

POSITIVISME ET DROITS DE L'HOMME¹

Eric Millard²

1 - On adjoint généralement les droits de l'homme et le positivisme pour souligner une prétendue contradiction : le positivisme serait sinon toujours un adversaire résolu de la philosophie des droits de l'homme, du moins une dangereuse théorie qui constituerait un obstacle à la philosophie des droits de l'homme. Cette contradiction n'est qu'apparente et son existence n'est soutenue qu'au prix de plusieurs confusions, dont deux constituent des sophismes (fallacy), niant toute distinction entre positivisme méthodologique et positivisme idéologique, et toute parenté entre droits de l'homme et démocratie procédurale.

Ross plaidait (il y a bientôt un demi siècle, lors d'une conférence donnée à Buenos Aires) pour que l'on comprenne qu'il « est tout à fait possible, sans se contredire, de nier l'objectivité des valeurs et de la morale – objectivité sur laquelle se fonde la philosophie dominante affirmant l'essence des droits de l'homme -, et d'être en même temps un honnête homme, à qui on peut faire confiance pour lutter contre un régime de terreur, corrompu et inhumain. La croyance que les jugements moraux ne sont pas vrais (ou faux), qu'ils ne résultent pas d'un processus de cognition, qu'ils ne permettent pas une perception comparable à une cognition logique ou empirique, n'est en rien incompatible avec la formulation de tels jugements à partir de convictions morales fortes. La posture positiviste ne concerne pas la morale, mais la logique du discours moral ; elle n'a pas trait à l'éthique, mais à la métaéthique »³.

Les droits de l'homme sont pour le positivisme méthodologique un des objets de la science du droit, en tant qu'ils ne sont droits de l'homme que s'ils sont droits. Mais les positivistes peuvent affirmer par ailleurs, en fonction de leurs préférences bien entendu, toutes

¹ Ce texte fait suite à une invitation à à la table ronde de l'Université de Mar del Plata, Argentine, en mai 2008, à laquelle participaient également : Véronique Champeil-Desplats, Carla Huerta et Ricardo Guibourg. Je remercie les participants pour leurs observations et critiques sur des versions préalables du présent texte. Il reste de ce caractère oral des emprunts à des textes antérieurement publiés (et indiqués en notes), l'objet de la table ronde et l'éventuel intérêt de cette modeste contribution à la jeune et prometteuse revue de Jurisprudence Critique résidant dans le rapprochement et la mise en perspective critique de ces recherches antérieures.

² Docteur en droit. Professeur de droit public. Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Centre de Théorie et Analyse du droit. eric.millard@u-paris10.fr

³ A. Ross, *La validité et le conflit entre positivisme juridique et droit naturel*, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, Paris, 2004, p. 159.

formes de jugements politiques et d'évaluation sur chaque système juridique, y compris sur la protection par un système positif des valeurs que défend la philosophie des droits de l'homme. Il n'est pas nécessaire de refaire cette démonstration et je voudrais plutôt insister sur l'autre pan de la critique : le positivisme, en tant que méta-éthique, serait dangereux pour la philosophie des droits de l'homme. Je crois en réalité que le sophisme est plus dangereux pour les droits de l'homme que le positivisme : qu'il constitue une mauvaise stratégie pour un défenseur véritable et sincère des droits de l'homme.

2- En tant que philosophie politique, la philosophie des droits de l'homme, dans sa conception initiale du libéralisme politique, ou dans ses évolutions ultérieures, est en premier lieu une revendication. Bien que procédant de l'affirmation de l'existence de droits naturels, inaliénables et sacrés, consubstantiels de la qualité d'être humain, elle ne saurait se contenter de cette simple affirmation, même présentée comme constatation. En tant que philosophie politique, la philosophie des droits de l'homme vise aussi et surtout la consécration de ces droits par les systèmes de droit positif, voire contre les systèmes de droit positif ; en bref à faire des « droits de l'homme » des droits des hommes et des femmes ; et des droits au sens des positivistes.

