

Chapitre 2 : Structure et nature des droits de l'homme^{*}

A Georgette

«I have not offered an analysis of the concept of a human right. There is not enough discipline underpinning the use of the term 'human rights' to make it a useful analytical tool. The elucidation of its meaning does not illuminate significant ethical or political issues. Focusing on the use of the term in legal and political practice and advocacy, I claimed that it either relies on the legal recognition of human rights as limiting state sovereignty, or claims that they should be so recognized. Given that, I posed the question of which individual rights warrant such recognition, and what precise limits to sovereignty they should be taken to set.»

JOSEPH RAZ, Human Rights Without Foundations, in: Samantha Besson, John Tasioulas (éd.), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, 321–337, p. 336 s.

Introduction

La philosophie ou théorie des droits de l'homme vise à élucider trois questions : la structure des droits de l'homme (et notamment leurs titulaires et débiteurs, leur objet et leur contenu), leur nature et leur justification¹. Pour la plupart des auteurs, elle doit aussi servir de guide normatif à la pratique des droits de l'homme, c'est-à-dire permettre à la fois de la justifier et de la critiquer².

Pour bien guider la pratique contemporaine des droits de l'homme, la philosophie des droits de l'homme, comme j'en ai fait l'argument ailleurs, doit en fait aussi la prendre comme objet³. Etant donné que le droit des droits de l'homme se situe au cœur de cette pratique, le philosophe des droits de l'homme doit donc à la fois prendre la pratique juridique comme objet et tenter de la justifier et de la critiquer ensuite. Il devrait ainsi situer son argument en prolongement des débats normatifs inhérents à la pratique juridique des

* Je tiens à remercier Madame Odile Ammann, assistante-doctorante à l'Université de Fribourg, de son aide à la mise en forme de ce texte.

¹ Voir par exemple JAMES NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, 2^e édition, Oxford 2007, p. 2 s. ; CHARLES R. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford 2009, p. 11 ; JOSEPH RAZ, Human Rights without Foundations, in: Samantha Besson, John Tasioulas (éd.), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, 321–337, p. 322.

² Voir par exemple CRISTINA LAFONT, *Global Governance and Human Rights*, Spinoza Lectures Series 2011, Assen 2012 ; ALLEN BUCHANAN, *The Heart of Human Rights*, Oxford 2013.

³ Sur les aspects méta-théoriques de la philosophie des droits de l'homme, et notamment sa relation au droit et à la philosophie du droit, voir SAMANTHA BESSON, The Law in Human Rights Theory, *Zeitschrift für Menschenrechte – Journal for Human Rights* 2013, vol. 7, 120–150 ; SAMANTHA BESSON, Human Rights – Ethical, Political... or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights, in: Donald Childress (éd.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge 2011, 211–245. Voir aussi ci-dessous, I.

droits de l'homme. Par conséquent, c'est du point de vue de la philosophie du droit de droits de l'homme que je traiterai mon sujet.

En suivant l'approche proposée et en prenant le droit international et européen des droits de l'homme⁴ comme objet, ce chapitre porte sur les deux premières questions que se pose le philosophe des droits de l'homme⁵ : la structure (II) et la nature des droits de l'homme (III). Pour bien montrer en quoi son approche se distingue d'une analyse conceptuelle de droits de l'homme, cependant, il faut commencer par considérer l'existence d'un concept de droits de l'homme et la possibilité d'avoir recours à l'analyse conceptuelle pour tenter de mieux le comprendre (I).

I. Le(s) concept(s) de droits de l'homme

Le théoricien des droits de l'homme pourrait être tenté de les aborder avant tout comme un concept et, par conséquent, d'utiliser l'analyse conceptuelle pour en cerner la nature et la structure. Après tout, l'analyse conceptuelle est une méthode parfaitement respectable en philosophie du droit. Dans ce contexte, les concepts sont souvent présentés comme des intermédiaires entre l'une ou l'autre réalité du monde, d'une part, et les termes utilisés pour faire référence à cette réalité, d'autre part⁷.

En matière de droits de l'homme, les auteurs divergent sur l'existence d'un concept unique de droits de l'homme et sur l'intérêt, voire la possibilité, par conséquent, d'avoir recours à l'analyse conceptuelle pour en élucider le sens⁸. Un bref survol de l'histoire du droit des droits de l'homme, tant interne qu'internationale⁹, démontre combien l'intension du terme « droits de l'homme » peut varier et couvrir de contenus différents. Il suffit en cela

⁴ C'est surtout le droit de la CEDH qui sera pris comme objet, avant tout pour des raisons de familiarité, mais aussi en raison du développement et de la pérennité de son régime.

⁵ Sur la justification des droits de l'homme en général, et les questions connexes de la justification de leurs restrictions et de l'universalité de ces justifications, voir SAMANTHA BESSON, *Justifications of Human Rights*, in : Daniel Moeckli, Sangeeta Shah (éd.), *International Human Rights Law*, 2^e éd., Oxford 2013, 34–52. On peut bien entendu douter de la possibilité de séparer les deux premières questions de celle de la justification des droits de l'homme étant donné la nature morale et juridique des droits de l'homme, mais l'ambition limitée de ce chapitre le requiert.

⁶ La structure et la nature des droits de l'homme sont intimement liées, mais sont ici distinguées pour des raisons de présentation.

⁷ Voir JOSEPH RAZ, *Can There Be a Theory of Law?*, in : Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford 2009, 17–46, p. 18 ; BESSON, *Human Rights – Ethical, Political... or Legal?* (note 3) ; BESSON, *The Law in Human Rights Theory* (note 3).

⁸ Comparez par exemple RAZ (note 1) ; BESSON, *The Law in Human Rights Theory* (note 3) à JOHN TASIIOULAS, *Towards a Philosophy of Human Rights*, *Current Legal Problems* 2012, vol. 65, n° 1, 1–30 ; JAMES GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford 2008.

⁹ Voir par exemple MAYA HERTIG dans ce volume ; SAMUEL MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge (Massachusetts) 2010 ; STEFAN-LUDWIG HOFFMANN (éd.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge 2011 ; AKIRA IRIYE/PETRA GOEDDE/WILLIAM I. HITCHCOCK

de comparer les droits de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, soit des droits individuels et négatifs uniquement, avec ceux du Pacte des Nations Unies sur les droits sociaux, économiques et culturels de 1966 (Pacte I), soit des droits à la fois individuels et collectifs et dont les obligations sont tant négatives que positives. C'est pour cela d'ailleurs que la plupart des auteurs fixent leur objet théorique à un moment de l'histoire des droits de l'homme¹⁰. Plus leur objet est éloigné dans le temps, cependant, plus grande est la charge qui pèse sur eux de prouver que le concept de droits de l'homme utilisé aujourd'hui en droit international des droits de l'homme est demeuré le même.

C'est ici que la place du droit des droits de l'homme dans la fixation de l'objet de la philosophie des droits de l'homme, évoquée dans l'introduction, prend toute son importance. Plus les droits de l'homme sont conçus comme distincts de leur pratique juridique, moins la variété des intensions du terme « droits de l'homme » dans cette pratique ne s'oppose à l'identification abstraite d'un concept unique¹¹. Le choix du détachement de l'usage juridique et pratique actuel du terme « droits de l'homme » a un prix pour la philosophie des droits de l'homme, cependant : celui du manque de pertinence pratique, d'une part, mais aussi, et de manière beaucoup plus grave, la négligence dans la discussion morale de toute la dimension institutionnelle et politique des droits de l'homme, d'autre part. Toute correspondance ensuite entre la théorie morale d'un concept abstrait de droits de l'homme et la pratique du droit des droits de l'homme ne peut en effet qu'être fortuite, et la force critique de la première sur la deuxième doit alors être réduite à un jugement moral parmi d'autres sur cette pratique, sans lien avec la justification interne à cette pratique.

