the body that exercises the power is actually the holder of that power and acts in compliance with the law, but b) that the consequences of such actions are incapable of standing up to the test of principles governing the exercise of that power. This is not, I reiterate, a conflict between rights and the rule of law.*⁸

Suivant la tendance idéaliste⁹, il affirme de plus que l'État de droit est un instrument, et non un objectif en soi¹⁰.

De même, András Sajó croit que le concept d'abus de droit pourrait être utile en droit public afin de contrôler l'État. Cependant, il considère que l'abus de droit ne peut exister en droit privé puisque, par définition, un droit privé ne peut qu'exister ou ne pas exister. En droit constitutionnel, il souligne que l'abus de droit pourrait permettre de restreindre le pouvoir de l'État, notamment dans l'interprétation du sens des droits fondamentaux, à condition d'établir les mécanismes techniques efficaces

⁵ Peter Fitzpatrick, « The desperate vacuum : imperialism and law in the experience of Enlightenment » (1989) 13 *Droit et Soc.* 343; Peter Fitzpatrick et Patricis Tuit, dir., *Critical Beings: Law, Nation and the Global Subject*, Aldershot, Ashgate, 2004; David Kennedy, « Theses About International Law Discourse » (1980) 23 *German Yearbook of International Law* 353; Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁶ Gianluigi Palombella, « The Abuse of Rights and the Rule of Law » dans Sajó, *supra* note 1 à la p. 5.

⁷ *Ibid.* à la p. 8.

⁸ *Ibid.* à la p. 22.

⁹ Edward H. Carr, *The Twenty Years Crisis, 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, Basingstoke, Palgrave, 2001, aux pp. 12-13. Dans ce texte, l'auteur adopte une définition assez catégorique de l'idéalisme et du réalisme, mais donne des pistes quant à leurs rapports essentiels.

¹⁰ Palombella, *supra* note 6 à la p. 22.

visant à déterminer la proportionnalité entre les préjudices subis et les remèdes à imposer. Sajó conçoit que le droit a une fonction sociale. Par ailleurs, en opposition à Palombella et suivant la tendance réaliste¹¹, il ne croit pas que la doctrine de l'abus doive se fonder sur cette fonction sociale. Comme les droits fondamentaux sont fortement liés à la protection de l'autonomie des individus, cela implique qu'ils doivent permettre de causer les maux aux autres dans une certaine mesure¹². Conséquemment, selon Sajó, la fonction sociale des droits ne peut servir de barème pour juger de la présence ou de l'absence d'un abus¹³. L'abus ne peut être mesuré qu'en fonction de la disproportionnalité entre les avantages de l'usage d'un droit et les maux causés et/ou l'anormalité de leur usage¹⁴. Kühn¹⁵ illustre ensuite le concept d'abus de droit en traitant du cas du système judiciaire staliniste de la Pologne, où les orientations politiques ont ouvertement influencé les décisions judiciaires de manière plus ou moins importante, selon la position réformiste ou révolutionnaire des juristes.

Pour sa part, Basta Fleiner¹⁶ voit le *balancing of rights* et la hiérarchisation des droits entre eux en fonction d'objectifs parfois contradictoires comme l'une des sources de l'abus de droit. Le concept d'abus de droit est forcément normatif, puisqu'il fait appel à un calcul du poids de divers droits fondamentaux dont l'attribution de la valeur relative est toujours justifiable. Elle affirme également que le concept d'abus se définit à la fois par rapport au constitutionnalisme et au contrôle démocratique, ainsi qu'au droit et à la politique, qu'elle associe à l'opposition entre égalité et liberté. De plus, il est impossible pour Fleiner, tout comme pour Palombella, d'en arriver à une définition universelle de ce concept. La difficulté de définir l'abus de droit provient de la double nécessité du constitutionnalisme démocratique contemporain de limiter le pouvoir gouvernemental, d'une part, et d'établir un gouvernement du consentement, d'autre part. Ainsi, l'auteur souligne l'équilibre fragile entre, d'un côté, la restriction potentielle des droits humains et le *balancing of rights* et, de l'autre, la confiance populaire nécessaire au maintien d'un tel gouvernement. Enfin, l'objectif commun du constitutionnalisme et de la démocratie doit être de créer un lien de confiance entre les citoyens et leur gouvernement, et la définition du concept de l'abus de droit doit en tenir compte.