Sans cela, le discours sur les droits de l'homme n'est qu'une métaphysique ou un jeu de l'esprit, une pure démarche esthétique ; il bute sur la question immémoriale du jusnaturalisme : quand bien même ces prétendus droits seraient justes ou évidents, ils ne sont, dépourvus d'effectivité, rien d'autres que des mots, avec cependant toute la portée politique et symbolique du discours.⁴

Le positivisme méthodologique permet de concevoir l'effectivité des droits de l'homme en au moins trois sens.

3 - La recherche d'effectivité se traduit d'abord de manière positive, et en premier lieu, par la recherche d'une consécration dans les textes de droit positif. Les grandes déclarations de l'époque moderne (du Bill of Rights aux déclarations révolutionnaires américaines et françaises) relaient la pensée politique du libéralisme, en donnant à l'affirmation des droits de l'homme une portée officielle au cœur du pouvoir politique. On sait pourtant que ce fut avec une portée juridique limitée ou contestée, qui ne garantissait pas

⁴ Cf. E. Millard, *L'effectivité des droits de l'homme (V°)*, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, St. Rials et F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

l'effectivité des droits affirmés : la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 notamment s'est vu refusée durant très longtemps toute portée juridique.

Avec l'émergence de la conception moderne d'une démocratie procédurale fondée sur une structure hiérarchisée des normes juridiques, la revendication d'effectivité s'est donné des moyens plus conséquents : l'inscription des droits de l'homme dans les documents normatifs hiérarchiquement les plus élevés et la mise en place de systèmes juridictionnels de contrôle du respect des normes par les autorités publiques, administratives et législatives.

Ces outils juridiques donnant à la revendication politique des droits de l'homme une forme d'effectivité peuvent apparaître comme insuffisants à deux égards au moins au regard de la philosophie des droits de l'homme, et de sa vocation à l'universalité.

D'abord, ils font reposer l'effectivité des droits de l'homme sur un double choix politique : le choix de donner valeur constitutionnelle à tout ou partie du corpus politique d'une philosophie des droits de l'homme qui n'est pas nécessairement uniforme, et à cet égard il peut apparaître une hiérarchisation entre des droits constitutionnellement reconnus et des droits ne reposant que sur une affirmation infra-constitutionnelle ; le choix d'interpréter et de concilier des droits de l'homme avec d'autres principes consacrés par des normes de même niveau (y compris d'autres droits de l'homme), qui peuvent fréquemment d'un point de vue pratique se trouver en concurrence (liberté de communication et droit de propriété des médias par exemple).

Ensuite, ils font dépendre l'effectivité des droits de l'homme du système de droit positif des Etats en premier lieu, et donc d'une forme de volonté politique qui s'exerce dans les Etats. A cet égard, ni la consécration constitutionnelle, ni l'existence de procédures de contrôles juridictionnels ne garantissent de manière absolue contre un changement politique de l'Etat, y compris par des voies conformes au système juridique positif (réforme constitutionnelle). L'idée d'une supra constitutionnalité des droits de l'homme n'est de ce point de vue qu'un regrettable recul, qui tend à occulter le problème juridique lié à une forme (imparfaite) d'effectivité des droits par le retour à des procédés simplement affirmatifs, ne garantissant en rien la moindre effectivité. Le recours à un droit international des droits de l'homme achoppe sur le fait de la souveraineté des Etats, qui implique le recours à

l'instrument conventionnel (donc à la volonté des Etats de s'engager) et qui peine à mettre en place, même dans ce cadre limité, une justice internationale.

Mais ce qui peut apparaître comme une insuffisance n'est en réalité que la démonstration d'un élément essentiel de la philosophie des droits de l'homme : elle constitue un projet politique fort. Concurrencé par d'autres projets politiques, elle ne peut se réaliser que dès lors que ses partisans prennent conscience de sa dimension politique, et de ce qu'elle implique en termes de revendication constante d'effectivité. En toute hypothèse, l'affirmation philosophique des droits de l'homme est insuffisante à sa réalisation.

D'un point de vue négatif, l'effectivité ne peut être obtenue que par une action également politique, en présence de systèmes ne permettant pas l'effectivité des droits de l'homme, que ce soit à l'intérieur de ces systèmes par l'action politique légale (en ce que ces systèmes le permettraient), ou à l'encontre de ces systèmes, par des voies contraires au droit : désobéissance civique, ingérence, etc. ; mais dans ce dernier cas bien sûr se pose la question de la justification, qui ne peut être en rien juridique, mais dépend exclusivement d'une cohérence politique.