Même si l'identification d'un seul concept de droits de l'homme était possible, certains philosophes des droits de l'homme, comme Joseph Raz cité en exergue à ce chapitre¹², considèrent que l'analyse conceptuelle ne serait pas à même de clarifier les questions morales et politiques que soulèvent les droits de l'homme. Cela n'est guère surprenant pour un ou des concept(s) normatif(s) comme les droits de l'homme. De tels concepts, pour autant qu'ils puissent être isolés, demandent en effet à être évalués normativement pour être compris¹³. Une telle élaboration normative des droits de l'homme, hors du carcan de l'analyse conceptuelle, est d'autant plus importante que ces droits sont garantis de

(éd.), *The Human Rights Revolution. An International History*, New York 2012; JAN ECKEL / SAMUEL MOYN (éd.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, Philadelphie 2014.

¹⁰ Par exemple pour le concept du droit international des droits de l'homme de l'après-1945, NICKEL (note 1); ou sur le concept de droits de l'homme du 18^e siècle, GRIFFIN (note 8). Sur cet usage théorique de l'histoire des droits de l'homme et vice-versa, voir SAMANTHA BESSON / ALAIN ZYSSET, *Human Rights History and Human Rights Theory. A Tale of Two Odd Bedfellows, Ancilla Juris, Special Issue: International Law and Ethics* 2012; disponible sur http://www.anci.ch/_media/beitrag/ancilla2012_204_besson.pdf [consulté le 20 décembre 2013].

¹¹ Voir par exemple TASIIOULAS (note 8).

¹² Voir RAZ (note 1), p. 336 s.

¹³ Voir par exemple JEREMY WALDRON, *Dignity, Rank and Rights*, Berkeley Tanner Lectures, Oxford 2012 (sur la dignité); BESSON, *The Law in Human Rights Theory* (note 3) (sur les droits de l'homme).

manière universelle et doivent donc autant que possible être justifiés universellement¹⁴. L'analyse conceptuelle, nécessairement prisonnière d'une perspective, ne saurait donc se passer d'une discussion normative de cette perspective sur les droits lors de la recherche de leur structure et nature, discussion vers laquelle il est temps de nous tourner.

II. La structure des droits de l'homme

La structure des droits de l'homme doit, avant d'être discutée (B), être définie et délimitée d'autres étapes dans la réflexion philosophique sur les droits de l'homme, comme la justification notamment (A).

A. La structure des droits de l'homme délimitée

La structure des droits de l'homme fait référence aux éléments constitutifs de ces droits qui peuvent être dégagés par l'analyse. Ce sont donc aussi des éléments qui doivent être vérifiés avant de conclure à l'existence d'un droit de l'homme.

Les droits de l'homme sont un sous-ensemble des droits. En tant que droit, le droit de l'homme est avant tout une relation normative (i) entre un titulaire du droit et (ii) le débiteur des obligations qui y correspondent (iii) portant sur un objet protégé. Quatre éléments structurels doivent être distingués quant à cet objet protégé pour qu'il soit jugé suffisamment important pour donner naissance à des obligations, et donc à un droit en premier lieu, d'une part, et à un droit de l'homme, d'autre part. Il s'agit en bref (iii.a) de l'existence d'un intérêt fondamental, universel et général à protéger, (iii.b) de l'existence de menaces standard ou générales à cet intérêt et contre lesquelles le protéger, (iii.c) du caractère équitable du fardeau de la protection de cet intérêt contre ces menaces et (iii.d) de la faisabilité abstraite de cette protection.

Ces différents éléments structurels des droits de l'homme peuvent être dégagés par l'analyse de la pratique juridique des droits de l'homme. Tout d'abord, la pratique du droit international et européen des droits de l'homme les traite comme des droits. Même s'il arrive qu'elle s'y réfère comme à des objectifs à réaliser de manière progressive¹⁵ ou encore à des principes non-directement invocables¹⁶, le type de raisonnement, notamment judi-

¹⁴ Voir BESSON (note 5).

¹⁵ Un droit donne toujours naissance à des obligations immédiates. Les obligations dites progressives correspondent donc à des objectifs, et non pas à des droits. D'où le fait, d'ailleurs, que les droits du Pacte I soient considérés comme donnant aussi naissance à des obligations minimales immédiates (CDESC, *Observation générale n° 3, La nature des obligations des Etats parties (article 2 paragraphe 1 du Pacte)*, 14 décembre 1990). Voir SAMANTHA BESSON, *L'effectivité des droits de l'homme*, in: *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg 2011, 53–84.

¹⁶ A ce sujet, il subsiste une certaine confusion entre la non-immédiateté de certaines obligations issues des droits du Pacte I et leur non-invocabilité, voire leur non-justiciabilité: ces questions sont très différentes, cependant. Voir BESSON (note 15).

ciaire, appliqué aux droits de l'homme les traite principalement comme des droits invocables par leurs titulaires à l'encontre des institutions publiques, et donc comme des relations normatives au sens développé précédemment. Les droits de l'homme sont en fait considérés en pratique comme un sous-ensemble des droits en ce qu'ils sont généraux et sont reconnus à chacun indépendamment d'un statut particulier, et sont donc distincts d'autres droits spéciaux. Pour le reste, la pratique juridique des droits de l'homme se révèle bien sûr surtout centrée sur la dimension passive des droits de l'homme, et donc sur l'identification du contenu des obligations qui y correspondent, leur allocation et la justification de leurs restrictions. Elle part en effet de l'existence des droits dont le respect est en cause et qui ne doit pas être justifiée. Pourtant, on peut déceler dans le raisonnement, notamment judiciaire, sur les obligations relatives aux droits de l'homme des références aux intérêts protégés par les droits de l'homme, à leur protection contre des menaces ordinaires avant tout, et à l'importance du caractère raisonnable du fardeau imposé par cette protection et à sa faisabilité¹⁷.

Il est important de ne pas confondre ces différents éléments de la structure des droits de l'homme avec leur justification¹⁸. Certains auteurs tendent pourtant à les associer¹⁹. C'est le cas, par exemple, de certaines approches des droits de l'homme qui les fondent sur des intérêts à protéger²⁰. Selon cette approche, un droit de l'homme existe lorsqu'un intérêt fondamental et général est suffisamment important pour donner naissance à une ou plusieurs obligation(s). Cette approche s'est développée en réponse aux théories du choix ou de la volonté qui expliquent les droits et les droits de l'homme par référence à la protection d'une volonté. C'est aussi l'approche retenue ici en termes structurels, mais il est important de ne pas voir une justification des droits dans ces intérêts et donc de ne pas confondre l'objet de ces droits avec leur justification²¹. Tout comme ceux qui considèrent que l'objet protégé par un droit de l'homme est la volonté ne sont pas nécessairement condamnés à justifier ces droits par référence à l'autonomie, les défenseurs de la théorie des intérêts ne sont pas limités à une justification des droits par référence au bien-être. C'est d'ailleurs ce qui explique comment la justification des droits de l'homme peut être

¹⁷ Voir par exemple dans la jurisprudence de la Cour EDH: Cour EDH, *Odièvre c. France* (GC), n° 42326/98, 13 février 2003, Rec. 2003-III, § 41–49 sur les intérêts; Cour EDH, *E. et autres c. Royaume-Uni*, n° 33218/96, 26 novembre 2002, § 92–100 sur les menaces ordinaires; et Cour EDH, *Osman c. Royaume-Uni* (GC), n° 23452/94, 28 octobre 1998, Rec. 1998-VIII, § 115–122 sur la faisabilité et l'équité du fardeau. Pour des références à la pratique correspondante relative à d'autres régimes internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, voir OLIVIER DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge 2010.

¹⁸ Voir BESSON (note 5).

¹⁹ Voir par exemple TASIIOULAS (note 8).

²⁰ Voir sur ces différentes théories: JEREMY WALDRON, Introduction, in: Jeremy Waldron (éd.), *Theories of Rights*, Oxford 1984, 1–20, p. 9–12.

