



HAL
open science

Droit humain à la vie privée ou à l'intimité ?

Brice Chamouleau

► **To cite this version:**

Brice Chamouleau. Droit humain à la vie privée ou à l'intimité ?. Grief: Revue sur les mondes du droit, 2021, N° 8/2 (2), pp.21-35. 10.3917/grief.212.0021 . hal-04109011

HAL Id: hal-04109011

<https://hal.science/hal-04109011>

Submitted on 29 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droit humain à la vie privée ou à l'intimité ?

Le choix de traduction du juge espagnol Morenilla Rodríguez

Brice Chamouleau

Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis

brice.chamouleau-de-matha@univ-paris8.fr

José María Morenilla Rodríguez est un juge dont la carrière interpelle, pour autant qu'elle invite à réfléchir à la qualité morale des droits humains en Europe. J'ai trouvé sa trace lors de recherches sur la répression des homosexualités dans l'Espagne qui se démocratisait après la dictature du Général Franco. Il exerçait en effet entre 1974 et 1977 dans une juridiction dite « spéciale », le tribunal n° 1 de dangerosité et de réhabilitation sociale à Madrid, en charge de l'application de la Loi 16/1970 de dangerosité sociale qui s'intéressait de près aux pratiques contreculturelles de la jeunesse espagnole, aux sexualités non hétéronormées, en particulier sous la forme d'un article spécifique punissant les « actes d'homosexualité ». Cet article disparaît de la loi en 1979, mais ces juridictions ne sont supprimées qu'en 1985, et le dernier dossier parmi ceux que j'ai pu consulter dans les juridictions catalanes a été archivé en 1989 seulement¹. Juridictions peu compatibles avec la culture des droits humains, j'ai été surpris de découvrir, en consultant sa production doctrinale en matière de droit pénal et de criminologie en Espagne, qu'il avait été promu, treize ans après avoir quitté ce tribunal spécial madrilène, juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme en 1990, fonction qu'il exerce jusqu'en 1998, sur proposition du gouvernement socialiste de Felipe González.

Le curriculum vitae qu'il soumet pour sa candidature à la CEDH supprime la référence à la juridiction d'exception, édulcorée dans une mention à sa fonction de juge de première instance et d'instruction criminelle dans différents tribunaux, dans les provinces de Grenade, de Tolède, des Canaries, d'Alicante et enfin, dans celle de Madrid. Lorsqu'il quitte le tribunal d'exception n° 1 de Madrid, il est nommé conseiller juridique du Ministère de la Justice en matière de coopération juridique internationale. En amont, il déclare avoir participé aux activités relatives à l'adhésion de l'Espagne au Conseil de l'Europe, à la Direction des Droits de l'Homme en 1977. Il indique avoir pris part à différents comités du Conseil de l'Europe en matière de problèmes criminels et de droits humains. En 1984, il est nommé représentant de l'Espagne devant la Commission européenne des Droits de l'Homme ; il fait enfin état d'un diplôme en criminologie obtenu à la Complutense de Madrid en 1978, d'un diplôme en droit des Communautés européennes obtenu en 1979 et d'un autre, délivré par l'Institut européen d'administration publique de Maastricht en 1986². Voici les jalons de son parcours, qui n'est finalement guère surprenant : en l'absence de justice transitionnelle, la magistrature dictatoriale ne fait pas l'objet d'une épuration pendant la Transition démocratique, la loi d'amnistie d'octobre 1977 garantit l'impunité des agents de la dictature³. Au mieux, sa trajectoire témoigne d'une profonde falsification de ce que l'on peut attendre d'une justice pénale européenne en matière de droits humains. En Espagne, rendre compte et dénoncer ces falsifications d'une démocratisation sans justice transitionnelle, depuis le cycle du 15-M, des Indignés de la Puerta del Sol, est désormais

monnaie courante : le juge Morenilla Rodríguez est le symptôme d'une culture politique constituée sous la dictature, dans les habitus du franquisme, et parfaitement acclimatée au répertoire conceptuel de la démocratie libérale. On parle, depuis 2012 en Espagne, pour désigner ces falsifications constitutives de l'ordre post-dictatorial, de la *CT* ou « Culture de la Transition »⁴. Mais on en a tellement parlé dans la décennie précédente qu'on peut se demander à quoi bon revenir encore une fois dessus, par un détail institutionnel, qui plus est.

