À propos des droits de l'Homme

Riccardo Guastini

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1495>

DOI : 10.4000/revdh.1495

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Riccardo Guastini, « À propos des droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 17 septembre 2015, consulté le 20 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1495> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1495>

Ce document a été généré automatiquement le 20 juillet 2020.

Tous droits réservés

À propos des droits de l'Homme¹

Riccardo Guastini

- ¹ Ce qui suit est un commentaire de deux essais de Francesco Viola (FV), qui me semblent particulièrement stimulants : le problème du fondement des droits de l'Homme (*Il problema del fondamento dei diritti umani*) et droit naturel et droits de l'Homme (*Diritto naturale e diritti umani*), tous les deux étant inclus dans le volume droits de l'Homme, droit naturel, éthique contemporaine (*Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*) (1989)². Je compte sur l'indulgence du lecteur pour m'excuser si je dis des choses évidentes ou peu intéressantes. Le sujet des droits de l'Homme n'est pas, pour le dire ainsi, dans mes cordes. Je tente néanmoins de l'aborder dans le but bien précis d'honorer un ami qui m'est très cher.

I. Sur le concept de droits de l'Homme

- ² Dans des contextes de droit constitutionnel positif (ou mieux, de doctrine constitutionaliste), les droits « de l'Homme » (la locution « droits humains » est plus rarement employée) se distinguent des droits « du citoyen » : les uns sont attribués par les normes constitutionnelles indifféremment à tous les êtres humains, les autres sont uniquement attribués (c'est-à-dire réservés) aux citoyens, identifiables à partir des lois (le plus souvent ordinaires, bien que « matériellement constitutionnelles ») en matière de « citoyenneté ». Par exemple, dans la constitution italienne en vigueur, la liberté de religion et la liberté d'expression (art 19 et 21) sont des droits de l'Homme, alors que la liberté de réunion et la liberté d'association (art 17 et 18) sont des droits du citoyen.
- ³ Dans des contextes de droit international ou de doctrine internationaliste, les droits de l'Homme sont ceux que certaines « déclarations » internationales proclament³ et que certains documents normatifs internationaux (traités) confèrent positivement à tous les êtres humains. Mais dans des contextes philosophico - juridiques - ou d'éthique (publique) normative, on ne parle pas exactement de la même chose. Les philosophes du droit parlent généralement de droits de l'Homme pour se référer à une liste (d'ailleurs indéterminée et hétérogène) de situations subjectives avantageuses dont tous les hommes « tous les êtres humains en tant qu'hommes » (FV p. 57)⁴ sont

titulaires : pour le simple fait d'être des hommes, et indépendamment de toute norme positive.

4 Donc d'un point de vue analytique, dans ce type de contexte, les droits de l'Homme sont (1) universels, (2) égaux et (3) inviolables ou inaliénables :

5 (1) Universels parce que tous les hommes en sont titulaires « les droits de l'Homme exigent l'universalité », écrit FV p. 79⁵).

6 (2) Égaux, dans le sens d'également répartis, pour la même raison.

7 (3) Inviolables ou inaliénables : parce que les droits en question sont non pas créés, mais seulement éventuellement reconnus, par les lois positives (par le « souverain »), parce qu'en somme aucune autorité normative humaine les a créés, à plus forte raison aucune autorité humaine ne peut les supprimer ; ils sont intangibles, c'est-à-dire – comme le dit FV – « soustraits à la libre disposition du pouvoir politique » (FV p. 58).

II. Deux problèmes conceptuels

8 Si l'on accepte cette définition, on perçoit immédiatement deux problèmes dans les textes de FV.

9 (1) Si on convient que les droits de l'Homme ne dépendent pas des lois positives, on doit conclure qu'ils sont des droits non pas « juridiques », mais « moraux ».

10 FV a toutefois une conception positiviste des droits de l'Homme : « si ces droits moraux ne sont pas de fait reconnus, ils ne seront pas des droits légaux et ils ne seront donc pas au sens propre des « droits de l'Homme » (FV p. 57) ; « les droits de l'Homme sont des droits nécessairement positivisés » (FV p. 73).