²¹ Une autre confusion fréquente associe trop étroitement l'objet du droit de l'homme avec son contenu: le contenu du droit est le contenu des multiples obligations qui en découlent et qui visent à protéger l'objet du droit.

la même, alors que les intérêts protégés varient et que tous les droits sont égaux en force normative, alors que les intérêts protégés peuvent être plus ou moins importants²².

Bien sûr, l'identification d'un intérêt fondamental et général, d'une menace générale pesant sur cet intérêt et du caractère faisable et équitable de la protection sont aussi matière à jugement et donc à justification. Ces justifications sont spécifiques à chaque cas, cependant, et doivent être distinguées de la justification générale des droits de l'homme. Elles sont aussi distinctes de leur identification analytique vers laquelle je me tourne maintenant.

B. La structure des droits de l'homme proprement dite

En tant que droits et donc en tant que relations normatives entre un titulaire du droit et le débiteur des obligations qui y correspondent et portant sur un intérêt protégé, les droits de l'homme jouent un rôle intermédiaire dans le raisonnement qui mène de l'objet à protéger de manière abstraite, d'une part, au contenu des obligations concrètes correspondant au besoin de protection de cet objet, d'autre part²³. Les obligations spécifiques correspondant à un droit reconnu, ainsi que les porteurs de ces obligations ne peuvent en effet être déterminés que de manière concrète et dans un contexte déterminé. Les droits de l'homme se situent donc entre les intérêts qu'ils protègent, d'abord, de manière abstraite et les obligations concrètes auxquelles ils donnent droit, ensuite²⁴. Une fois les obligations concrètes identifiées, chaque droit abstrait devient aussi un droit concret. Il est important, par conséquent, de distinguer le passage des intérêts aux droits (1) de celui des droits aux obligations (2).

La distinction opérée ici entre droits et obligations suit, cependant, avant tout un impératif de présentation. En effet, le droit de l'homme n'existe normativement qu'en tant que relation normative entre son titulaire et ses débiteurs, et donc par référence à ses obligations et à leur caractère dirigé (vers le titulaire du droit). Cet aspect relationnel du droit de l'homme est d'autant plus fondamental à saisir que beaucoup l'ont négligé jusqu'ici, se concentrant exclusivement sur le droit et son titulaire et oubliant trop souvent l'obligation et son débiteur²⁵. L'explication de cette négligence est peut-être à trouver dans les concep-

²² Voir JEREMY WALDRON, *Is Dignity the Foundation of Human Rights?*, *NYU School of Law, Public Law Research Paper* n° 12-73 2013; BESSON (note 5).

²³ Sur ce rôle intermédiaire des droits, voir JOSEPH RAZ, *On the Nature of Rights*, *Mind* 1984, vol. 93, n° 370, 194-214, p. 208; ALON HAREL, *Theories of Rights*, in: Martin P. Golding, William Edmundson (éd.), *Blackwell's Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Londres 2005, 191-206; SAMANTHA BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford 2005.

²⁴ RAZ (note 23), p. 208.

²⁵ Sur l'importance du « supply-side » des droits de l'homme, voir HENRY SHUE, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2^e éd., Princeton 1996; ONORA O'NEILL, *The Dark Side of Human Rights*, *International Affairs* 2005, vol. 81, n° 2, 427-439; SAMANTHA BESSON, *The Allocation of Anti-poverty Rights Duties – Our Rights, but Whose Duties?*, in: Krista Nadakavukaren Schefer (éd.), *Duties to Address Poverty*, Cambridge 2013, 408-431.

tions kantienne et personnaliste qui ont dominé le développement du droit international des droits de l'homme de l'après-1945²⁶. Dans ces courants de pensée, et très schématiquement, la justification du droit se trouve dans la personne de son titulaire, et notamment dans sa dignité, plutôt que dans sa relation aux autres et notamment dans son égalité de statut et les liens d'obligations mutuelles qu'elle génère en société²⁷. Saisir la dimension relationnelle des droits de l'homme et les liens entre débiteurs et titulaires est pourtant essentiel à la compréhension de la pratique juridique des droits de l'homme. On les retrouve ainsi notamment dans la notion de juridiction qui conditionne la reconnaissance de droits aux personnes soumises au contrôle normatif régulier, territorial ou extra-territorial, d'un Etat et, à l'inverse, la naissance des obligations qui y correspondent pour les Etats qui exercent leur juridiction sur la personne titulaire des droits correspondants (par exemple article 1 CEDH)²⁸. En bref, la juridiction explique pourquoi telle personne est titulaire de droits envers tel Etat et pourquoi ce dernier est débiteur d'obligations envers elle en retour.

1. Des intérêts aux droits

Quatre éléments structurels doivent être distingués quant à l'objet protégé par un droit de l'homme pour qu'il soit jugé suffisamment important pour donner naissance à des obligations, et donc à un droit en premier lieu, d'une part, et à un droit de l'homme en particulier, d'autre part²⁹. En effet, tous les intérêts fondamentaux et généraux ne donnent pas naissance à des droits qui les protègent, d'une part. Et, d'autre part, les droits de l'homme sont un sous-ensemble des droits particulièrement fondamentaux, généraux et universels. Il ne suffit donc pas de pouvoir les identifier comme droits seulement, mais il faut encore être en mesure d'expliquer ce qui permet de les caractériser spécialement parmi les droits.

Premièrement, les droits de l'homme protègent des intérêts individuels objectivement importants pour donner naissance à des obligations³⁰. Pour pouvoir se distinguer des intérêts protégés par d'autres droits, ces intérêts protégés par les droits de l'homme doivent être qualifiés : ils sont fondamentaux et donc universels, d'une part, et généraux, d'autre part. Ces droits appartiennent, en d'autres termes, à toute personne où qu'elle soit et du simple fait qu'elle est une personne et indépendamment de son statut. Cette deu-

²⁶ Sur cette histoire, voir par exemple MOYN (note 9); MICHAEL ROSEN, *Dignity: Its History and Meaning*, Cambridge (Massachusetts) 2012.

²⁷ Sur la fausse priorité des droits (de l'homme) sur les obligations, voir SIMONE WEIL, *Ecrits de New York et de Londres: L'enracinement, Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Œuvres complètes V, Paris 2013. Voir aussi SAMANTHA BESSON, *The Egalitarian Dimension of Human Rights*, *Archiv für Sozial- und Rechtsphilosophie Beiheft* 2012, 19–52.

²⁸ Voir Cour EDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* (GC), n° 55721/07, 7 juillet 2011, Rec. 2011. Voir aussi SAMANTHA BESSON, *The Extra-Territoriality of the European Convention on Human Rights. Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, *Leiden Journal of International Law* 2012, vol. 25, n° 4, 857–884.

²⁹ RAZ (note 23), p. 195.

³⁰ *Ibid.*

xième dimension, la généralité des droits de l'homme, revient à affirmer leur égalité. Les droits de l'homme sont des droits qui appartiennent à chacun également et que chacun doit aux autres. La dimension égalitaire des droits de l'homme est d'ailleurs si centrale à ces derniers qu'ils peuvent être considérés comme constitutifs du statut égal de leurs titulaires en retour. En effet, le statut égal de toute personne est relationnel et social. Un statut doit être compris comme un ensemble de droits envers les autres. Le statut égal de chacun consiste donc en un ensemble de droits égaux. La reconnaissance des droits égaux de toute personne permet dès lors de reconnaître leur égalité et, à l'inverse, la reconnaissance de leur égalité passe par celle des droits constitutifs de ce statut.

Deuxièmement, pour qu'un intérêt individuel objectif général et fondamental devienne un droit, il faut encore qu'il soit considéré comme suffisamment important pour donner naissance à des obligations. Tout intérêt fondamental, général et universel ne donne pas en effet naissance à un droit. Il suffit de penser à l'intérêt à être aimé. De plus, un intérêt, même fondamental, général et universel, ne peut pas être suffisamment important partout et en tout temps. Il suffit de penser au nouveau droit à un environnement sain qui n'existait pas il y a peu³¹ et dont l'intérêt correspondant peut pourtant être considéré comme fondamental, général et universel. L'importance de chaque intérêt doit donc être fixée en fonction du lieu et de la période considérée³².