Si ce juge mérite encore l'attention, c'est qu'il a contribué à définir, par l'application de la Loi de dangerosité sociale, les contours d'un droit humain, celui relatif à la « vie privée » dans une période particulièrement importante du changement de régime, entre 1974 – un an avant la mort du Général Franco mais un mois après l'assassinat par l'ETA du Président du Gouvernement, Luis Carrero Blanco – et 1978 – en décembre, la Constitution démocratique est majoritairement approuvée par référendum. Le respect du droit humain à la vie privée est essentiel dans un contexte post-dictatorial ou post-autoritaire, c'est l'évidence. Reste que, pour ce juge qui se forme aux pratiques et aux langages européens en matière de droits humains, la répression de certaines homosexualités en démocratie demeure indispensable, pour autant, soutient-il en 1979, qu'elles contreviennent au « droit humain à l'intimité » des Espagnols⁵. Or, ce « *derecho a la intimidad* » est la traduction, dans la Constitution espagnole de 1978, du droit humain à la vie privée qui existe pourtant bien formulé comme tel en castillan : c'est « *derecho a la vida privada* » qu'on lit dans la version espagnole de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*. Lorsque se politise l'ouverture des nouveaux droits civils après la dictature, garantissant par le droit le pluralisme de la société espagnole, ce « droit à l'intimité » est très largement mis en dispute : bien sûr, il peut renvoyer, par polysémie, à la « *privacy* », et désigner cette sphère individuelle inaccessible à l'État, voie par laquelle à la fois l'État espagnol peut faire valoir son respect des droits humains et les subjectivités dissidentes peuvent œuvrer à leur émancipation. C'est l'intimité politisée par la formule « le personnel est politique » ; « *privacidad* » la traduction littérale de la « *privacy* » est tenu pour un néologisme en 1979, toutefois⁶. Mais ce « *derecho a la intimidad* » s'inscrit aussi dans une autre tradition strictement oubliée de toute l'historiographie sur le genre et les sexualités non normatives en Espagne. Le problème dépasse ce champ, d'ailleurs, car il concerne la permanence de la métaphysique dans l'ordre civil post-dictatorial : « *intimidad* » a un sens théologique dont la Constitution espagnole de 1978 ne se défait pas, au point de pouvoir le tenir comme la cheville ouvrière des « valeurs supérieures » (la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique) qui l'ordonnent dès son Titre Préliminaire.

Ce texte propose une brève archéologie de ce « *derecho a la intimidad* » pour retrouver des questionnements sur les justices transitionnelles comme paradigme de la justice pénale internationale contemporaine, qui manifeste une certaine croyance dans l'unité du droit en s'en tenant à l'isomorphie de ses catégories, sans les inscrire dans les textures sémantiques et dans les coordonnées philosophiques contextuelles qui les signifient⁷. En empruntant cette voie, en revanche, on peut identifier les conditions épistémiques actuelles d'une impossible justice transitionnelle en Espagne. Car ce qui me semble en neutraliser la possibilité dans ce contexte de l'Europe méridionale-là, c'est une conception anthropologique formulée par Francisco de Quevedo au XVII^e siècle qui fait retour dans le droit sous la dictature via le philosophe et théologien Xavier Zubiri (1898-1983) au tout début des années 1940. Le juge Morenilla Rodríguez n'est plus qu'un épigone de cette tradition, à ceci près qu'il actualise cette conception dans le contexte du constitutionnalisme ouvert de 1978. Mais puisque le problème n'est pas perçu par les sciences sociales actuelles et compte tenu de la prégnance cognitive du droit dans la formalisation des subjectivités politiques qu'elles prennent pour référence, ce problème affecte toujours les savoirs qui décrivent la construction de l'ordre démocratique après

la dictature du Général Franco et entravent la possibilité de l'application du droit pénal international au contexte espagnol, où l'imprescriptibilité des crimes du franquisme n'est toujours pas d'actualité.

Le sens théologique de l'intimité

La bibliographie ne manque pas pour assurer de la correspondance immédiate entre droit à la vie privée et *derecho a la intimidad*, dont un bon exemple est cet ouvrage du philosophe et sociologue du droit espagnol, Ángel Sánchez de la Torre, qui se complaît à démontrer en 1975 – Franco n'est pas mort – la compatibilité de la charte du régime franquiste, le *Fuero de los Españoles*, avec la culture européenne des droits humains, soulignant l'impérieuse nécessité de limiter l'accès de l'État à cette intimité des citoyens⁸. Il s'appuie pour y parvenir sur un des plus grands philosophes du droit du franquisme, Luis Legaz y Lacambra, fidèle collègue de Carl Schmitt à l'université de Saint-Jacques de Compostelle, formé par Kelsen à Vienne au début des années 1930, qui définit pourtant ce « *derecho a la intimidad* » dans un sens bien différent.