11 Concernant la thèse qu'un droit moral non « reconnu » par des lois positives n'est pas un droit « juridique », on ne peut bien entendu qu'approuver⁶. On peut remarquer que nous faisons habituellement appel aux droits de l'Homme dans des contextes politiques dans lesquels les droits auxquels nous nous référons ne sont pas positivement reconnus ni garantis, et nous le faisons précisément dans le but d'obtenir la « positivisation », c'est-à-dire la reconnaissance et la garantie de la part du droit positif (la loi, la constitution).

12 Mais le problème est que si les droits de l'Homme ne sont pas tels – en reprenant presque à la lettre, FV – en absence de « reconnaissance » juridique, ils cessent alors d'être universels et inviolables. Ils ne sont plus universels pour la raison évidente qu'ils ne subsistent pas dans les ordres juridiques qui ne les « reconnaissent » pas. Ils ne sont pas inviolables parce que les normes positives qui les ont reconnus dans un ordre juridique donné peuvent être – comme n'importe quelle autre norme positive – abrogées, et ces droits peuvent donc – comme n'importe quel autre droit – être supprimés.

13 (2) D'après FV, les droits de l'Homme, bien qu'universels (pour des raisons conceptuelles) sont cependant des « droits historiques », dont le « contenu » est une variable qui dépend de l'évolution de la « conscience morale et juridique de l'humanité » (FV p. 56)⁷.

14 Le problème est que, désormais, la morale positive ou sociale (la conscience morale et juridique) de l'humanité⁸, peu importe la façon dont on l'entend, change non seulement avec le temps, auquel FV semble faire allusion, mais aussi dans l'espace : elle est en

somme une variable dépendante du contexte social, entendu au sens le plus large (des rapports sociaux, des rapports économiques, des formes politiques, de la culture, etc...).

- 15 A la lumière de cette considération banale, le caractère universel des droits de l'Homme semble complètement se dissoudre. Les droits de l'Homme seraient donc par exemple différents en Europe et en Chine contemporaine, tout comme en Europe contemporaine et en Europe au temps des Lumières. Par conséquent, les droits de l'Homme sont « radicalement historicisés, dépourvus d'une universalité authentique hormis celle relative à un contexte culturel et à une époque sociale déterminé » (FV p. 74).
- 16 La forme logique de la norme qui attribue tel ou tel droit « de l'Homme », n'est alors plus : (1) « pour chaque x , si x est un homme, alors x est titulaire du droit d », mais plutôt quelque chose comme : (2) « pour chaque x , si x est un homme dans le temps t et dans l'espace e , alors x est titulaire du droit d ».
- 17 Toutefois, ce point de vue – qui prétend conjuguer universalité et particularisme des droits de l'Homme⁹ – ne semble pas défendable. Les droits en question, ainsi conçus, ne sont bien évidemment plus des droits « de l'Homme », en tant que tels concernant tous les hommes, mais ils sont plus modestement des droits historiquement (socialement) déterminés.