Ces deux affirmations ne sont en rien incompatibles avec les fondements du positivisme méthodologique. Au contraire, seule l'acceptation de ces fondements conduit à les accepter immédiatement et pleinement.

4 - Dans les systèmes juridiques qui, adhérant à la philosophie politique des droits de l'homme, donnent une effectivité à ses revendications, et qui donc consacrent d'une part les droits de l'homme dans des textes normatifs au sommet de la hiérarchie des normes, d'autre part mettent en place des garanties juridictionnelles de ces droits consacrés, il est possible d'envisager l'effectivité dans un sens second, bien que lui aussi essentiel.

Tout d'abord, il s'agit d'enregistrer une mutation dans la conception philosophique des droits de l'homme, et notamment dans la tâche dévolue à l'Etat face aux prérogatives individuelles : de droits contre l'Etat ou opposables à l'Etat, les droits de l'homme ont investi un champ plus large.

Pour partie, on peut envisager une addition (l'intégration de droits économiques et sociaux par exemple, aux côtés des libertés traditionnelles) ou un aménagement (revendication de politiques d'action positive) recherchant une créance sur

l'Etat, à partir de la revendication renouvelée de droits réels, garants d'une effectivité des droits formellement affirmés. Mais en toute hypothèse, et donc y compris dans le cadre d'une stricte orthodoxie libérale, l'Etat peut se voir aussi requis de dépasser le simple respect par ses organes et textes des droits de l'homme, pour être invité, au moyen de ses politiques et organes, à les protéger effectivement, et à les promouvoir activement : protection par la mise en place de techniques juridiques telles que la prise en compte de l'effet horizontal des droits de l'homme (*Drittwirkung der Grundrechte*) dans les relations entre particuliers, dépassant la simple érection en infraction pénale des violations ; promotion par des politiques actives d'éveil et d'éducation aux problématiques des droits de l'homme.

Ensuite, les systèmes démocratiques attachés aux droits de l'homme enregistrent de plus en plus largement l'idée du droit au recours comme élément d'effectivité, y compris contre les autorités publiques, dès lors que sont en jeu des questions relatives à ces droits ; particulièrement en matière civile et pénale, ce recours doit permettre un procès équitable, devant un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Il ne suffit plus que l'Etat reconnaisse les droits de l'homme et s'abstienne d'y porter atteinte : il faut qu'effectivement les victimes prétendues des violations de ces droits aient une voie juridique pour faire constater la violation, et en faire tirer les conséquences.

Cette juridictionnalisation nécessaire des droits de l'homme est particulièrement nette dans le système européen de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales (Convention de Rome du 4 novembre 1950), qui non seulement requiert ces modalités visant à rendre les droits consacrés par la convention effectifs, mais encore met en place son propre système de contrôle, en permettant l'accès des requérants à une juridiction supranationale.

La jurisprudence issue de ce système a eu de notables conséquences en terme d'effectivité des droits. En premier lieu, elle a généré (avec l'accord des Etats qui l'ont mise en place) une vision commune des exigences juridiques liées à l'adhésion à la philosophie politique des droits de l'homme, ne laissant plus les Etats décider seuls de celles-ci. Surtout, elle a imposé une conception pragmatique et concrète des droits, vérifiant que leur mise en oeuvre ne s'arrête pas à l'énonciation de principes généraux, et que les mesures nécessaires de conciliation ou d'aménagement des droits ne les atteignent pas dans leur substance en les

privant d'effectivité. Cela conduit la Cour à élargir parfois considérablement le champ interprétatif des droits, mais également à vérifier pratiquement dans chaque espèce les cadres et conséquences du cas.

L'effectivité devient alors le critère essentiel de respect des droits de l'homme dans l'action, au moins de ceux reconnus par la convention comme principes et dont la protection est confiée aux organes de la convention. La technique juridique rejoint ici les objectifs de la philosophie politique, parce que cette philosophie politique est au coeur du projet commun.