Krygier¹⁷ affirme quant à lui que l'État de droit doit être analysé en premier lieu par rapport à ses objectifs et ses fonctions, puisque les institutions qui permettent sa mise en œuvre ne peuvent être universelles. Il fait une distinction parfois nébuleuse entre les situations d'abus verbal, de préjudice et de mauvais usage (ou « *misuse* ») de l'État de droit. Ces distinctions sont principalement fondées sur la complicité plus ou moins grande de l'État de droit dans ces abus. En effet, l'auteur distingue les

¹¹ Voir Carr, *supra* note 9.

¹² András Sajó, « Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness » dans Sajó, *supra* note 1 à la p. 37.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Zdeněk Kühn, « The Instrumental Use of the Basic Rights by the Stalinist Judiciary » dans Sajó, *supra* note 1 à la p. 99.

¹⁶ Lidija Basta Fleiner, « How Constitutionalist Is the Balancing of Rights » dans *ibid.* à la p. 111.

¹⁷ Martin Krygier, « The Rule of Law: An Abuser's Guide » dans *ibid.* à la p. 129.

situations où le concept d'État de droit est utilisé verbalement comme justification à des actions qui lui sont contraires de celles où l'État de droit est complice de l'abus. Il distingue donc les situations où un abus a cours lorsque l'État de droit est présent, de celles où il est inexistant. Pour Krygier, les situations les plus graves d'abus sont celles où un mauvais usage de l'État de droit est fait, c'est-à-dire lorsque le droit lui-même est la cause d'un affaiblissement de l'État de droit. Par exemple, l'utilisation du droit afin de catégoriser et de hiérarchiser diverses populations, comme dans plusieurs cas de colonialisme, constitue un mauvais usage de l'État de droit. L'inconfort avoué de l'auteur dans le développement d'une théorie de l'abus de l'État de droit se note dans l'article, car les catégories établies ne sont pas toujours claires et ne semblent pas toujours nécessaires, si l'on considère le caractère évolutif du sens social des mots et, notamment, celui du terme « État de droit ». Ainsi, il est difficile de distinguer les actions préjudiciables à l'État de droit qui ont été faites en son nom de la caractérisation de ce terme.

Par la suite, la guerre contre le terrorisme livrée par l'Organisation des Nations unies (ONU) est analysée par José E. Alvarez¹⁸ comme étant un abus de droit. Il conclut, tout comme le fait Krygier et en faisant lui aussi primer l'objet du droit, que l'utilisation des organisations internationales ne doit pas être prônée en elle-même sans qu'il ne soit fait référence à la fonction que l'on souhaite leur accorder. Pour lui, la tâche principale quant à l'abus de droit serait donc de « remplir les droits » que les organisations internationales ont contribué à vider de leur sens. Il considère que les organisations internationales peuvent ainsi abuser du droit, tout comme les États.

Deux articles analysent par la suite des principes constitutionnels qui sont liés à l'abus de droit. Dans son analyse de l'égalité et de l'abus de droit, Somek¹⁹ souligne qu'une doctrine de l'abus n'est pas suffisante à l'explication de l'abus. Il affirme plutôt qu'il faudrait élargir la réflexion au « *collapse of constitutional normativity* »²⁰. Il fait une distinction entre abus et mauvais usage, où ce dernier commence lorsque les structures gouvernementales sont altérées de manière importante²¹. Terme plus fort, le concept d'abus est restreint aux cas de mauvais usage qui viseraient « *the destruction of fundamental rights or the established constitutional order* »²². La marge interprétative laissée aux cours quant au principe d'égalité « *as reasonableness* »²³ est pour lui un mauvais usage, puisqu'elle transgresse les divisions de pouvoir du système politique, octroyant aux juristes des pouvoirs politiques formellement spécifiques aux pouvoirs législatifs, mais ne remettant pas en cause les institutions des droits fondamentaux et de l'ordre constitutionnel.

¹⁸ José E. Alvarez, « The "Dark Side" of the UN's War on Terrorism » dans *ibid.* à la p. 163.

¹⁹ Alexander Somek, « Equality as Reasonableness: Constitutional Normativity in Demise » dans *ibid.* à la p. 191.