III. Variété d'énoncés sur les droits de l'Homme

- 18 On peut rencontrer la locution « droits de l'Homme » dans au moins trois types d'énoncés, qui peuvent occasionnellement présenter la même forme syntaxique, mais qui sont logiquement et pragmatiquement différents : (1) les énoncés qui attribuent des droits ; (2) les énoncés qui revendiquent des droits ; (3) les énoncés qui décrivent des droits.
- 19 Les énoncés de types (1) et (2) se distinguent entre eux par le contexte type d'énonciation : respectivement, un acte normatif (qui confère des droits « juridiques ») et un discours politique (qui réclame des droits juridiquement inexistants ; il réclame en somme la positivisation d'un droit moral). Il reste que les uns et les autres appartiennent à la fonction prescriptive du langage, et sont donc dépourvus de valeur de vérité. Les énoncés de type (3) appartiennent en revanche à la fonction cognitive du langage, et on peut raisonnablement dire qu'ils sont vrais ou faux.
- 20 La question du « fondement » des droits de l'Homme se pose donc différemment en fonction des énoncés respectivement prescriptifs et descriptifs.
- 21 Le « fondement » d'un énoncé attribuant des droits, c'est-à-dire d'une norme comme par exemple les dispositions de la CESDH, ne peut être qu'une doctrine politique (ou morale, si l'on préfère le dire ainsi)¹⁰.
- 22 On peut dire la même chose d'un énoncé – de politique du droit (*de lege ferenda*, ou éventuellement *de sententia ferenda*) – qui revendique des droits dans un contexte où les droits revendiqués sont méconnus, non appliqués, ou violés¹¹.
- 23 Dans les deux cas, il serait peut-être plus approprié de parler de « justification » plutôt que de « fondement ». « Justifier », comme le suggère Bobbio, signifie, dans ce contexte, fournir de bonnes raisons.
- 24 En revanche, lorsqu'il s'agit d'énoncés qui décrivent des droits – des énoncés qui se prétendent donc vrais – la question du « fondement » se pose différemment. Et c'est

justement cette question qui me semble intéressante, parce qu'en général ceux qui parlent des droits de l'Homme, en philosophie juridique ou en philosophie politique, prétendent décrire, non pas attribuer ni revendiquer les droits en question¹².

IV. Énoncés descriptifs de droits de l'Homme

- 25 FV écrit (p. 54) : « Que cherche-on en fait lorsqu'on s'interroge sur le fondement des droits ? ».
- 26 Bien que cela soit évident, il faut avant tout dire que « droit » (au sens subjectif) est un terme du vocabulaire normatif : il n'y a pas de droit sans devoir (voir, également FV p. 57), et il n'y a pas de devoir sans une norme qui l'établit¹³.
- 27 On ne trouve pas de devoir « dans les choses » : un droit peut seulement être conféré par une norme.
- 28 Par conséquent, les énoncés descriptifs de droits ne peuvent être que des propositions normatives, c'est-à-dire des propositions (au sens logique¹⁴) qui portent sur des normes en décrivant leur contenu¹⁵.
- 29 Je dirais donc que, dans ce type de contexte, le mot « fondement » renvoie aux conditions de vérité des propositions normatives considérées : à quelles conditions est vraie une proposition normative du type « Tous les hommes sont titulaire du droit D » ? Si j'ai bien compris, c'est ce que FV appelle le « fondement au sens gnoséologique » des droits de l'Homme (FV p. 54).
- 30 Or, cette question – à quelles conditions est vraie une proposition normative qui affirme l'existence d'un droit de l'Homme ? – n'admet en réalité qu'une seule réponse (je ne saurais en imaginer d'autres) : une proposition normative est vraie si, et seulement si, elle décrit le contenu d'une norme existante (existante dans un ordre normatif, pas nécessairement positif).
- 31 En somme, s'interroger sur les conditions de vérité d'une proposition normative équivaut à se demander quelle est (« où est ») la norme – mais aussi la source de la norme – à laquelle on se réfère.
- 32 Contrairement à ce que pense FV (FV p. 55), cela revient à se demander quelle est l'« origine » – « la source » – du droit dont on parle¹⁶. L'identification d'une norme et / ou d'une source suppose, à son tour, l'identification de l'ordre normatif auquel cette norme ou source appartient. Comme le dit Bobbio, « le mot 'droit' au sens de droit subjectif (...) fait référence à un système normatif, qui peut être aussi bien moral ou naturel, comme juridique ou positif »¹⁷.
- 33 Les énoncés descriptifs de droits sont donc (occasionnellement) déontiques ou, quoi qu'il soit, normatifs dans leur forme syntaxique, mais pas du tout normatifs dans leur forme logique. La forme logique de l'énoncé, par hypothèse, descriptif : (1) « Tous les hommes sont titulaires du droit *d* »,
- 34 n'est pas : (2) « Le (souverain) attribue, ici et maintenant, à tous les hommes le droit *d* »,
- 35 ni même : (3) « Le droit *d* doit être attribué à tous les hommes »,
- 36 mais plutôt : (4) « Selon l'ordre normatif *On*, tous les hommes sont titulaires du droit *d* ».