Dans la période d'autarcie que vit la dictature franquiste après la Seconde Guerre mondiale, et alors qu'elle construit les premières étapes de son intégration atlantiste puis européenne, la question des droits humains se pose frontalement : s'ils sont un levier pour condamner sur la scène internationale, un temps, le régime franquiste, celui-ci a conscience qu'ils sont la rhétorique qui permettra son intégration dans l'occident de la guerre froide. Cette intégration est certes le fait d'une alliance anticommuniste avec les États-Unis, mais elle repose aussi sur la réactivation de la doctrine espagnole du droit des gens, celle de l'École de Salamanque, après ce que le régime de Franco tient pour l'effondrement du monde bourgeois et rationaliste dans le cycle 1936-1945. Legaz, dans son texte « *La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre* »⁹ [« La notion juridique de la personne humaine et les droits de l'homme »], s'insère ainsi dans les débats européens sur les fondements moraux du droit, après le formalisme de Kelsen. Son problème est celui de tous les personnalistes et néothomistes européens qui construisent l'Europe d'après-guerre : il refuse la voie totalitaire et l'individualisme libéral. La « troisième voie » qu'il défend est personnaliste, certes. Il ne s'agit pourtant pas d'un personnalisme saisi dans ses seuls enjeux fédéralistes en Europe, auxquels il est habituellement réduit dans la bibliographie, mais d'un personnalisme qui s'empare directement de la question des formes d'individuation juridique. Le problème, pour le philosophe, est que les droits humains des démocraties libérales d'après-guerre réduisent l'« homme » des « droits de l'homme » à sa vie publique, comme si la formalisation juridique ne se découpait sur rien, victoire selon lui de l'existentialisme dans la pensée du droit international après 1945. Pour Legaz, en revanche, la formalisation juridique est un processus dynamique : le droit positif est « construit » et l'objectif que poursuit sa construction est de réunir les conditions d'un plein déploiement de la personne humaine. Ce plein déploiement est théologique : le droit positif doit contribuer activement à ce que la personne humaine, pneumatiquement comprise, fasse retour vers Dieu – Legaz parle alors d'une *reliatio* de la personne avec Dieu dans l'« *intimité* ». Le droit et l'État prononcent leur limitation métaphysique : l'ordre juridique suscite dans l'expérience sociale le retour des personnes vers Dieu dans l'intimité, postulant donc l'existence d'une sphère impolitique, antérieure au droit positif, que ce dernier redouble pour la parfaire. C'est dans cette cosmovision catholique que Legaz définit le « *derecho a la intimidad* » comme « le premier des droits humains ».

Cette théorie de la *reliación* qu'expose Legaz y Lacambra en 1950 n'est jamais que le reversement des thèses du philosophe et théologien Xavier Zubiri dans le droit sous la dictature. Zubiri fait partie

de ces courants, associés à la phénoménologie, à la pensée de Husserl et Heidegger, qui redécouvrent la théologie chrétienne en langue grecque après 1917, celle de Paul de Tarse particulièrement, chère à Francisco de Vitoria et à l'École de Salamanque. À la différence de la tradition latine qui pense, avec Saint Augustin, l'unité dans la Trinité de manière statique, la tradition grecque pense les trois figures de la divinité comme dynamiquement produites : Dieu est un principe inchoatif, il est source principielle (Zubiri parle de la « fontanalidad de Dios ») qui incarne ses propriétés dans le Fils révélées à l'humanité pneumatiquement entendue. La personne, dans cette pensée, acquiert sa forme pleine et exemplaire en faisant retour vers son origine divine, elle formalise son ipséité dans l'intimité posée comme inaccessible à l'État. La garantie de cette intimité est, pour Legaz, l'assurance que les sociétés humaines ne s'abandonnent pas à la seule représentation publique, où les apparences organisent le règne du vide. Dans la tradition hispanique, la réduction de la vie sociale à n'être qu'extériorité grotesque est paradigmatiquement incarnée dans la figure du *pícaro*, celle du Buscón de Francisco de Quevedo en particulier : le *Buscón* témoigne des dérives d'une réduction des vertus morales à leur seule manifestation publique au moment où la représentation picturale des *vanitas* prend son essor, signifiant notamment que derrière les apparences, il n'y a à proprement parler plus rien que le néant¹⁰. C'est bien ce risque que fait courir la culture juridique des droits humains telle qu'elle est énoncée par l'ONU aux sociétés européennes après 1945 pour Legaz. Sa conception de l'intimité théologiquement définie vient prémunir l'humanité contre la réduction de la personne humaine à sa seule formalisation dans le droit positif. Il prend ainsi fait et cause de la thèse schmittienne sur la sécularisation des concepts théologiques dans la modernité et s'engage dans une re-théologisation des concepts politiques, facilitée par le personnalisme néothomiste en vogue dans l'Europe fonctionnaliste.

Il est pourtant hasardeux de connecter directement cette *intimidad* formulée en 1950 par Legaz y Lacambra à ce signifiant qui traduit le droit à la vie privée dans l'article 18 de la Constitution de 1978, qui « garantit le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale », dont fait usage le juge Morenilla Rodríguez pour reconduire, dans l'ordre constitutionnel, la légitimité de la Loi de dangerosité sociale. Non seulement près de trois décennies séparent les deux usages, mais surtout, la démocratisation se construit dans un reflux prononcé du catholicisme, après l'idéologie nationale-catholique franquiste. C'est d'ailleurs à la lumière de cet effort de sécularisation contre le national-catholicisme que l'on a voulu identifier le retour des cultures démocrates dans l'antifranquisme « de l'intérieur » : cette sécularisation intervient depuis les cercles phalangistes qui prétendent ouvrir le régime dès le début des années 1950¹¹. Dans ces cercles, une figure émerge qui fédère l'antifranquisme socialiste avant de devenir le Maire de Madrid à la fin des années 1970, promoteur infatigable de la Movida madrilène où l'intimité sexuelle s'exhibe outrageusement, Enrique Tierno Galván. On sait aussi de lui qu'il assure à Carl Schmitt être son plus fidèle ami en Espagne...¹² Il n'empêche : le spectacle orchestré des sexualités dans la Transition et dans la Movida, consacré par la filmographie d'Almodóvar, semble bien témoigner de cette sécularisation radicale de l'intimité. La question est cependant plus complexe : l'*intimité* est sécularisable, mais la procédure qu'elle décrit – l'existence d'une sphère antérieure au droit positif sur laquelle ce dernier se découpe et qui est soustraite à la délibération collective – reste bien active après la dictature.