²⁰ *Ibid.* à la p. 192.

²¹ *Ibid.* à la p. 201.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.* à la p. 191.

Adoptant l'approche libérale, Mahlmann²⁴ observe pour sa part le rapport entre liberté et égalité et son lien avec une doctrine de l'abus. Suivant cette tendance, il affirme que le centre des droits fondamentaux est l'égalité des humains, soit la dignité humaine, et que cet objectif se positionne en fait à l'encontre de l'implantation d'une doctrine de l'abus. Le problème principal des droits de la personne est qu'il est difficile de les définir. Leur définition doit à la fois permettre de donner priorité à un noyau dur (ou « *core rights* ») des droits fondamentaux, et de leur donner un sens universel. L'introduction d'une doctrine de l'abus aurait plus d'effets néfastes que bénéfiques, puisqu'elle nuirait à leur définition et restreindrait donc leur portée. Pour Mahlmann, le rapport entre liberté et égalité nécessite l'acceptation d'une certaine utilisation des droits, au nom de la justice. Par conséquent, l'abstraction de la loi est essentielle à la protection des libertés, et cela résulte de l'opposition entre liberté et égalité, qu'il identifie respectivement comme l'identité et l'individualité.

Levinson²⁵ aborde la question controversée de l'état d'urgence et de la suspension constitutionnelle des droits fondamentaux, et il la met en parallèle avec l'interprétation de la guerre contre le terrorisme telle que livrée par l'administration Bush. L'auteur veut que ce pouvoir d'exception de l'État soit préservé, celui-ci ayant d'ailleurs montré son utilité historique, mais seulement lorsqu'il fait appel à des valeurs politiques (et non juridiques), qu'il est sujet à un contrôle démocratique, et qu'il est d'une durée limitée.

Macklem²⁶ rappelle ensuite que le constitutionnalisme fait primer les droits de la majorité sur ceux de la minorité. Le choix des droits à protéger et à cristalliser est ainsi une manière de tracer la frontière de la communauté politique. Dans ce sens, il rejoint Edward H. Carr, qui remarquait les impacts différentiels de l'universalisme sur ceux dont l'intérêt réside dans le maintien du *statu quo* et ceux qui souhaitent le changement²⁷. Ainsi, pour les minorités, l'universalisme, tout comme le constitutionnalisme, crée un choix dialectique entre l'autodétermination et le respect des droits, tels que définis par le groupe dominant, mais qui présuppose aussi leur assimilation à ce groupe. Il s'agit d'un choix entre d'une part le *statu quo*, en faisant partie d'une communauté politique qu'ils n'ont pas définie, ou d'autre part le changement, du fait de rompre avec elle.

Walter J. Walsh²⁸, adoptant une approche réaliste, affirme que les doctrines de l'abus et de la mauvaise foi ne feraient qu'ajouter à l'inaccessibilité des droits fondamentaux (ou « *elusivity of rights* ») en suggérant qu'il existe des moyens de contrer cette mauvaise foi. Selon lui, le problème des droits fondamentaux résulterait plutôt de l'absence de tout « *serious and legitimate interest in the exercise of the right* »²⁹. Pour lui, une doctrine de l'abus est inutile, car le système de protection des

²⁴ Matthias Mahlmann, « The Antinomy of Freedom and Equality » dans Sajó, *supra* note 1 à la p. 217.

²⁵ Sanford Levinson, « Constitutional Norms in a State of Permanent Emergency » dans *ibid.* à la p. 233.

²⁶ Patrick Macklem, « The Wrong Vocabulary of Rights: Minority Rights and the Boundaries of Political Community » dans *ibid.* à la p. 255.

²⁷ Carr, *supra* note 9 aux pp. 75 à 80.

²⁸ Walter J. Walsh, « The Elusivity of Rights » dans Sajó, *supra* note 1 à la p. 271.

²⁹ *Ibid.* à la p. 294.

droits fondamentaux comporte déjà les mécanismes nécessaires à la qualification et à la sanction de ces situations. Au contraire, elle pourrait même être néfaste.