- 37 C'est pour cette raison que toute tentative pour trouver aux droits de l'Homme un fondement dans n'importe quel type de « fait » (anthropologique ou d'autre type) est vouée à l'échec¹⁸, que ce soit par exemple l'« accord pratique » (FV, p. 50, p. 58), le fait que « nous sommes des êtres humains » (FV, p. 69), la « réalité » (FV, p. 75), ou encore une réalité non chaotique, mais « ordonnée »¹⁹. « Pour donner un sens à des termes comme devoir et droit, il faut les insérer dans un contexte de normes, peu importe la nature de ce contexte »²⁰.
- 38 En définitive, le fondement des droits de l'Homme va être recherché dans un ordre normatif. Mais si, par ailleurs, l'ordre en question ne peut être un ordre positif – sous peine de renoncer à l'universalité et à l'inviolabilité des droits de l'homme –, il ne reste plus qu'à s'adresser au droit naturel²¹. Un droit naturel « variable » en fonction du contexte historique (FV, p. 74), si l'on veut, mais toujours « naturel », *i.e.* ni posé, ni positif : donc un droit naturel qui tend à coïncider avec la morale positive, de telle façon que la morale critique ou idéale (puisque cela est précisément le droit naturel) se réduit paradoxalement à la morale sociale.

V. Droit naturel variable

- 39 FV conçoit le droit naturel, *grosso modo*, à la manière de Thomas d'Aquin, comme une « constellation de principes » universels très indéterminés (et peut-être aussi sujets à des exceptions), destinés à être progressivement concrétisés dans le cours du temps en fonction de différentes circonstances historiques (FV, p. 74). Le caractère variable du droit naturel consiste justement en cela. Et c'est pour cette raison que « la liste des droits ne peut pas et ne doit pas être fermée une fois pour toutes... Des « nouveaux droits » s'ajoutent toujours aux précédents »²².
- 40 C'est une conception du droit naturel – d'ailleurs d'orientation conservatrice²³ – très raisonnable, mais non dépourvue de problèmes juridico-philosophiques, entre lesquels le suivant.
- 41 Le droit naturel se distingue du droit positif en tant qu'ensemble de normes non pas « créées » par les hommes, mais « données » à ces derniers (par dieu, par la raison, ou par la nature : peu importe)²⁴. Autrement, il serait inapproprié de parler de droit « naturel ». Or, un droit naturel constitué non pas de règles, mais de principes qui doivent être concrétisés (FV, p. 73) toujours changeants avec le temps et dans l'espace (et qui sont peut-être aussi défectibles), n'a plus grand-chose de « naturel », pour la raison suivante.
- 42 La concrétisation d'un principe consiste à élaborer, à partir de ce dernier, des règles (relativement) circonstanciées, et précisément, pour ce qui nous intéresse ici, des règles attributives de droits. Mais je doute néanmoins qu'un principe puisse être circonstancié, comme le prétendait Thomas d'Aquin, par le biais d'une « démonstration », c'est-à-dire par voie purement déductive, sans inclure dans le raisonnement des prémisses « arbitraires » de toutes sortes (au moins : des définitions et des propositions factuelles). Scarpelli a bien résumé cela : « On ne déduit pas les conséquences des principes par des implications étroites, les principes servent à justifier des règles et des décisions par le biais d'un discours compliqué et flexible comme le discours argumentatif »²⁵.

- 43 En d'autres termes, la concrétisation d'un principe est une activité non pas simplement cognitive, mais authentiquement nomopoiétique. Et donc les règles tirées des principes du droit naturel sont fatalement des artefacts humains. Ceux sont des normes non pas « données » aux hommes mais « créées » par les hommes : finalement, du droit (non naturel mais) positif.