Plus précisément, l'importance de l'intérêt doit être telle qu'elle puisse justifier la création d'obligations. Pour pouvoir être protégés par des droits généraux et universels et donc des droits de tous et partout, ces intérêts doivent faire l'objet de menaces et de menaces suffisamment générales et universelles pour que des obligations et, par conséquent, des droits puissent être reconnus. On parle souvent de menaces ordinaires ou standard³³ et qui pèsent sur la plupart des gens, et, à l'inverse, de vulnérabilité ordinaire ou standard de ces personnes³⁴.

La capacité pour certains intérêts de créer des obligations implique d'évaluer, troisièmement, le fardeau qui pèse sur chaque personne et son caractère raisonnable et notamment équitable, mais aussi, quatrièmement, d'évaluer la faisabilité de ces obligations puisqu'il ne peut pas y avoir de « devoirs » sans « pouvoirs » (« *ought implies can* »). Les droits de

³¹ Voir Cour EDH, *Leon et Agnieszka Kania c. Pologne*, n° 12605/03, 21 juillet 2009, § 98–104.

³² Contre l'universalité trans-historique des droits de l'homme, voir aussi JOHN TASIOLAS, *Human Rights, Universality and the Values of Personhood: Retracing Griffin's Steps*, *European Journal of Philosophy* 2002, vol. 10, n° 1, 79–100; JOHN TASIOLAS, *The Moral Reality of Human Rights*, in : Thomas Pogge (éd.), *Freedom from Poverty As a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford 2007, 75–101, p. 76 s. *Contra*: JAMES GRIFFIN, *First Steps in an Account of Human Rights*, *European Journal of Philosophy* 2001, vol. 9, n° 3, 306–327.

³³ Voir SHUE (note 25), p. 17, 29 ss; NICKEL (note 1), p. 70–74; BEITZ (note 1), p. 111.

³⁴ Sur la vulnérabilité et les droits de l'homme, voir SAMANTHA BESSON, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme – L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : Laurence Burgorgue-Larsen (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris 2014, 59–85.

tous sont en effet aussi la source d'obligations de tous. C'est ce qu'on peut appeler la systématicité des droits de l'homme. Cette systématicité des droits de l'homme et la généralité correspondante des obligations impliquent que le fardeau de ces obligations puisse être réparti équitablement et de manière plausible sur chacun pour que le droit existe.

L'évaluation abstraite³⁵, et minimale, de l'équité et de la faisabilité des obligations correspondant à un droit ne peut se faire que collectivement, et donc par la création d'institutions. C'est en effet la seule manière de pouvoir assurer la médiation des obligations entre les différents débiteurs potentiels, et surtout leur répartition équitable³⁶. De plus, pour être justifiée, cette évaluation doit aussi inclure tous les bénéficiaires et débiteurs, et respecter leur égalité politique, et exige donc un régime démocratique. On peut même considérer, par référence à la dimension égalitaire des droits de l'homme évoquée précédemment, que c'est par cette reconnaissance mutuelle de leurs droits que les membres de la communauté politique deviennent égaux politiquement³⁷. Les droits de l'homme sont donc aussi constitutifs de l'égalité de statut politique³⁸. Grâce à leur relation étroite avec l'égalité de statut politique³⁹, ils sont mutuellement reconnus comme protégeant des intérêts égaux et suffisamment importants socio-comparativement, et non pas garantis de l'extérieur et de haut en bas⁴⁰.

La dimension institutionnelle et politique, et surtout démocratique, des droits de l'homme correspond d'ailleurs à la condition juridictionnelle de leur reconnaissance en droit international et européen des droits de l'homme (par exemple article 1 CEDH), d'une part, et à la condition du régime démocratique qui découle de la jurisprudence de la Cour EDH⁴¹,

³⁵ Cette évaluation abstraite est nécessairement imparfaite, et devra avoir lieu à nouveau de manière concrète lors de l'identification des débiteurs et de l'allocation des diverses obligations relatives aux droits de l'homme. Voir BESSON (note 25).

³⁶ Sur la compatibilité entre l'universalité de justification des droits de l'homme et leur nécessaire contextualisation politique et sociale, voir JOSEPH RAZ, *Human Rights in the Emerging World Order*, *Transnational Legal Theory* 2010, vol. 1, n° 1, 31–47.

³⁷ Voir JEAN L. COHEN, *Rethinking Human Rights, Democracy and Sovereignty in the Age of Globalization*, *Political Theory* 2008, vol. 36, n° 4, 578–606, p. 585 s.; JOSHUA COHEN, *Minimalism About Human Rights. The Most We Can Hope For?*, *Journal of Political Philosophy* 2004, vol. 12, n° 2, 190–213, p. 197 s.

³⁸ Voir BESSON (note 27); RAINER FORST, *The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification. A Reflexive Approach*, *Ethics* 2010, vol. 120, n° 4, 711–740; THOMAS CHRISTIANO, *The Constitution of Equality*, Oxford 2008, p. 138, 156.

³⁹ Voir aussi ALLEN BUCHANAN, *The Egalitarianism of Human Rights*, *Ethics* 2010, vol. 120, n° 4, 679–710; ALLEN BUCHANAN, *Equality and Human Rights*, *Politics, Philosophy & Economics* 2005, vol. 4, n° 1, 69–90; BESSON (note 27).

⁴⁰ Voir COHEN, *Minimalism About Human Rights* (note 37), p. 197 s.; FORST (note 38); KENNETH BAYNES, *Towards a Political Conception of Human Rights*, *Philosophy and Social Criticism* 2009, vol. 35, n° 4, 371–90, p. 382.

⁴¹ Voir par exemple Cour EDH, *Zdanoka c. Lettonie* (GC), n° 58278/00, 16 mars 2006, Rec. 2006-IV, § 98. Voir SAMANTHA BESSON, *Les droits de l'homme internationaux et la forme politique fédérale*, in: Samantha Besson, Eva Maria Belser (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme et les*

d'autre part. L'interdépendance entre ce cadre institutionnel, et démocratique, et les droits de l'homme trouve une confirmation essentielle dans cette même jurisprudence par l'identification d'une obligation positive générale d'exercice de la juridiction apte à entraîner ensuite la reconnaissance de droits de l'homme⁴².

Ces quatre éléments structurels relatifs à l'objet protégé par un droit de l'homme révèlent bien sa dimension relationnelle et normative. Ils montrent aussi combien la titularité des droits de l'homme est limitée par le jeu de la généralité et donc de l'égalité de statut dont les droits de l'homme sont constitutifs. La capacité d'entrer en relations (sociales, puis politiques) avec les autres doit pouvoir fixer, aussi bas soit-il, le degré de capacité requis pour bénéficier de droits de l'homme⁴³. La dimension égalitaire des droits de l'homme explique aussi pourquoi la question des droits spéciaux des personnes appartenant uniquement aux membres d'un groupe ou d'une minorité demeure contestée et, plus généralement, pourquoi la question des droits collectifs est si controversée⁴⁴. Tout ceci ne doit pas faire oublier l'existence d'autres obligations (imparfaites) et d'autres principes moraux et légaux destinés à protéger les personnes qui ne bénéficieraient pas de celle des droits de l'homme⁴⁵.

2. Des droits aux obligations

En tant que relations normatives, les droits de l'homme donnent naissance à des obligations. Ces obligations sont dites parfaites car dirigées envers le titulaire du droit y correspondant et invocables par lui de ce fait. Cette relation entre le droit et l'obligation qui y correspond est souvent intitulée corrélativité. Trois remarques peuvent être faites à l'égard des obligations relatives à un droit de l'homme.

