



La vie du palais

Elie Barnavi au Jeune barreau de Bruxelles*

« Une visite au Proche-Orient ».

La première grande conférence de la présidence de M^e Marc Dal s'est tenue dans la lumière ocrée des candélabres de la salle des audiences solennelles de la Cour de cassation, en présence d'un public nombreux.

Elie Barnavi, qui était à la tribune, est le mentor de la Conférence pour son prochain voyage en Israël. Il vient de publier, chez l'éditeur André Versaille, *Aujourd'hui ou peut-être jamais - Pour une paix américaine au Proche Orient*.

L'orateur, professeur d'histoire et diplomate, est un homme affable, aimable, courtois, érudit, modéré dans ses opinions, autant qu'on peut l'être quand on est né comme lui, en 1946, issu d'une longue lignée de rabbins, qu'on a vécu, comme lui, les *kibboutz* à l'époque héroïque et qu'on a, comme lui, participé à la guerre des six jours en 1967.

Il s'est livré à une excellente analyse de la situation au Proche-Orient dont il a brossé d'abord un tableau synoptique.

Le monde arabe déstabilisé par l'islamisme, surtout chiite, souffrant aujourd'hui de toutes les maladies de l'islam : le fondamentalisme, le fanatisme, le terrorisme.

La fiction géographique du Liban, poumon de la Syrie, elle-même alliée de l'Iran en vertu d'une alliance qui n'est pas naturelle, mais qui vient de renouer avec l'Arabie Saoudite.

L'Iran, son régime actuel, ses visées hégémoniques, son idéologie, surtout sa volonté d'avoir la bombe nucléaire. Empêcher l'Iran d'avoir la bombe est pour l'orateur un « impératif catégorique », un *non possumus*, en raison de l'hostilité religieuse et idéologique déclarée, avérée, de ses dirigeants à l'égard d'Israël. Est-il exact que le régime iranien soit aux abois, donc plus dangereux et tenté par la fuite en avant? Peut-être!

En tout cas, l'orateur n'exclut pas l'option militaire qu'il a étudiée, techniquement faisable à ses yeux et dont il a jaugé les risques.

Abordant le conflit israélo-palestinien, il ne peut se départir de cette culture sioniste caractérisée par le slogan « donner une terre sans peuple à un peuple sans terre », alors que la Palestine, lors de la création de l'État d'Israël en 1948, comptait près de 600.000 habitants dont 80% de musulmans. Vain débat, aujourd'hui, les choses étant ce qu'elles sont, alors qu'il n'existe pas d'interlocuteur palestinien unique, ce pays étant un champ de ruines politique, en raison de la rivalité entre le Fatah, mouvement national, et le Hamas, mouvement religieux.

Certaines sensibilités ont été heurtées d'entendre Elie Barnavi dire que « l'État ne se donne pas, il se prend », dans le contexte actuel, marqué par l'occupation, depuis 1967, de 78% du territoire, alors qu'en 1948, l'O.N.U. avait donné à Israël 56% seulement de celui-ci! Et alors que sur les 22% restants (la Cisjordanie), Israël a créé près de 170 colonies et construit un mur qui éventre le pays.

Lucide, l'orateur sait bien que la réussite historique d'Israël ne peut masquer la crise profonde que vit cet État maintenant : une classe politique misérable et méprisée, une société en triste évolution avec, de surcroît, un système électoral à la proportionnelle intégrale qui ne peut que favoriser la fragmentation de la représentation parlementaire (les trois grands partis, Kadima, le Likoud et les travaillistes, n'auraient pas ensemble la moitié des sièges de la Knesset!). Et l'occupation, justement, qualifiée de « mal nécessaire », mais qui a eu pour résultat qu'Israël s'est installé dans ses conquêtes et a fabriqué de ses propres mains le golem, ce personnage de légende rabbinique, qui s'est retourné contre lui.