Tierno, avec José Luis López Aranguren, est une des grandes figures universitaires qui accompagnent l'avènement d'une nouvelle génération en passe de devenir le creuset d'un antifranquisme de plus en plus franc, à la faveur d'une crise universitaire en 1956. Cet antifranquisme naissant puis se consolidant dans les années 1960, sous le signe de la pluralisation revendiquée de la société – ces intellectuels lisent notamment Georges Gurvitch, Isaiah Berlin, Jean Carbonnier, Renato Treves par

exemple –, en revendiquant un « droit flexible », vise à faire advenir une société civile dynamique et plurielle, capable de se gouverner seule, sans la tutelle du Général Franco. Ces courants puisent dans la sociologie fonctionnaliste et dans les savoirs dits « pragmatiques » anglosaxons qu'ils font pénétrer dans les universités espagnoles, alors que l'Espagne s'insère progressivement dans les marchés européens à partir de 1959. Cette mise en mouvement, dans les savoirs théoriques, vise l'instauration d'une citoyenneté en Espagne homologable avec les démocraties ouest-européennes. Tierno Galván et cette cohorte déploient cependant cet ordre civil à instituer, fondé sur les droits humains, à partir de cette conception de l'intimité formulée par le philosophe Zubiri et déjà énoncée par Quevedo.

C'est bien par Francisco de Quevedo que Tierno, à son tour, énonce l'impérieuse nécessité de fonder une culture juridique en Espagne en accord avec le contexte européen, en le lisant à rebours de l'interprétation de Legaz. En 1954, quand il s'engage dans la voie des savoirs critiques contre le régime, il retrouve l'écrivain du Siècle d'Or pour y placer l'origine d'une conception démocratique de l'individualité. Pour Tierno Galván, les excès vulgaires et obscènes du *Buscón*, le *pícaro* outrancier, ne sont jamais que le signe du rejet de Quevedo pour la réduction de la vie sociale à sa représentation publique, pour autant qu'elle anéantit la substance dont se nourrit l'intériorité subjective, le « moi ». Tierno décèle là une trace qui annonce les Lumières européennes, incapables pourtant de prospérer en Espagne : la représentation de cette extériorité obscène serait la condamnation, par Quevedo, d'une culture hispanique et baroque où le « moi », qui est le lieu de la Grâce irréductible à la Nature, n'est pas énonçable. Tierno Galván s'exprime certes en catholique et dans la langue du régime à laquelle les universitaires sont contraints dans les premiers lustres de la dictature. Mais il en fait usage pour dénoncer cette fois l'hypocrisie du régime et pour forger une autre langue, qui se présente comme dissidente et réaliste, sillon de l'antifranquisme de l'intérieur. Le concept de l'intimité est intégré dans ces langages qui cristallisent le retour des cultures libérales et s'affermissent dans les années 1960.

Quelle sécularisation du droit à l'intimité ?

La cohorte des jeunes philosophes et sociologues du droit de cette génération de 1956 forge les langages qui cristallisent dans l'ordonnancement constitutionnel de 1978. Ces intellectuels prononcent leurs attaches au thomisme et de manière plus générale, ils considèrent que le Concile Vatican II inspire transversalement leur production, qui vise en effet à fonder une société civile dynamique après le « retrait de Dieu »¹³. Dans ce mouvement, cette cohorte est bien capable de penser la pluralisation de la société espagnole : parmi les phalangistes qui contribuent à ouvrir le régime au-delà de la communauté des « vainqueurs » de 1939, Joaquín Ruiz-Giménez – ex-ambassadeur de l'Espagne au Vatican puis Ministre de l'Éducation démis en 1956 – en appelle en 1957 à une « société vivante et plurielle », réconciliée et fraternelle, fondée sur les droits humains. Le texte s'intitule « La politique : devoir et droit de l'homme »¹⁴. Cette société dynamique et plurielle fait écho directement au pluralisme éthique et juridique qui se consolide ailleurs dans l'Europe fonctionnaliste. Or, ce qu'il reste de cette pensée métaphysique dans cette cohorte est identifiable dans ce texte de Ruiz-Giménez lorsqu'il rend compte des fondements de la société civile à venir, fondée sur les droits fondamentaux de la personne humaine : comme dans la Nouvelle Chrétienté de Maritain, la pluralisation présuppose une unité spirituelle et elle est la marque de l'activité de *personnes* orientées vers l'absolu, auxquelles les droits « de l'homme » sont attachés. Ces personnes sont pneumatiquement comprises, légitimant le caractère *obligatoire* de leur participation à la production du bien commun. Ce personnelisme néothomiste est le creuset premier dans lequel les droits humains trouvent leur fondement dans

l'antifranquisme et délimite spirituellement la communauté à laquelle cette culture juridique doit donner forme en Espagne : la « société civile ». C'est dans cette tradition que l'on peut situer l'ancrage personnaliste de la Constitution de 1978, où les « valeurs supérieures » de l'ordre constitutionnel renvoient effectivement à un ordre métaphysique catholique que ne désactivent pas les sciences sociales de l'antifranquisme : jouant la subordination de la sociologie au droit sur laquelle celle-ci s'était construite à la fin du XIXe siècle, le réalisme empirique qu'annonce la jeune sociologie du droit est dépendant de cette conception métaphysique que lui lèguent les philosophes du droit – dont Legaz, avec Ruiz-Giménez – qui l'encouragent scientifiquement dès les années 1950 et la fondent comme discipline universitaire au milieu des années 1960.