Premièrement, le caractère concret des obligations relatives aux droits de l'homme. Alors que les droits de l'homme peuvent être abstraits, il ne peut y avoir d'obligations relatives à un droit de l'homme qui soient abstraites. Elles sont toujours spécifiques au contexte et concrètes⁴⁶, car c'est là que la menace à l'intérêt protégé par le droit de l'homme peut être évaluée et qu'on peut déterminer comment le protéger. C'est ce qui explique qu'un droit de l'homme puisse être connu et son titulaire identifié avant même de connaître toutes les obligations qui peuvent en dériver et ses débiteurs spécifiques⁴⁷. En fait, un droit de l'homme existe très souvent alors que seul son titulaire est connu. C'est ce qu'on appelle

cantons/Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Actes de la Journée BENEFR
en droit européen 2013, Zurich 2014, 215-247.

⁴² Voir par exemple Cour EDH, *Catan et autres c. Moldavie et Russie* (GC), n° 43370/04, 18454/06 et 8252/05, 19 octobre 2012, Rec. 2012. Voir aussi BESSON (note 28).

⁴³ Voir par exemple BUCHANAN, *The Egalitarianism of Human Rights* (note 39); BESSON (note 27).

⁴⁴ Voir par exemple WALDRON (note 13); BESSON (note 15).

⁴⁵ Voir par exemple TASIIOULAS (note 8).

⁴⁶ *Contra*: GRIFFIN (note 8), p. 109.

⁴⁷ Voir NEIL MACCORMICK, *Rights in Legislation*, in: Peter M. S. Hacker, Joseph Raz (éd.), *Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford 1977, 189-209, p. 201.

la priorité de justification du droit sur les obligations⁴⁸. Une fois que les obligations spécifiques sont identifiées et allouées, cependant, elles sont toujours corrélatives à un droit spécifique. La priorité des droits sur les obligations ne réside donc que dans leur justification. La priorité de justification des droits sur les obligations explique d'ailleurs pourquoi les faits que les débiteurs ne soient pas encore identifiés et que le contenu de leurs obligations ne soient pas encore déterminés ne sont pas un obstacle à l'existence de ces droits⁴⁹. Pour mémoire, cependant, la faisabilité minimale de certaines obligations et l'identifiabilité d'éventuels débiteurs doivent pouvoir être vérifiées au moment de la reconnaissance du droit de l'homme en tant que tel, et ce en vertu du principe selon lequel un « devoir » implique un « pouvoir »⁵⁰.

Deuxièmement, le caractère pluraliste des obligations relatives aux droits de l'homme. Chaque droit de l'homme peut donner naissance à autant d'obligations qu'il faut pour protéger l'intérêt contre des menaces standard⁵¹. Selon les contextes, des obligations très différentes peuvent naître et de multiples obligations peuvent survenir en même temps⁵². A la suite d'Henry Shue et de la reprise de sa distinction dans la pratique internationale et européenne des droits de l'homme, on distingue entre les obligations de respecter un droit, les obligations de le protéger et les obligations de le réaliser⁵³. Les premières visent à ce que les institutions s'abstiennent de nuire à la réalisation des droits de l'homme elle-même; les secondes à ce qu'elles veillent à leur réalisation plus généralement même lorsque les menaces qui pèsent sur ces droits sont privées ou naturelles; et, enfin, les troisièmes visent à ce que les institutions interviennent lorsqu'il est nécessaire pour aider les titulaires des droits de l'homme à bénéficier de ces droits. Ces obligations, à la fois négatives et positives, existent pour chaque droit sans qu'il soit possible de distinguer entre droits négatifs et positifs de ce fait. Elles existent de manière concurrente, et non pas subsidiaire. Elles visent en effet à protéger l'objet du droit en même temps, mais de manières différentes et donc complémentaires. Si l'un de ces types d'obligations n'est pas respecté, le fardeau sur les débiteurs des autres sera déséquilibré, ce qu'il faut éviter pour des raisons d'égalité et d'équité.

Finalement, le caractère dynamique des obligations relatives aux droits de l'homme. Chaque droit de l'homme peut donner naissance à des obligations différentes à travers le temps⁵⁴. Les menaces standard à chaque intérêt protégé peuvent en effet varier et les

⁴⁸ MACCORMICK (note 47), p. 199–202; RAZ (note 23), p. 196, 200.

⁴⁹ *Contra*: O'NEILL (note 25).

⁵⁰ Voir BESSON (note 25); BESSON (note 15); JOHN TASIOLAS, Are Human Rights Essentially Triggers for Intervention?, *Philosophical Compass* 2009, vol. 4, n° 6, 938–950.

⁵¹ Voir WALDRON (note 20), p. 10 s.

⁵² Voir CHARLES R. BEITZ/ROBERT GOODIN (éd.), *Global Basic Rights*, Oxford 2009, p. 10.

⁵³ Voir SHUE (note 25), p. 52 s.; *The Right to Adequate Food as a Human Right*, rapport préparé par Asbjørn Eide, E/CN.4/Sub.2/1987/23 (1987); BESSON (note 25). Voir aussi MAYA HERTIG, dans ce volume.

⁵⁴ Voir ALLEN BUCHANAN, *Justice, Legitimacy, and Self-determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford 2004, p. 180–186.

besoins de protection aussi, générant de ce fait différentes obligations et différentes allocations de ces obligations. Il suffit de penser, par exemple, aux obligations que génère aujourd'hui le droit à la vie privée (par exemple article 8 [1] CEDH) par rapport à celles des années 1960. Différents droits concrets, dès lors, correspondront à ce nombre indéterminé d'obligations concrètes relatives au même droit abstrait et identifiées au fil du temps. C'est ce que Jeremy Waldron appelle une cascade d'obligations concrètes et de droits de l'homme concrets dans chaque cas⁵⁵.

L'identification de ces obligations concrètes, plurales et dynamiques correspondant à un droit de l'homme et de leurs débiteurs, puis l'allocation de ces obligations à ces débiteurs ne peuvent se faire qu'en contexte. Ces questions sont en fait largement indéterminées, même en contexte. Cette indétermination est tant morale, du fait de la pluralité d'obligations contradictoires, que pratique, du fait de la limitation des ressources à disposition. La question devient donc une question avant tout procédurale. Pour des raisons de médiation pratique des obligations et d'égalité de traitement, cette identification et allocation d'obligations doivent se faire dans un cadre institutionnel. Elles doivent au moins respecter les principes d'égalité et d'équité. D'ailleurs, l'égalité de traitement requiert aussi, comme je l'ai expliqué précédemment, une procédure démocratique.

On comprend dès lors aisément pourquoi les débiteurs des droits de l'homme sont d'abord des institutions, et non pas des particuliers qui n'encourent tout au plus que des responsabilités, mais pas d'obligations au sens strict sur la base des droits de l'homme⁵⁶. On voit d'ailleurs ce cadre institutionnel d'allocation à l'œuvre en pratique et notamment dans l'obligation positive générale des Etats parties au droit international et européen des droits de l'homme d'exercer leur juridiction, telle qu'identifiée par la jurisprudence de la Cour EDH⁵⁷. Une autre conséquence de la dimension institutionnelle des droits de l'homme est l'absence de l'universalité des débiteurs des obligations relatives aux droits de l'homme d'une personne donnée (où qu'elle soit) : le débiteur de ces obligations est nécessairement en relation institutionnelle avec elle. On trouve une confirmation de cette relativité du débiteur institutionnel à chaque droit de l'homme en pratique dans la notion de juridiction qui conditionne la reconnaissance de droits aux personnes soumises au contrôle normatif régulier, territorial ou extra-territorial, d'un Etat (par exemple article 1 CEDH)⁵⁸.

⁵⁵ Voir WALDRON (note 20); RAZ (note 23), p. 197-199.