Elie Barnavi a rappelé de Gaulle qui, en 1941, avait volé « vers l'Orient compliqué, avec des idées simples ». L'Orient proche est encore plus compliqué aujourd'hui et l'idée de M. Barnavi est simple : la paix, là-bas, ne peut qu'être américaine. Barack Obama, récent prix Nobel de la paix, parce que « rarement une personne a donné un tel espoir », doit imposer une solution, « enlever son gant de velours ». La solution souhaitée, à ce stade, d'un *deus ex machina*, qui aurait l'énergie et la détermination nécessaires pour mener un plan de paix jusqu'au bout peut ne pas convaincre et même susciter la méfiance. Ce recours à une autorité supérieure — fût-elle celle d'un dirigeant attachant et jusqu'ici incontestable — ne traduit-il pas la peur de la difficulté, de la réflexion, de trouver les solutions par soi-même, qui participent à la création de l'image paternelle? Et puis, quand bien même ferait-on abstraction de ces considérations en quelque sorte psychologiques, il faut bien constater que les choses ont plutôt mal commencé. Depuis son discours au Caire du 4 juin 2009, le président américain s'est empressé dans le « borbier afghan », s'est occupé de faire en sorte que le départ de l'Irak ne soit pas un gâchis total, et, n'est même pas parvenu à obtenir de M. Netanyahu, l'arrêt de la colonisation israélienne, pourtant préalable à toute relance des négociations de paix.

Certains intervenants dans le public posèrent des questions. Le débat avait cependant commencé par la déclaration — lecture d'un texte écrit — d'une auditrice qui aurait peut-être mieux fait d'interroger l'orateur sur ce qu'il pense du rapport Goldstone et du sort qui lui a été réservé depuis sa publication, ou sur les accrochages violents qui viennent encore de se produire sur l'esplanade des mosquées, le mont du temple pour les juifs, à Jérusalem.

Nous avons quitté le palais de justice, heureux d'avoir entendu un honnête homme, mais perplexe. En définitive, la phrase la plus optimiste qu'ait prononcée Elie Barnavi est celle-ci : « Le pire n'est pas toujours sûr ».

Olivier COLLON

Bibliographie



A. Vandeburie, « L'article 23 de la Constitution - Coquille vide ou boîte aux trésors? ». — Bruxelles, la Charte, 2008, 266 pages.

1. Alors que l'article 23 de la Constitution fête ses quinze ans, A. Vandeburie lui dédie un ouvrage à l'intitulé au premier abord manichéen — *L'article 23 de la Constitution - Coquille vide ou boîte aux trésors?* — même si les développements qu'il recèle viennent fort heureusement relativiser cette interrogation, et confirmer le bilan en demi-teinte généralement réservé à cet article.

Dans les trois parties composant l'ouvrage, l'auteur examine la justiciabilité (titre II) et le contenu (titre III) des droits économiques, sociaux et culturels, non sans avoir dans un premier temps rappelé l'origine de la disposition constitutionnelle qui les consacre (titre I).

Comme A. Vandeburie le précise d'emblée, son étude ne se réduit pas à « une simple "chronique" de jurisprudence ou (à) une compilation d'avis doctrinaux », l'auteur entendant, ça et là, offrir au lecteur un examen critique des sources consultées. L'objectif est assurément ambitieux, qui voit un seul homme s'attaquer de front aux différentes manières d'assurer une effectivité à l'article 23 et au champ d'application des droits qu'il proclame¹. Le sujet aurait pu donner lieu à une dissertation doctorale ou à un ouvrage collectif réunissant l'expertise de praticiens et autres orfèvres des droits-créances constitutionnels. Si la place reste à prendre, nul doute que l'ouvrage de A. Vandeburie apporte une nouvelle pierre à l'édifice.

2. Cet ouvrage, parlons-en. Le lecteur y trouvera un très bon aperçu des applications jurisprudentielles et autres commentaires doctrinaux auxquels a donné lieu l'article 23 de la Constitution. A. Vandeburie a en effet procédé à un dépouillement approfondi de la littérature disponible en la matière, ce qui lui permet au demeurant d'agrémenter son livre d'une précieuse bibliographie thématique et sélective.

Au-delà de ce premier constat, la lecture de cet ouvrage nous inspire plusieurs remarques tant sur la forme que sur le fond.