Mais même si les déclarations allant dans le sens de ce fondement théologique de l'ordre civil post-dictatorial ne manquent pas, la question est plus fine. En 1981, lors d'un des tout premiers arrêts du Tribunal Constitutionnel, celui-ci se penche sur le « contenu essentiel » des droits humains dans la Constitution¹⁵. Il établit que ce contenu est *in fine* renvoyé à ce que les constituants ont souhaité y déposer historiquement ; mais s'agissant d'un « constitutionnalisme ouvert », ce contenu n'est pas définitif. Le moment constituant peut bien être instauré comme ce lieu métaphysique de la décision schmittienne, où une décision est prise pour régler la « tyrannie des valeurs ». Ce sont d'ailleurs la morale, l'ordre public et les valeurs de vivre-ensemble qui sont invoquées comme les limites à l'usage des droits humains en Espagne, et qui rendent inutile, à la différence de la Loi fondamentale de Bonn, tout article relatif à l'abus (au sens d'usage abusif) des droits humains : les droits humains en Espagne sont considérés par le Tribunal Constitutionnel comme déjà limités, puisqu'ils dépendent des « valeurs communes » de la société historique dans laquelle ils sont professés, reprenant une position consensuelle parmi les philosophes du droit sous la dictature à partir des années 1960. Pourtant, l'arrêt du Tribunal Constitutionnel de 1981 établit l'absence d'un contenu essentiel « substantiel » : les droits humains/fondamentaux de la personne humaine fonctionnent uniquement comme un point d'ancrage permettant au droit constitutionnel de fonctionner comme système ou structure, ils n'ont pas de valeur éthique énonçable dans un rapport entre le bien et le mal, comme dans l'injustice légale de Radbruch, mais dans un rapport entre ce qui a de la valeur et ce qui n'en a pas, à l'intérieur d'un système textuel posé comme clos.

Ce élément situe l'interprétation des droits humains – et de leurs violations en Espagne – dans un contexte philosophique singulier. Il semble être question de structuralisme, mais cette cohorte rejette ce courant de pensée pour autant qu'il évacue la question des fondements du droit et de ses rapports avec le droit naturel ; cette position ne concerne d'ailleurs pas seulement les tenants de la scolastique, alors solidement installés dans les départements de droit. Plus qu'au structuralisme, c'est à la singulière appropriation d'un « tournant linguistique » idiosyncratique qu'il semble que l'on ait affaire. En effet, cette pensée de l'ordre comme texte est habituellement liée aux appropriations des théories sur la performativité du langage, associées aux actes de langages de John Austin. Mais Austin non plus ne convainc pas les philosophes du droit espagnols sous la dictature, parce qu'ils l'associent au nominalisme, à ses origines dans la théologie d'Ockham, et finalement, à Luther, référence radicalement incompatible avec le thomisme sous-jacent ou énoncé qui travaille ces savoirs¹⁶.

Ce ne sont alors ni Lévi-Strauss ni Austin qui agissent, mais Zubiri, à nouveau. Au moment où les sociétés européennes sont engagées dans le cycle 1968, le philosophe basque publie sa *Structure dynamique de la réalité*, qui poursuit son travail *Sur l'Essence* (1962). Il y désubstantialise l'essence de la réalité, contre Aristote. La réalité n'est inscrite dans aucune « substance ». Au contraire, la « substance » de la réalité est produite dynamiquement dans une structure sémiotique close dans

laquelle les essences se constituent et acquièrent leur mêmeté. Cet élément porte atteinte au droit naturel du régime et constitue un apport précieux à la génération de 1956, puisque ce sont l'historicité des fondements moraux du droit et le changement social qui deviennent pensables en Espagne, contre la revendication par le régime d'un ordre intemporel à préserver.

D'autre part, Zubiri considère que les essences acquièrent leur mêmeté intime grâce à une unité dite primordiale qui organise avec cohérence les manières d'être uniques de chaque essence. Cette unité primordiale est tenue par Zubiri comme antérieure aux propriétés de chaque chose, et plus celles-ci sont variées et riches, plus l'essence du « un » est tenue pour solide. L'intimité comme « *religación* » ou retour vers Dieu n'est pas éliminée : elle demeure présente et la procédure qu'elle décrit s'étend au-delà du seul champ théologique. L'intimité est le déploiement abouti de l'unité primordiale, d'une manière d'être au sein d'un système sémiotique clos – la multitude des propriétés se co-déterminant toutes – qui, en se manifestant dans sa richesse, accède à son ipséité. Zubiri situe l'essence des choses dans un « logos nominal construit », c'est-à-dire dans un système sémiotique autosuffisant au sein duquel se déploie la cohérence de l'unité essentielle de chaque chose. Parmi les essences considérées, l'homme est tenu pour une essence ouverte : cette ouverture présuppose que l'unité, en matière d'humanité, n'est révélée que progressivement et sa compréhension est toujours incomplète. Partant, toutes les propriétés de l'humanité contribuent à en révéler l'unité primordiale, toujours insaisissable au demeurant.