⁵⁶ Voir en faveur d'une approche institutionnelle et contre une approche intersubjective des droits de l'homme et de leurs débiteurs, BESSON (note 25). Il est important de comprendre que l'approche relationnelle des droits de l'homme¹ proposée dans ce chapitre et la sensibilité à l'importance des obligations dans la structure des droits de l'homme ne revient pas à accepter l'effet dit horizontal de ces droits et, par conséquent, à adopter une approche intersubjective des débiteurs des droits de l'homme. *Contra*: FRANÇOIS OST, dans ce volume.

⁵⁷ Voir par exemple Cour EDH, *Catan et autres c. Moldavie et Russie* (note 42).

⁵⁸ Voir Cour EDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* (note 28). Voir aussi BESSON (note 28). Sur la possible extension aux organisations internationales et ses conditions, voir la discussion dans SAMANTHA BESSON, *Human Rights and Democracy in a Global Context - Decoupling and*

A côté des obligations correspondant à un droit de l'homme, il faut mentionner l'existence de responsabilités « pour les droits de l'homme »⁵⁹. Comme elles complètent le rôle des obligations relatives aux droits de l'homme examinées jusqu'ici et permettent d'assurer l'effectivité de ces droits, et qu'elles sont de ce fait souvent confondues avec les premières, il est important de les en distinguer. Les responsabilités pour les droits de l'homme consistent en des responsabilités de promouvoir et de protéger les droits de l'homme⁶⁰. Outre leur contenu, elles se distinguent des obligations relatives aux droits de l'homme en ce qu'elles ne sont pas (encore) allouées à des débiteurs particuliers, et ce parce qu'elles ne naissent pas d'une relation de juridiction spécifique entre leurs débiteurs et les titulaires des droits de l'homme en cause.

Quant à leurs sujets⁶¹, les responsabilités pour les droits de l'homme appartiennent tant aux particuliers qui composent la communauté politique dont les institutions sont débitrices d'obligations relatives aux droits de l'homme qu'à d'autres sujets de droit international comme d'autres Etats et les organisations internationales compétentes. Les responsabilités des particuliers dépendent de la relation juridictionnelle principale entre le titulaire des droits de l'homme et l'Etat de juridiction, alors que celles des autres Etats et organisations internationales en sont indépendantes. Les responsabilités des particuliers, premièrement, n'existent qu'en l'absence d'allocation institutionnelle dans l'Etat de juridiction sur les titulaires de droits de l'homme. Ces responsabilités ne sont donc que subsidiaires : elles ne sont dues qu'avant la mise en place ou après la disparition d'un cadre institutionnel assurant la médiation de ces responsabilités et la spécification des obligations institutionnelles correspondantes. Lorsqu'elles existent, cependant, elles sont solidaires. Deuxièmement, les responsabilités pour les droits de l'homme des autres Etats que l'Etat de juridiction, et celles des organisations internationales qu'ils ont mis en place à cette fin, sont concurrentes : elles existent en parallèle aux obligations relatives aux droits de l'homme de l'Etat de juridiction. C'est ce qu'on peut voir dans la pratique du droit international et européen des droits de l'homme qui comprend différentes responsabilités de coopération en matière de droits de l'homme (par exemple article 55 de la Charte des Nations Unies ou article 2 Pacte I) et surtout désormais une responsabilité générale de protéger les droits de l'homme telle que reconnue par la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies de 2009 (A/RES/63/308). Ces responsabilités, solidaires, pour les droits de l'homme des autres Etats que l'Etat de juridiction et des organisations inter-

Recoupling, *Ethics and Global Politics* 2011, vol. 4, n° 1, 19–50; SAMANTHA BESSON, International Human Rights and Political Equality – Implications for Global Democracy, in : Eva Erman, Sofia Näsström (éd.), *Political Equality in Transnational Democracy*, Londres 2013, 89–124.

⁵⁹ Sur cette distinction, voir BESSON (note 25); DAVID MILLER, The Responsibility to Protect Human Rights, in : Lukas H. Meyer (éd.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge 2009, 232–251, p. 233; BEITZ (note 1), p. 117, 163.

⁶⁰ Voir BESSON (note 25).

⁶¹ *Ibid.*

nationales souffrent cependant encore du « *too many hands problem* » en l'absence d'un cadre institutionnel global permettant de les allouer de manière effective⁶².

III. La nature des droits de l'homme

Comme je l'ai expliqué, les droits de l'homme sont des droits dont ils constituent un sous-ensemble et en portent la structure. Il s'agit maintenant de s'interroger sur leur nature. En tant que droits, en effet, les droits de l'homme peuvent être moraux et/ou légaux, d'une part (A), et, en tant que droits légaux, ils peuvent être nationaux et/ou internationaux, d'autre part (B)⁶³.

A. La nature morale-politique des droits de l'homme

Les droits de l'homme sont des droits moraux. A ce titre, ce sont, comme nous l'avons vu, des intérêts moraux reconnus comme suffisamment importants pour donner naissance à des obligations morales. En tant que sous-ensemble des droits moraux, les droits de l'homme sont des droits qui protègent des intérêts fondamentaux, universels et généraux. Ils sont constitutifs de l'égalité morale de statut de leurs titulaires.

La nature des droits de l'homme est, en fait, à la fois morale et politique. Les droits de l'homme n'existent en effet, nous l'avons vu, que dans une communauté politique et ont une fonction politique. Leur nature demeure morale, cependant, puisqu'ils protègent les intérêts objectifs des individus et sont constitutifs de leur égalité politique qui est un dérivé de leur égalité morale de statut dans des conditions politiques. Les droits de l'homme sont donc à la fois moraux et politiques⁶⁴.

La pratique du droit international et européen des droits de l'homme considère d'ailleurs les droits de l'homme aussi comme des droits moraux-politiques ou, du moins, comme des droits légaux dont l'interprétation requiert d'avoir recours à une forme de raisonnement moral, même spécifique au droit et à son contexte particulier. Ainsi, on peut évoquer, d'une part, le langage de dérivation ou du moins de reconnaissance des droits moraux des préambules du Pacte I ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (Pacte II). Le type de raisonnement, notamment judiciaire, appliqué aux droits de l'homme le confirme aussi, d'autre part. On mentionnera, par exemple, la référence jurisprudentielle aux intérêts que les droits de l'homme sont dits protéger, voire

⁶² Voir MILLER (note 59).

⁶³ De larges parts de l'argument qui suit sont reprises de manière abrégée de mes publications antérieures et notamment des publications suivantes: BESSON, *The Law in Human Rights Theory* (note 3); SAMANTHA BESSON, *The Right to Have Rights – From Human Rights to Citizens' Rights and Back*, in: Marco Goldoni, Christopher McCorkindale (éd.), *Arendt and the Law*, Oxford 2012, 335–355.

⁶⁴ Voir aussi FORST (note 38).

même dans certains cas à la dignité⁶⁵, ou encore aux considérations morales par lesquelles les Etats sont habilités à justifier leurs restrictions aux droits de l'homme (par exemple article 8 (2) CEDH).

B. La nature juridique des droits de l'homme

La nature morale-politique des droits de l'homme et notamment leur fondement dans l'égalité politique n'exclut pas qu'ils soient aussi et même de manière inhérente, et non pas seulement dérivée ou juxtaposée, de nature juridique. Après une présentation de la nature juridique des droits de l'homme en général (1), il s'agira d'examiner le rôle de la reconnaissance des droits de l'homme aussi bien par le droit international que par le droit national (2).

1. La nature juridique des droits de l'homme en général

Afin de bien comprendre la nature juridique des droits de l'homme, il faut commencer par présenter ce que sont les droits légaux et leurs relations aux droits moraux.