BIBLIOGRAPHIE

- BOBBIO N (1990), *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi.
- NINO, C. S. (1994), *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós.
- SCARPELLI, U. (1959), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, réimpression Milan, Giuffrè, 1985.
- SCARPELLI, U. (1982), "La metaetica analitica e la sua rilevanza ética", in Id., *L'etica senza verità*, Bologne, Il Mulino, p. 73-112.
- SCARPELLI, U. (1987), « Dalle legge al codice, dal codice ai principi », *Rivista di filosofia*, 1, pp. 3-15.
- SCARPELLI, U. (1989), « Il positivismo giuridico rivisitato », *Rivista di filosofia*, 3, p. 461-475.
- VIOLA, F. (1989), *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Turin, Giappichelli.
- VIOLA, F., ZACCARIA, G. (2003), *Le ragioni del diritto*, Bologne, Il Mulino.

NOTES

1. Riccardo Guastini, texte paru dans *Ragion pratica* n° 43 décembre 2014.
Texte traduit par Cécile Vergnat, étudiante du Master Bilingue Droit de l'Europe, 2014/2015, relu par l'auteur.
2. Viola (1989). Les références à ce volume sont simplement indiquées avec l'acronyme FV, suivi du numéro de page.
3. La *Déclaration universelle des droits de l'Homme* « est quelque chose de plus qu'un simple système doctrinal mais quelque chose de moins qu'un système de normes juridiques », Bobbio (1990, p. 14).
4. Voir aussi Viola, Zaccaria (2003, p. 81, p. 88) « L'appartenance à l'espèce humaine est (...) une condition nécessaire et suffisante pour jouir des droits en question » (Nino 1994, p. 41).
5. « Les droits de l'Homme sont universels en soi », Bobbio (1990, p. XX).
6. Certains dits néo-constitutionnalistes et / ou positivistes inclusifs considèrent que les droits moraux, même lorsqu'ils sont positivisés (classiquement dans un document constitutionnel), conservent cependant leur nature de droits moraux de sorte que l'interprétation des dispositions normatives qui les reconnaissent exige des évaluations morales, et leur application exige aussi une argumentation morale. Cela est exact, mais avec trois précisions : (a) une argumentation « morale » ne se distingue pas d'une argumentation juridique si ce n'est par le fait qu'elle inclut entre les prémisses des règles et / ou des évaluations morales, c'est-à-dire des prémisses qui

n'ont rien à voir avec le droit positif ; (b) l'interprétation et l'application des normes qui positivisent des droits moraux sont donc conditionnées par des règles et des évaluations propres à la morale critique des interprètes (spécialement des juges constitutionnels), ce qui veut dire que les décisions interprétatives et applicatives en question sont hautement discrétionnaires ; (c) de toute façon, l'interprétation et l'application de n'importe quelle disposition de droit positif, peu importe qu'elle constitue la positivisation d'un droit moral, est aussi fatalement conditionnée par les constructions conceptuelles des juristes.

7. Bobbio pense également cela (1990, p. 26).

8. De toute l'« humanité », notez bien, pas de l'occident.

9. Viola et Zaccaria (2003, p. 94).

10. Une doctrine politique à son tour infondée ou, en tous les cas, dépourvue de fondement ultime, pour ceux qui partagent une méta-étique non-cognitiviste. « Les valeurs ultimes (...) ne se justifient pas, elles se défendent », Bobbio (1990, p. 8). Voir aussi Scarpelli (1982).

11. « Dans le langage politique », écrit Scarpelli, « on dit que des droits subjectifs existent avant le droit objectif, et que le droit objectif doit les reconnaître et sanctionner », Scarpelli (1985, p. 164).

12. Voir encore Bobbio : « Le problème du fondement d'un droit se présente différemment suivant qu'il s'agisse de chercher le fondement d'un *droit qu'on a* ou d'un *droit qu'on voudrait avoir*. Dans le premier cas, j'irai chercher dans l'ordre juridique positif (...) s'il y a une norme valable qui le reconnaît et quelle est-elle [Bobbio n'admet pas l'existence de droit non-positifs] ; dans le second cas, j'irai à la recherche de bonnes raisons pour en soutenir la légitimité et pour convaincre (...) de le reconnaître », Bobbio (1990, p. 5)

13. « Il n'existe pas de droit sans devoir, ni de droit ni de devoir sans une règle de conduite », Bobbio (1990, p. XVIII) ; « tout comme il n'existe pas de père sans fils, et inversement, il n'existe pas de droit sans devoir, et inversement », Bobbio (1990, p. 82).