Ce deuxième élément est indispensable à la compréhension du pluralisme éthique et juridique qui se déploie dans cette génération de 1956 et que garantit le constitutionnalisme ouvert de 1978. Zubiri donne-là les jalons d'une pensée que l'on peut qualifier avec les termes actuels d'inclusive, démocratique : l'unité de l'humain, celle des communautés humaines, ne sont pas des essences fermées et s'ouvrent à l'incertitude du pluralisme sous la dictature. Mais il en dévoile aussi toutes les limites : l'unité essentielle, qui postule l'existence d'une clôture systémique de la réalité autour d'un « un » posé comme autosuffisant et qui s'incarne dans cette réalité dynamique et structurale, requiert toujours une instance pour la désigner et la substantiver. Cette unité primordiale, pour les sciences sociales de l'antifranquisme, est déjà prononcée quand Zubiri écrit dans les années 1960 : c'est le « un » pluralisable du néothomisme certes. C'est aussi l'impératif de la réconciliation nationale sous la dictature, fondée sur la dénégation des crimes perpétrés à partir de juillet 1936 contre la République espagnole, qui aspire à fonder une société post-antagonique après l'inimitié politique constituée en 1936 et perpétuée par la dictature. Cette « intimité » s'ajuste alors au tour de force que réalise cette génération : transcendant le conflit politique décrit comme opposant des vaincus « rancuniers » et des vainqueurs « arrogants », elle forge la procédure selon laquelle le pluralisme de la société civile n'est pensable qu'à partir d'une clôture première, qui est morale et épistémique, où l'unité nationale ne saurait être portée à la délibération collective. Cette clôture qui instaure le champ de la politique démocratique rejoue l'une des formes de la métaphysique aristotélicienne qu'elle lègue, avec la loi d'amnistie de 1977, à la démocratie post-dictatoriale : la *privation*.

L'imperméabilité à la culture juridique internationale des droits humains demeure patente lorsque José Luis Aranguren, inspirateur de cette cohorte de 1956 et disciple de Zubiri, écrit en 1987 qu'en Espagne, il n'est pas question de parler de « vie privée » mais de « droit à l'intimité » parce qu'il entend dans « droit à la vie privée » un sens littéralement privatif : *vida privada-de* (sic), rompant l'unité primordiale à laquelle le texte constitutionnel vient donner forme et qui organise le champ dans lequel l'ordre civil est localisé¹⁷. Pour Zubiri, la co-détermination des propriétés des essences est énoncée sous le terme de « *notas-de* », où l'enclise dit la co-appartenance à une unité fondamentale

dont chaque propriété ne saurait être extraite : le rapport entre elles est un rapport d'*exigence*, l'unité essentielle qui les ordonne fait elles s'exigent les unes les autres. « *Vida privada-de* », pour ce disciple de Zubiri, dit une rupture inconcevable parce qu'elle agit sur cette unité essentielle posée comme inaccessible ; « *intimidación* », au contraire, consacre la croyance dans cette unité essentielle préalable à l'ordre civil que fonde la culture des droits humains en Espagne à partir des années 1960.

Rapportée à la pratique du droit, l'interprétation du droit à l'intimité que fait le juge Morenilla Rodríguez témoigne du fait que cette croyance dans une unité essentielle, dans la période constituante, régule les formes possibles de la pluralisation de la société civile : les droits humains, arrimés à la « société civile » réconciliée et consumériste comme des déictiques dont elle fait usage pour se présenter comme démocrate, ne sont pas une grammaire juridique antérieure à cette interprétation communautaire. Ils sont au contraire subordonnés à une instance morale et subjective qui en régit les usages possibles. D'où l'importance de ne pas « underestimate the agency of local deformations of trans-local models »¹⁸, au point qu'une justice transitionnelle est épistémiquement impensable en Espagne, pour l'heure en tout cas, quoiqu'en disent les approches transnationales sur les mobilisations autour des justices transitionnelles et leur croyance dans l'isomorphie des catégories du droit.

Juger le franquisme depuis les droits humains ?

La dénonciation des violations des droits humains porte au premier chef en Espagne sur les violences politiques et converge nécessairement dans la dénonciation de la loi d'amnistie de 1977 qui, tout en permettant aux personnes ayant lutté pour le rétablissement de la démocratie de recouvrer leur liberté, institue l'impunité des agents de la dictature¹⁹. Depuis une perspective européenne, cette loi d'amnistie, inique certes, est d'une singularité relative. Le problème, cependant, a bien quelque chose de typiquement espagnol en Europe : les crimes du franquisme demeurent en effet inqualifiables dans les termes de la justice pénale internationale, alors que les droits humains sont brandis comme des étendards de la démocratie post-franquiste lorsqu'il s'agit de genre et de sexualités.