Les droits légaux sont des propositions juridiques et sont sources d'obligations juridiques. Ce sont des intérêts moraux reconnus par le droit comme suffisamment importants pour donner naissance à des obligations morales⁶⁶. Les droits légaux au sens strict, par opposition à des normes juridiques intitulées «droits» légaux, sont donc aussi des droits moraux⁶⁷. La même chose vaut pour les droits de l'homme légaux : ce sont des intérêts moraux universels, généraux et fondamentaux reconnus par le droit comme suffisamment importants pour donner naissance à des obligations morales. Par opposition aux normes juridiques intitulées «droits de l'homme», les droits de l'homme légaux au sens strict sont aussi des droits moraux.

Dans ce qui suit, deux caractéristiques des droits légaux seront examinées, tout d'abord, de manière générale, puis, ensuite, en relation à leurs spécificités dans le domaine des droits de l'homme.

Premièrement, tous les droits moraux ne sont pas reconnus comme droits légaux, et certains subsistent comme droits moraux sans cette reconnaissance juridique. Ils ne doivent pas non plus être reconnus comme droits légaux pour pouvoir être respectés. Ce n'est pas le cas des droits de l'homme, cependant. La reconnaissance des intérêts moraux protégés par le droit fait partie intégrante de leur reconnaissance comme droits moraux, et comme

⁶⁵ Voir par exemple dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Cour EDH, *Odièvre c. France* (note 17) sur les intérêts ; Cour EDH, *M. S. c. Royaume-Uni*, n° 24527/08, 3 mai 2012, § 41-44 sur la dignité.

⁶⁶ JOSEPH RAZ, *Legal Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1984, vol. 4, n° 1, 1-21, p. 12 ; RAZ (note 36).

⁶⁷ Voir RAZ (note 36), p. 34.

droits de l'homme, par conséquent⁶⁸. Cela s'explique par référence à leur fondement dans l'égalité politique. Le droit est le moyen politique et public par excellence d'opérer la comparaison des intérêts fondamentaux en jeu et la reconnaissance mutuelle de droits égaux⁶⁹, puis la spécification et l'allocation des obligations correspondantes. Les droits de l'homme sont donc à la fois moraux et légaux par nature⁷⁰.

Deuxièmement, les droits légaux (et donc moraux) ne préexistent pas nécessairement en tant que droits moraux indépendants. Certains sont des droits moraux indépendants reconnus ensuite comme droits légaux⁷¹, mais d'autres créent ou spécifient des droits moraux en tant que droits légaux⁷². Ceci ne vaut pas en matière de droits de l'homme, cependant. Ces derniers ne créent pas, mais reconnaissent légalement des droits universels moraux préexistants⁷³. Leur reconnaissance légale en tant que droits de l'homme permet certes de les spécifier dans un contexte politique donné, mais elle repose sur leur existence morale en tant que droits universels moraux. A la différence d'autres droits universels moraux reconnus comme droits légaux, cependant, les droits de l'homme ne deviennent des droits de l'homme au sens strict qu'une fois reconnus juridiquement et donc politiquement. Ils n'existent pas en tant que droits de l'homme moraux uniquement.

En somme, et contrairement à ce que nombre de philosophes⁷⁴ et juristes des droits de l'homme envisagent, la dimension juridique des droits de l'homme est davantage qu'un moyen de mise en œuvre de droits moraux – même si c'est leur moyen privilégié de mise

⁶⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁹ Voir par exemple COHEN, *Rethinking Human Rights* (note 37), p. 599 s.; FORST (note 38). Voir aussi THOMAS POGGE, *Human Rights and Human Responsibilities*, in: Andrew Kuper (éd.), *Global Responsibilities. Who Must Deliver on Human Rights*, New York 2005, 1–35, p. 3, qui concède désormais cet argument dans le cas des droits civils et politiques seulement. Il semble pourtant que la dimension égalitaire des droits de l'homme s'applique d'autant plus aux droits sociaux et économiques.

⁷⁰ Voir JÜRGEN HABERMAS, *Die Legitimation durch Menschenrechte*, in: *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Francfort 1998, 170–192, p. 183. Voir aussi JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Francfort 1998, p. 310–312; JÜRGEN HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, *Metaphilosophy* 2010, vol. 41, n° 4, 465–480, p. 470.

⁷¹ Sur la reconnaissance des droits moraux par le droit des droits de l'homme, voir BAŞAK ÇALI/SALADIN MECKLED-GARCÍA, *Lost in Translation: The Human Rights Ideal and International Human Rights Law*, in: Başak Çali, Saladin Meckled-García (éd.), *The Legalization of Human Rights, Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, Londres 2006, 11–31; BAŞAK ÇALI/SALADIN MECKLED-GARCÍA, *Introduction: Human Rights Legalized – Defining, Interpreting and Implementing an Ideal*, in: Başak Çali, Saladin Meckled-García (éd.), *The Legalization of Human Rights, Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, Londres 2006, 1–8.

⁷² Voir RAZ, *Legal Rights* (note 66), p. 16 s. Voir aussi RAZ (note 36).

⁷³ Voir RAZ (note 36), p. 39.

⁷⁴ Voir par exemple CARL WELLMAN, *The Moral Dimension of Human Rights*, New York 2010; TASIOLAS, *The Moral Reality of Human Rights* (note 32); AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge (Massachusetts) 2009; GRIFFIN (note 8).

en œuvre une fois reconnus⁷⁵. Elle fait partie intégrante de leur nature morale-politique de droits de l'homme. Les dimensions morales et juridiques des droits de l'homme sont en relation de constitution mutuelle de ce fait. Ces droits sont donc à la fois moraux et légaux, et non pas l'un et l'autre séparément ni de manière dérivée. La reconnaissance de droits de l'homme légaux ne se contente pas en effet de traduire des droits moraux universels en droits légaux, mais contribue à leur normativité dans un contexte politique donné⁷⁶. On trouve une confirmation de cela dans l'idée de reconnaissance performative des droits de l'homme par le droit international dans le premier considérant du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

2. La nature juridique internationale et nationale des droits de l'homme

Si les droits de l'homme sont à la fois moraux et légaux, la question suivante porte sur leur niveau de légalisation. Leur reconnaissance juridique doit avoir lieu dans la communauté politique dont ils contribuent à constituer l'égalité de statut des membres. La reconnaissance juridique des droits de l'homme est en effet moralement constitutive de l'égalité politique dans cette communauté politique et juridique et vice-versa. Cela implique donc que les droits de l'homme soient reconnus légalement en droit national puisque l'Etat est encore la seule communauté politique et notamment démocratique de référence à ce jour⁷⁷. La difficulté provient du fait que les droits de l'homme sont garantis par le droit international aussi. Ce sont d'ailleurs ces garanties juridiques de droit international qu'il est coutume de désigner en tant que droits de l'homme en pratique⁷⁸. Ce sont aussi celles qui garantissent leur universalité.

Pour résoudre cette difficulté, il faut comprendre que la reconnaissance juridique des droits de l'homme en droit international et en droit interne n'est pas du même type, mais que ces garanties sont complémentaires et étroitement imbriquées et qu'elles doivent donc être saisies ensemble. La différence ne tient pas au contenu ni au champ d'application matériel, territorial et personnel des droits de l'homme nationaux et internationaux

⁷⁵ Voir BESSON (note 15).

⁷⁶ Voir BESSON, *The Law in Human Rights Theory* (note 3) ; BUCHANAN (note 2). Voir aussi WALDRON (note 13) sur la dignité.

⁷⁷ Voir par exemple THOMAS CHRISTIANO, *Democratic Legitimacy and International Institutions*, in : Samantha Besson, John Tasioulas (éd.), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, 119-137 ; COHEN, *Rethinking Human Rights* (note 37), p. 599 s. Voir aussi BESSON, *International Human Rights and Political Equality* (note 58) pour une discussion des organisations internationales dans ce contexte.