Concernant la forme, tout d'abord. En dépit de son caractère incisif² et sous réserve de certains passages obscurs, le style participe de l'aisance avec laquelle l'ouvrage se laisse parcourir. Le propos gagnerait cependant en clarté si l'auteur

(1) Jusqu'ici, l'article 23 de la Constitution avait donné lieu à des ouvrages collectifs, et certaines revues lui avaient consacré un numéro spécial au lendemain de son adoption. Il avait également fait l'objet de monographies portant, entre autres, sur l'un ou l'autre aspect spécifique de la disposition constitutionnelle en question ou d'articles de doctrine en traitant à titre principal ou incident. Enfin, certains ouvrages de droit public lui avaient consacré une analyse détaillée, dans une perspective essentiellement descriptive.

(2) La critique est souvent frontale, sans toujours être appuyée sur des arguments juridiques de nature à en justifier l'ampleur.

exposait sans détours³ les thématiques dont il traite et les positions qu'il défend.

Toujours dans une perspective formelle, A. Vandeburie se révèle très pointilleux sur la terminologie usitée pour qualifier certaines réalités juridiques (on songe notamment aux propos relatifs à l'usage, en droit constitutionnel, des notions d'effet direct ou d'applicabilité directe), au détriment, peut-être, d'une analyse davantage conceptuelle qui, en amont des questions abordées par l'auteur, serait utilement venue soutenir la recension documentaire à laquelle il se livre. Ainsi, la notion d'effet direct aurait-elle gagné à voir ses critères mieux présentés et davantage confrontés au principe de la séparation des pouvoirs⁴. Dans des matières caractérisées par une nébuleuse terminologique, il peut en effet sembler préférable de privilégier la compréhension du phénomène juridique étudié à la recherche du vocable à même de la désigner, et ce, quand bien même et peut-être surtout lorsque l'œuvre réalisée se veut, comme l'écrit l'auteur, « avant tout, un outil pratique ».

Les droits économiques, sociaux et culturels sont-ils dépourvus de tout effet direct?

Sur le fond, et dans la ligne de ce qui précède, on regrettera que la perspective historique adoptée au titre I^{er} de l'ouvrage recensé ne s'accompagne pas d'une mise en contexte⁵ de l'article 23 au sein du titre II de la Constitution. Une présentation des différentes générations de droits⁶ et du continuum d'obligations qui, sous l'impulsion du droit international, tend à s'y substituer⁷ aurait, à notre estime, facilité la compréhension de l'ouvrage⁸. Elle eût tout

d'abord permis de relativiser l'affirmation du constituant selon laquelle les droits économiques, sociaux et culturels sont dépourvus d'effet direct et ne confèrent en conséquence aucun droit subjectif à leur titulaire⁹ : c'est manifestement le versant positif de ces droits — à savoir les prestations qu'ils requièrent de l'État — qui sont visés par cette affirmation, et non leur versant négatif (c'est-à-dire l'interdiction de leur porter atteinte qu'ils imposent également). Une telle présentation eût aussi, en lien avec la notion d'effet direct, judicieusement éclairé l'examen du principe du « noyau dur » des droits fondamentaux. Une chose est en effet de savoir si le particulier dispose d'un droit subjectif à la réalisation de la substance d'un droit envisagé sous son versant positif, et s'il peut, partant, contraindre le législateur à agir à concurrence de ce « noyau dur »¹⁰; une autre est de déterminer si, une fois le contenu essentiel du droit fondamental consacré par le législateur, il existe une interdiction absolue pour celui-ci de revenir sur la protection accordée. Enfin, pareille présentation eût avantageusement structuré l'exposé du contenu des droits économiques, sociaux et culturels¹¹.

L'appréhension de la notion d'effet direct pâtit par ailleurs de la prémisse selon laquelle est seule défendable une conception large de celui-ci — l'effet direct désignant dans cette perspective « l'aptitude (d'une disposition) à être invoquée en justice » — et du refus de l'auteur d'en conférer à propos des dispositions constitutionnelles. Quoi qu'elle soit généralement privilégiée par la doctrine, la conception étroite de l'effet direct, qui situe cette problématique sur le plan du droit subjectif¹², est pour sa part délaissée par A. Vandeburie sans autre forme de justification. De surcroît, si l'auteur récuse la pertinence de s'interroger sur l'effet direct des dispositions constitutionnelles, il n'a cependant de cesse de rencontrer cette question à propos de l'article 23, tout en précisant, paradoxalement, qu'elle n'a pas lieu de se poser à son endroit¹³.