Les déplacements que permet la polysémie de l'« intimité » expliquent ce trompe-l'œil que sont les discours sur l'émancipation sexuelle en Espagne : ils fonctionnent comme symptôme d'une société civile plurielle, mais à partir d'un déni puissant, celui portant sur cette génération juvénile radicale et un temps contre-culturelle qui a politisé l'intimité comme lieu d'une fracture avec cette organisation systémique ou structurale de la communauté démocratique. Un collègue catalan du juge de dangerosité sociale Morenilla Rodríguez ne s'y est pas trompé lorsqu'il indiquait en 1977 qu'en libéralisant l'homosexualité, on ne risquait pas d'avoir plus d'homosexuels en Espagne, mais de fragmenter l'unité sociale. La fonction de la « réhabilitation » de ces individus n'est pas de changer leurs désirs, mais de les « forcer à entrer » dans la communauté de référence de l'État. Ceux qui sont tenus pour des « dangers sociaux » s'y refusent et constituent des morts civils (mort fictive redoublée souvent par une mort physique bien réelle dans les années 1980) : non seulement parce que leurs garanties juridiques individuelles sont suspendues par ces juridictions d'exception, mais surtout parce que, dans ces conditions, faire usage de la rhétorique des droits humains pour construire leur émancipation dans la nouvelle démocratie espagnole n'était moralement pas envisageable.

L'histoire sociale de la répression des intimités indésirables témoigne alors de la prégnance de cette procédure que j'ai tenté de décrire ici : si ces intimités-là posent problème, c'est que ce qu'elles portent à la délibération collective de manière spectaculaire – l'intimité sexuelle – nomme en réalité autre chose, et le débat qu'elles tentent d'instaurer est interprété directement, en raison de cette

collusion dans le signifiant « intimité », comme une désobéissance civile vis-à-vis de cette procédure d'institution non démocratique, tacite, de l'autorité politique. Le sort désastreux de ces parts des subjectivités gays sourdement tenues à l'écart de la démocratisation, derrière le spectacle des corps et du sexe de la Transition démocratique, n'est alors qu'un symptôme, par déplacement, de cette procédure agissante à la fin des années 1970. Ce symptôme est essentiel, pourtant, car il met sur la voie d'une critique qui dépasse celle qui prend pour objet la loi d'amnistie et ses effets sur la démocratie, qui nous maintient, à mon sens, à côté du problème. L'historien du droit Bartolomé Clavero soutient que cette loi inaugure une intégration « *de bajo perfil* », frileuse et surtout non normative, des droits humains européens ou onusiens dans l'ordre que la Constitution de 1978 instituait, garantissant la perpétuation d'une violence morale produite sous la dictature, dans la démocratie, et rendant impropre l'application de tout le répertoire conceptuel (et moral) des « justices transitionnelles » à l'Espagne. Mais cette approche, bien sûr indispensable, néglige largement les usages des droits humains en matière de genre et de sexualités, que l'on peut facilement opposer à quiconque soutiendrait que l'Espagne n'est pas une démocratie solide : elle hyperpolitise l'intimité sexuelle, et cette hyperpolitisation est, à l'instar de la lettre volée d'E. Poe, ce qui, par trop manifeste, cache la chose véritable.

Car la loi d'amnistie n'est qu'une actualisation de second ordre d'une procédure première, que décrit l'intimité zubirienne et que le *derecho a la intimidad*, comme droit qualifié d'humain, inscrit dans le droit constitutionnel pour ordonner la citoyenneté civile. C'est une définition de l'autorité démocratique qui est ici en jeu : l'intimité délimite métaphysiquement et de manière précontractuelle l'ordre civil, c'est-à-dire qu'elle soustrait à la délibération démocratique le débat sur ses fondements moraux²⁰. Cette privation fonctionne par un double déplacement : celui qui intervient dans les sexualités, où l'intimité métaphysique est indisponible derrière le spectacle d'intimités qui s'exhibent dans l'espace public ; celui qui intervient dans la réduction du débat politique dans cette autre intimité, celle du paradigme familial établi par le régime franquiste dans les années 1950 qui contraint à ne réfléchir la guerre de 1936 que dans les termes domestiques dans lesquels le franquisme l'a figée. Or, le défi d'une pensée critique sur les usages des droits humains en Espagne visant à les consolider consiste à penser au-delà de ce pluralisme affiché et fondé sur la rhétorique des droits humains, car c'est dans cet usage que se situe, à mon sens, le lieu de la falsification morale qui rend illusoire toute promesse politique fondée sur ces droits humains ainsi compris. Il convient en effet de prendre la mesure de l'efficacité conceptuelle de la métaphysique de l'intimité : elle subordonne le respect des droits humains à l'appartenance à une communauté politique effectivement plurielle, toujours pluralisable, mais à la condition expresse d'ajouter qu'il s'agit seulement d'un pluralisme de basse intensité, inscrit dans une société civile découpée de manière précontractuelle sur les logiques d'intimité politique du franquisme et qui s'empare de manière autoréférencielle du répertoire démocratique dès les années 1960.