La dernière section de l'ouvrage, plus proche des courants critiques³⁰, s'oppose aux autres puisqu'elle affirme que le système des droits de la personne contient en lui-même la source de l'oppression faite en son nom. Contrairement à Krygier et Alvarez, Mazor³¹ et Osiatynski³² ne font pas de distinction entre une situation où le *rule of law* existe et où il n'existe pas, mais considèrent précisément la structure du droit, fondée sur la propriété et l'individualisme, comme étant à la source de l'abus de droit.

À notre avis, l'ouvrage aurait dû comporter une conclusion, vu la diversité des opinions exprimées et l'absence d'une structure claire dans l'ordre des articles. La structure et les couleurs du livre ne sont que sommairement exposées, au tout début. Il faut par ailleurs noter que l'exercice semble quelque peu périlleux, vu les croisements et les superpositions entre les articles.

L'étendue des positions exprimées contribue à une vision éclairée de la problématique, et le directeur de l'ouvrage n'a pas hésité à exposer des visions contradictoires au sein du même recueil, ce qui est intéressant. Par ailleurs, certaines approches plus critiques auraient pu enrichir la réflexion, notamment le néo-marxisme et le féminisme. En effet, l'un des enjeux transversaux de cet ouvrage est celui de l'opposition entre les intérêts des individus et des groupes, et la possibilité de défendre une multitude de positions en vertu de l'une ou l'autre de ces perspectives. Cette question a été analysée en profondeur par certains auteurs néo-marxistes et féministes, notamment à travers la critique de l'harmonie des intérêts, et à travers l'opposition entre le public et le privé, le national et l'international, dans le courant dominant du droit³³. Avec l'idée de la structure binaire et transformationnelle de la contradiction³⁴, David Kennedy a aussi exposé de manière éloquente qu'il était possible de bloquer le débat en le confinant à des oppositions traditionnelles irréconciliables, puisque cela ne permet pas de questionner la structure fondamentale du droit. Il pourrait ainsi être intéressant d'appliquer cette idée à l'analyse de l'abus de droit, puisque ce dernier s'effectue souvent à travers l'utilisation de la perception sociale du droit et de sa structure fondamentale, ce qui pourrait hypothétiquement être appuyé par une structure argumentative en boucle, telle qu'elle a été présentée par

³⁰ Voir Fitzpatrick, *supra* note 5; Fitzpatrick et Tuitt, *supra* note 5, Kennedy, *supra* note 5; Koskenniemi, *supra* note 5.

³¹ Lester Mazor, « Too Many, Too Much, Too Strong: Is There a Need for a Doctrine of Abuse of Political and Civil Rights? » dans Sajó, *supra* note 1 à la p. 295.

³² Wiktor Osiatynski, « Beyond Rights » dans *ibid.* à la p. 309.

³³ Par exemple, pour le néo-marxisme, Ellen Meiksins Wood, *Democracy against Capitalism : Renewing Historical Materialism*, New York, Cambridge University Press, 1995; Claire A. Cutler, « Artifice, Ideology and Paradox : The Public/Private Distinction in International Law » (1997) 4:2 Rev. Int. Polit. Econ. 261 à la p. 262; Stephen Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations » (2002) 4:2 I.S.R. 47. Pour le féminisme, voir notamment : Anne Orford, « Feminism, Imperialism and the Mission of International Law » (2002) 71 Nordic J. Int'l L. 275; Annick T.R. Wibben, « Feminist International Relations : Old Debates and New Directions » (2004) 10:2 Brown Journal of World Affairs 97.

³⁴ Kennedy, *supra* note 30 à la p. 364.

Kennedy. En effet, dans ces deux situations, le fait de préserver une analyse superficielle du droit facilite l'abus.

En conclusion, cet ouvrage affiche les contours flous d'une problématique d'actualité dans une perspective large. Il comporte plusieurs réflexions intéressantes sur les fondements des droits fondamentaux et la possibilité de les utiliser en tant qu'instrument de pouvoir grâce à leur connotation sociale. Par ailleurs, avec égards nous estimons que cette publication aurait nécessité davantage de structure, puisque la diversité des positions révèle des voies de réflexions multiples et assez nuancées face à une doctrine de l'abus de droit. Un récapitulatif final aurait contribué à clarifier les tendances fortes de l'ouvrage. La réflexion développée gagnerait finalement à être élargie en dehors des tendances dominantes.