L'article 23 et l'obligation de standstill.

Quant à l'obligation de *standstill*, force est de constater que bien qu'il se refuse à voir dans les obligations positives le fondement de celle-ci¹⁴, certaines des prises de position de l'auteur

peuvent difficilement se passer d'un tel fondement (on songe notamment à la théorie du point mobile à laquelle il adhère¹⁵). L'auteur semble ensuite faire peu de cas du caractère relatif de cette obligation lorsqu'il apprécie sa légitimité démocratique¹⁶. A. Vandeburie paraît même sur ce point extrêmement sévère à l'égard de l'obligation de *standstill*, si l'on confronte la crainte d'un déni de démocratie qu'il nourrit à son encounter à l'activisme des juges qu'il appelle par ailleurs de ses vœux, notamment pour venir préciser les contours du « noyau dur » des droits fondamentaux, comme celui de la dignité humaine. Il en va d'autant plus ainsi qu'A. Vandeburie avalise, à la suite d'autres auteurs et de certaines décisions jurisprudentielles, l'idée d'un contrôle de conformité des règles juridiques à l'article 23 de la Constitution¹⁷. Or, le *standstill* n'est jamais qu'un affinement de ce contrôle de nature, précisément, à préserver la marge d'appréciation du parlement.

Concernant, enfin, le contenu des droits consacrés, et sous réserve d'une justification qui nous aurait échappé, on s'étonne encore de voir l'auteur s'appuyer principalement, et de manière répétée, sur les travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution pour cantonner le droit à la dignité humaine aux droits économiques, sociaux et culturels, et refuser de l'ériger en principe matriciel de tous les droits fondamentaux, alors qu'une subdivision entière de l'ouvrage est par ailleurs consacrée à un « plaidoyer pour une interprétation de l'article 23 libérée de l'intention de son auteur »¹⁸.

3. L'aisance avec laquelle un ouvrage se prête à la critique est proportionnelle à la difficulté de le construire. Puisse l'auteur voir en ces lignes notre volonté de poursuivre le dialogue qu'il entend¹⁹ et contribue²⁰ à alimenter.

Isabelle HACHEZ

(3) Ainsi, et à titre d'exemple, la pertinence, pour le propos de l'auteur, de consacrer huit pages (pp. 115 et s.) à rappeler les enseignements issus des travaux de F. OST (*Droit et intérêt - Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, F.U.S.L., 1990) et Th. Léonard (*Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005) n'apparaît-elle pas d'emblée.

(4) Voy. l'exposé très sommaire de ces critères à la page 21 de l'ouvrage recensé, et l'allusion au principe de la séparation des pouvoirs à la page 99 seulement.

(5) Plus large que la lecture contextualisée de l'article 23 réalisée aux pages 82 et s. de l'ouvrage recensé, et limitée, en l'espèce, aux articles 11bis, 22 et 22bis de la Constitution.

(6) La première génération de droits rassemble les droits civils et politiques qui imposent principalement à l'État une obligation négative : celle de ne pas porter atteinte à ces droits. La deuxième génération de droits regroupe, quant à elle, les droits économiques, sociaux et culturels, également qualifiés de droits-créances, qui appellent essentiellement une prestation de la part de l'État. Enfin, la troisième génération de droits réunit les droits de solidarité, qui se caractérisent par leur forte dimension collective, leur réalisation ne pouvant naître que de la conjonction des efforts de tous.

(7) Partant du constat qu'il n'existe pas de différence de nature entre les droits de la première génération et ceux issus des générations ultérieures, la typologie basée sur la nature des obligations incombant à l'État met l'accent sur le fait que chaque droit fondamental impose différentes obligations à l'État, à la fois une obligation négative (l'obligation de respecter les droits fondamentaux) et des obligations positives (l'obligation de les mettre en œuvre — ou de les réaliser — et celle de les protéger dans les rapports entre particuliers).