Cette approche a bien des défauts et ne satisfera pas tout le monde, mais elle a toutefois le mérite de défaire l'identification des langages critiques avec ce qui régule d'avance leur portée, de signifier la dépendance des langages sur l'émancipation des sciences sociales à l'égard de la formalisation historique des subjectivités par le droit, qui a cessé d'être perçue : elle permet de désincruster les droits humains de ce sujet collectif et moral, la « société civile », auquel ils ont servi à donner forme dans un acte de dénégation à l'égard des crimes du franquisme. Ce faisant, la justice pénale internationale redevient pensable après les falsifications épistémiques de la génération de 1956 et leurs actualisations dans l'Espagne post-dictatoriale : outre l'impunité de la dictature, la prédation sexuelle et les féminicides restent des réalités bien immédiates en Espagne malgré les récits d'une

démocratie sexuelle toujours plus parfaite. Ces pratiques ne démontrent pas seulement l'incomplétude de la démocratisation mais constituent ce reste inassimilable dans les théories de la société civile démocrate. En désactivant ce qui fonde et restreint la légitimité des droits humains en Espagne – la procédure métaphysique que désigne l'intimité –, il devient possible de penser ces droits humains dans une double relation d'antériorité : d'abord, par rapport à l'ordre constitutionnel qui les limite (c'est la critique au patriotisme constitutionnel espagnol que le *procès* catalan ne dément toujours pas, mais qu'il convient aussi d'appliquer aux savoirs sur le genre et les sexualités) ; ensuite, par rapport à ces contenus qu'y placent les sciences sociales quand elles font usage des droits humains pour construire des horizons émancipateurs et inclusifs, sans se sentir partie prenante d'une *metanoia* collective oubliée mais bien agissante. Les droits humains deviennent pensables en des termes post-métaphysiques, ce qui veut dire ici plus simplement post-étatiques.

C'est par là que la question morale peut se poser à nouveaux frais. En nommant cette procédure antidémocratique, il me semble que l'on accède aux conditions épistémiques ou philosophiques des limitations et surtout des violations des droits humains en Espagne, ce qui permet de dépasser le seul inventaire de leurs inobservances. Sans cette inscription dans ces textures locales, sans expliquer la langue du juge Morenilla Rodríguez, l'histoire des droits humains et les actions qu'elle légitime pour étendre le champ citoyen restent dépendantes d'un ordre disciplinaire qui n'est plus perçu comme tel et qui régule pourtant tous les paris possibles sur les promesses de ces droits en matière de justice.

-
1. ¹Pour l'ensemble de ces données, B. Chamouveau, *Tiran al maricón. Los fantasmas queer de la democracia (1970-1988)*, Tres Cantos, Akal, 2017.
 2. ²Le détail sur cette trajectoire dans *Idem*, pp. 152-156.
 3. ³C. Jiménez Villarejo, A. Doñate Martón, *Jueces, pero parciales : la pervivencia del franquismo en el poder judicial*, Barcelone, Pasado y Presente, 2012.
 4. ⁴C. Acevedo et G. Martínez, *CT o la cultura de la Transición: crítica a 35 años de cultura española*, Barcelone, Debolsillo, 2012.
 5. ⁵J. M. Morenilla Rodríguez, « Peligrosidad social y la tipología del sujeto peligroso », *Documentación Jurídica* n° 20, 1978, p. 529-613.
 6. ⁶X. Berenguer *et alii*, «El individuo frente al Estado: el ataque a la intimidad», *El Viejo Topo* 28, enero de 1979, p. 29-32.
 7. ⁷Sur la prise en compte de la philosophie dans l'histoire du droit, O. Pfersmann, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités*, n° 58, 2014, p. 61-73.
 8. ⁸A. Sánchez de la Torre, *Comentario al Fuero de los Españoles. Teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
 9. ⁹L. Legaz y Lacambra, « La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre », *Revista de Estudios Políticos*, n° 55, 1951, p. 15-46.
 10. ¹⁰F. R. de la Flor, *Pasiones frías. Secreto y disimulación en el Barroco hispano*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
 11. ¹¹J. Gracia, *La resistencia silenciosa. Fascismo y cultura en España*, Barcelone, Anagrama, 2004.
 12. ¹²M. Saralegui, *Carl Schmitt, pensador español*, Madrid, Trotta, 2016.
 13. ¹³E. Díaz, *Pensamiento español, 1939-1973*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, p. 173 et suivantes.
 14. ¹⁴J. Ruiz-Giménez, « La política, deber y derecho del hombre », *Revista de Estudios Políticos*, n.º 94, 1957, p. 5-29.
 15. ¹⁵L. Alfonso Parejo, « El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional », *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 3, 1981, p. 169-190, à partir de l'arrêt du 13 février 1981 du Tribunal Constitutionnel relatif à la *Ley reguladora del Estatuto de Centros Escolares*.
 16. ¹⁶L. Legaz y Lacambra, « Filosofía analítica y análisis del lenguaje jurídico », *Problemas y tendencias de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Publicaciones de l'université Complutense de Madrid, 1971, p. 105-126.
 17. ¹⁷J. L. López Aranguren, *Moral de la vida cotidiana, personal y religiosa*, Madrid, Tecnos, 1987.

-
18. ¹⁸A. M. Hespanha, « Is there place for a separated legal history ? A broad review of recent developments on legal historiography », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° XLVIII, 2019, p. 7-28, p. 11.
 19. ¹⁹B. Clavero, *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
 20. ²⁰Sur ces procédures précontractuelles, J. Leca, « Individualisme et citoyenneté », dans J. Leca et P. Birnbaum (dir.), *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*, Paris, Presses de Sciences Po, 1991, p. 159-210.