5 - Si le positivisme méthodologique, loin de constituer un danger pour les droits de l'homme, permet au contraire une meilleure protection en permettant d'analyser les conditions techniques nécessaires à leur réelle consécration, c'est aussi parce qu'il souligne qu'il ne peut y avoir de théorie politique des droits de l'homme qui ne soit une théorie de l'effectivité des droits de l'homme, et qui n'envisage les modalités juridiques comme visant essentiellement à prévenir les atteintes aux droits de l'homme. La réparation n'est jamais en matière de droits de l'homme une alternative équivalente à la prévention des violations, car elle n'est pas conceptuellement sur le même terrain.

Dans ce troisième sens, même d'un point de vue cognitiviste, il ne peut y avoir de droits de l'homme qui ne soient des droits positifs.

6 - Pour finir, il faut rappeler que le lien entre positivisme méthodologique et théorie de la démocratie, dans le cadre d'une méta éthique non cognitiviste,⁵ a un effet sur la conception des droits de l'homme.

La défense de la démocratie chez Kelsen est liée au relativisme éthique : ne pouvant savoir a priori qu'elle est la décision vraie, il faut choisir une procédure de décision considérée comme légitime et efficace.⁶ Or le choix de la démocratie procédurale comme légitime suppose l'adhésion préalable à des valeurs qui sont celles des droits de l'homme : les valeurs d'autonomie de l'individu et d'égalité de traitement par le droit entre eux.

⁵ Rappr. E. Millard, *Quelques remarques sur la signification politique de la Théorie réaliste de l'interprétation*, in D de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats & E. Millard (études réunies par), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, pp.725-734 ; et E. Millard, *Positivisme logique et réalisme juridique*, à paraître *Analisi e Diritto*, 2009.

⁶ H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz 2004.

Le fonctionnement honnête de la démocratie suppose que ces idées d'autonomie et d'égalité ne demeurent pas de simples procédés rhétoriques (justificatifs ou légitimants), et que toutes les libertés, qui ont un effet sur le jeu démocratique, soient constitutionnellement protégées.

On retrouverait un raisonnement comparable chez Bobbio, malgré une conception en apparence plus substantielle de la démocratie.⁷ Et c'est bien la même approche qui existe chez Bentham (pourtant hostile à la Déclaration des droits de l'homme), dans sa défense résolue de toutes les libertés qui permettent un jeu démocratique non faussé, c'est-à-dire une recherche transparente de l'utilité.⁸

8 - Voilà l'exacte signification de cette prétendue opposition aux droits de l'homme du positivisme méthodologique : affirmer comme conviction non que la démocratie est la meilleure garantie des droits de l'homme, mais que c'est la démocratie qui prime, et que la justification des droits de l'homme tient à ce que leur garantie est nécessaire pour que la démocratie fonctionne.

BIBLIOGRAFIA

- A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, Paris, 2004.
- B. BINOCHÉ ET J-P. CLÉRO « *Bentham contre les droits de l'homme* », PUF- Quadrige Manuels, Paris, février 2007.
- D DE BÉCHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS & E. MILLARD (études réunies par), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006.
- E. MILLARD, *Positivisme logique et réalisme juridique, à paraître Analisi e Diritto*, 2009.
- G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham et les droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 50, 2002.
- H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz 2004.
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, ST. RIALS ET F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.
- NORBERTO BOBBIO: *Pourquoi la démocratie ?*, Michel Houdiard, Collection: Les Sens du Droit, 2008.

Artigo recebido em 25 de agosto de 2011 e aceito em 17 de setembro de 2011.

⁷ Voir V Champeil-Desplats, *Norberto Bobbio : Pourquoi la démocratie ?*, Michel Houdiard, Collection : Les Sens du Droit, 2008.

⁸ J Bentham, *Sophismes anarchiques (L'absurdité sur des échasses, ou la boîte de Pandore ouverte, ou la Déclaration française des droits en préambule de la Constitution de 1791 soumise à la critique et à l'exposition avec une esquisse comparative de ce qui a été fait sur le même sujet dans la Constitution de 1795, et un échantillon du citoyen Sieyès)* in B. Binoche et J-P. Cléro « *Bentham contre les droits de l'homme* », PUF- Quadrige Manuels, Paris, février 2007; adde : G. Tusseau, *Jeremy Bentham et les droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 50, 2002, pp. 407-431.