(8) Bien que, dans le cadre du titre II, A. Vandeburie évoque à la page 96 de son livre le « *ryptique* bien connu des obligations positives » (*sic*), il y range cependant, outre l'obligation de réaliser et de protéger les droits fondamentaux, celle de les respecter, laquelle constitue pourtant une obligation négative. D'autre part, le rapprochement entre l'obligation positive de protection des droits fondamentaux et la question de l'horizontalisation des droits-créances, abordée par l'auteur pp. 99 et s., n'est pas explicitement établi.

(9) Et ce, dans la mouvance des auteurs cités par A. Vandeburie à la note 332 de l'ouvrage recensé.

(10) Voy. à cet égard, la réponse de l'auteur p. 97, n° 91, de l'ouvrage recensé.

(11) L'auteur souligne certes le versant négatif (droit-franchise) et positif (droit-créance) de certains droits économiques, sociaux et culturels au titre III de l'ouvrage, mais le propos n'est pas généralisé et le lecteur n'est pas armé, pour l'aborder, d'une théorie claire des obligations positives et négatives imposées par les différents droits fondamentaux.

(12) Est directement applicable la norme internationale ou constitutionnelle qui peut être invoquée par le particulier directement (c'est-à-dire sans médiation d'une norme interne) devant le juge pour obtenir la reconnaissance du droit subjectif qu'elle consacre ou pour écarter la norme interne qui lui est contraire.

(13) Voy. à cet égard la note 359.

(14) D'aucuns — dont l'auteur de la présente recension — défendent l'idée que l'obligation de *standstill* est inhérente à toute obligation positive, c'est-à-dire à toute obligation qui implique une intervention de la part de l'État : c'est parce que les droits de l'homme ne sont pas des droits théoriques et illusoire mais des droits concrets et effectifs qu'ils imposent l'adoption de mesures positives, et c'est parce que la réalisation de l'obligation postulée ne se réalise généralement pas d'un seul coup qu'ils interdisent corrélativement, et en l'absence de rai-

sons impérieuses, de diminuer le niveau de protection d'ores et déjà garanti. À l'instar des obligations positives, le fondement de l'obligation de *standstill* réside en conséquence, selon eux, dans le caractère téléologique des droits de l'homme.

(15) Cfr p. 62, n° 55. Suivant la thèse du « point mobile », l'obligation de *standstill* interdit en principe à toute norme « inférieure » postérieure à l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle d'opérer une régression par rapport à la norme « de même niveau » qui consacre le plus haut niveau de protection du droit fondamental en question, laquelle peut être postérieure à l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle (c'est ce qui la distingue de la thèse du point fixe). Ici encore, c'est parce que l'obligation de *standstill* est inhérente à toutes obligations positives et que celles-ci imposent aux autorités publiques de réaliser le programme qu'elles postulent, que la thèse du point mobile doit prévaloir.

(16) Voy. p. 66, n° 59, pp. 67 et 68, n° 60. Le caractère relatif de l'obligation de *standstill* — à savoir le fait que, sous bénéfice d'un contrôle de proportionnalité, des motifs d'intérêt général puissent le cas échéant justifier une régression diminuant fortement le caractère potentiellement inhibant, pour le législateur, de cette obligation. Quant au juge, il ne lui appartient pas d'effectuer des choix en opportunité, en lieu et place du législateur, mais seulement de vérifier la rationalité des choix opérés par ce dernier sous l'angle du principe de *standstill*.

(17) Balisé par le « noyau dur » des différents droits fondamentaux (cfr p. 97 de l'ouvrage recensé).

(18) Souligné par nous.

(19) Sous réserve de la question de l'effet direct dont il espérait « clore définitivement le débat » (*sic*, p. 74).

(20) Voy. notamment les considérations sur la portée des « obligations correspondantes » inscrites à l'article 23, alinéa 2, de la Constitution (pp. 100 à 107 de l'ouvrage recensé).