14. Énoncés qui peuvent être dits vrais ou faux.

15. FV ne semble pas en être conscient.

16. À moins qu'on ne se réfère au processus historique où est née la doctrine politique qui revendique le droit dont on parle.

17. Bobbio (1990, p. XVIII).

18. Viola et Zaccaria (2003, pp. 93 et s.).

19. FV (pp. 59 et s.) critique efficacement sept thèses relatives au fondement des droits de l'homme : elles essayent toutes (en vain) de relier les droits de l'homme à n'importe quel type de fait.

20. Bobbio (1990, p. 83)

21. Je ne comprends pas les hésitations de FV (pp. 72 et s.) à ce sujet.

22. Viola, Zaccaria (2003, p. 91). Je remarque en marge que cette dernière thèse sonne comme une apologie de la jurisprudence créative (plus précisément créative de nouveaux droits) par de nombreux tribunaux constitutionnels.

23. L'orientation conservatrice de cette doctrine se manifeste par le fait que, comme nous l'avons vu, pour elle, le droit naturel coïncide tendanciellement avec la morale sociale.

24. Scarpelli (1989, p. 461). Mais voir aussi FV (p.72).

25. Scarpelli (1987, p. 10).

RÉSUMÉS

L'auteur discute plusieurs problèmes émergents des thèses soutenues par Francesco Viola relatifs aux « droits de l'Homme », droits (soi-disant) attribués également et universellement à chaque être humain en tant que tel. Trois questions principales sont débattues. La première est relative à la nature morale ou juridique de certains droits. L'auteur soutient que, si les droits de l'homme sont conçus comme étant juridiques et que leur contenu est déterminé par l'histoire (comme le conçoit Viola), ils ne peuvent être dans le même temps traités comme étant universels et inaliénables. La seconde question a trait aux conditions de vérité des phrases énonçant l'existence d'un droit de l'homme donné. L'auteur fait valoir que ces phrases ne sont que des propositions normatives, c.-à-d. des propositions qui indiquent le contenu d'une norme existante. Par conséquent, le « fondement » même des droits de l'Homme doit être recherché dans certains systèmes normatifs, soit juridique, soit moral. La troisième question concerne la conception qu'a Viola du droit naturel comme étant un ensemble de principes, sujet à des spécifications variant historiquement. L'auteur fait valoir que la spécification de tout principe est nécessairement un acte normatif créé par l'homme de sorte que le droit naturel, ainsi conçu, se transforme en pratique en droit positif.

The author discusses a number of problems emerging from the theses held by Francesco Viola on the subject of so-called « human rights », i.e., rights (supposedly) equally and universally distributed to any human being as such. Three main issues are at stake. (i) The first one is about the moral or legal nature of such rights. The author argues that, if human rights are conceived as legal and their content is viewed as historically determined (as Viola actually does), then they cannot be at the same time treated as universal and inalienable. (ii) The second issue is about the truth conditions of sentences stating the existence of a given human right. The author argues that such sentences are but normative propositions, i.e., propositions stating the content of an existent norm. Therefore the very « foundation » of human rights must be searched in some normative system, either legal or moral. (iii) The third issue is Viola's conception of natural law as a set of principles, subject to historically variable specifications. The author argues that the specification of any principle necessarily is a human norm-creating act, in such a way that natural law, so conceived, practically turns into positive law.

INDEX

Keywords : human rights, natural law, normative propositions, principles

Mots-clés : droits de l'Homme, droit naturel, propositions normatives, principes

AUTEUR

RICCARDO GUASTINI

Professeur de théorie générale du droit et de droit constitutionnel à l'université de Gênes. Il est l'un des principaux représentants de l'école analytique du droit.