⁷⁸ D'où le fait qu'on distingue souvent en pratique la catégorie des droits de l'homme nationaux (« droits constitutionnels », « droits fondamentaux » ou « droits politiques ») des droits de l'homme internationaux.

qui sont les mêmes, mais à leurs rôles respectifs⁷⁹. La reconnaissance des droits de l'homme par le droit international est auxiliaire et subsidiaire à celle du droit national et protège le « droit d'avoir des droits » développé par Hannah Arendt. Ces garanties internationales ne sont pas originaires, cependant, et leur contenu reflète celui des garanties nationales tout en les transformant en garanties minimales pour ces dernières en retour.

Pour bien comprendre le rôle du droit international des droits de l'homme, il faut distinguer parmi les droits de l'homme internationaux entre les droits à la qualité de membre (« rights to membership ») et les droits de membre (« membership rights »). Ce sont deux lectures complémentaires des droits (internationaux) d'avoir des droits de l'homme (nationaux)⁸⁰.

Premièrement, les droits à la qualité de membre protègent le droit d'appartenir à une communauté politique comme égal et d'y bénéficier des droits de membre⁸¹. Ces droits protègent l'individu notamment contre le génocide, l'esclavage ou l'apatridie⁸². Ces droits sont mieux protégés de l'extérieur et par le biais du droit international, par conséquent. Il s'agit dès lors de droits universels moraux protégés par le droit international. Ils ne peuvent cependant être considérés comme des droits de l'homme avant d'avoir été aussi garantis en droit interne de manière à ce que le contenu des droits de l'homme internationaux puisse être constitué sur cette base, puis limiter le droit interne en retour selon un processus de validation et de légitimation mutuelles⁸³.

Quant aux droits de membre, deuxièmement, ils regroupent la majeure partie des droits de l'homme internationaux. Ils correspondent à des obligations de deuxième ordre, pour les Etats, de créer des obligations de premier ordre de droit national correspondant aux droits garantis⁸⁴. Il ne s'agit donc pas encore à proprement parler de droits de l'homme individuels contre les Etats, mais de droits légaux entre Etats à la création de droits de

⁷⁹ Voir SAMANTHA BESSON, *Human Rights and Constitutional Law*, in: Matthew Liao, Massimo Renzo (éd.), *Oxford Handbook on Human Rights*, Oxford, à paraître; RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Massachusetts) 2011, p. 335-339.

⁸⁰ Voir HANNAH ARENDT, *The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man*, in: *The Origins of Totalitarianism*, Londres 1951, p. 177 s. Voir également HANNAH ARENDT, *The Rights of Man: What Are They?*, *Modern Review* 1949, vol. 3, n° 1, 24-37. Voir par exemple BESSON, *The Right to Have Rights* (note 63); HAUKE BRUNKHORST, *Are Human Rights Self-Contradictory? Critical Remarks on a Hypothesis by Hannah Arendt*, *Constellations* 1996, vol. 3, n° 2, 190-199; SEYLA BENHABIB, « The Right to Have Rights »: Hannah Arendt on the Contradictions of the Nation-State, in: *The Rights of Other. Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge 2004, 49-70.

⁸¹ Voir par exemple COHEN, *Rethinking Human Rights* (note 37); BENHABIB (note 80), p. 56-61.

⁸² Voir COHEN, *Rethinking Human Rights* (note 37), p. 587.

⁸³ Voir BESSON (note 79); SAMANTHA BESSON, *The Legitimate Authority of International Human Rights - On the Reciprocal Legitimation of Domestic and International Human Rights*, in: Andreas Føllesdal (éd.), *The Legitimacy of Human Rights*, Cambridge 2013, 32-43; BESSON, *Human Rights and Democracy in a Global Context* (note 58); BUCHANAN (note 54), p. 187-189.

⁸⁴ Voir O'NEILL (note 25), p. 433 s. Voir aussi BESSON, *Human Rights and Democracy in a Global Context* (note 58); BESSON (note 79); SAMANTHA BESSON, *Human Rights Pluralism in Europe*, in:

l'homme. Une fois que ces droits ont été créés sur le plan interne, leur contenu peut étoffer celui des garanties internationales des droits de l'homme et en faire de véritables droits de l'homme qui limiteront le droit national en retour selon le modèle de validation et de légitimation mutuelles décrit précédemment.

Ces deux lectures du droit d'avoir des droits de l'homme, et surtout de leurs liens aux droits de l'homme nationaux correspondent à la pratique internationale des droits de l'homme. On en retrouve, par exemple, la trace dans le contexte des sources internationales des droits de l'homme qui sont intrinsèquement liées à celles des droits de l'homme nationaux, comme on peut l'observer si l'on considère les principes généraux, le droit coutumier international ou encore le droit judiciaire international des droits de l'homme internationaux qui tous se fondent sur le droit interne des droits de l'homme ou, du moins, entretiennent une relation de constitution mutuelle avec ce dernier. De même, les droits de l'homme internationaux sont habituellement garantis de manière abstraite et minimale uniquement et ce de manière à permettre la spécification nationale de leur contenu en contexte⁸⁵. On trouve enfin la meilleure confirmation de l'argument présenté dans les trois formes de subsidiarité qui existent en matière de droit international et européen des droits de l'homme et que j'ai identifiées ailleurs comme : la subsidiarité juridictionnelle, applicable en matière de contrôle judiciaire international du respect des droits de l'homme ; la subsidiarité matérielle (ou marge d'appréciation), applicable en matière d'interprétation du contenu des droits de l'homme et de la justification de leurs restrictions ; et la subsidiarité d'exécution, applicable en matière de mise en œuvre des décisions judiciaires internationales prises dans le cadre du contrôle du respect des droits de l'homme⁸⁶.

Conclusions

Les questions de la structure et de la nature des droits de l'homme ne présentent pas qu'un intérêt philosophique de classification et de justification. Comme j'espère l'avoir démontré à différentes reprises au cours de ce chapitre, c'est aussi la réalisation effective et légitime de ces droits en pratique qui en dépend.

Il ressort de la pratique internationale et européenne des droits de l'homme que les droits de l'homme sont des droits, et plus particulièrement un sous-ensemble de droits univer-

Kaarlo Tuori, Miguel Maduro (éd.), *Transnational Law – Rethinking Legal Thinking*, Cambridge, à paraître.

⁸⁵ Voir BESSON (note 79); BESSON, *Human Rights Pluralism in Europe* (note 84); BESSON, *Human Rights and Democracy in a Global Context* (note 58); DWORKIN (note 79), p. 337 s.

⁸⁶ Voir BESSON (note 79); SAMANTHA BESSON, *The Erga Omnes Effect of the European Court of Human Rights' Judgements*, in : Samantha Besson (éd.), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 – Premier bilan et perspectives / The European Court of Human Rights after Protocol 14 – First Assessment and Perspectives*, Zurich 2011, 125–175.

sels et généraux. Premièrement, en tant que droits, les droits de l'homme doivent être conçus avant tout comme des relations normatives entre un titulaire et un ou plusieurs débiteurs portant sur un intérêt protégé. Différents éléments structurels propres à cette relation normative et à son objet ont été identifiés dans ce chapitre et permettent de mieux saisir ce que sont les droits de l'homme, à quelles conditions ils peuvent être reconnus et surtout comment les obligations correspondantes doivent ensuite être spécifiées et allouées. Deuxièmement, en tant que sous-ensemble de droits universels et généraux, les droits de l'homme ont une double nature que le chapitre a contribué à révéler : à la fois morale et juridique, d'une part, et à la fois nationale et internationale, d'autre part.

Il est difficile de conclure un chapitre sur la nature des droits de l'homme sans revenir sur la nature de la théorie des droits de l'homme elle-même. Il devrait en effet apparaître clairement au terme de cet argument que poser la question de la nature des droits de l'homme à un philosophe des droits de l'homme revient à lui poser la question de la nature de sa philosophie. Si la réponse que ce philosophe donne à la question de la nature de son objet peut conditionner celle qu'il donne à la question de la nature de sa philosophie, comme cela aura été le cas dans ce chapitre, l'ordre des questions peut aussi être inversé, avec alors un résultat bien différent quant à la discussion de la nature et de la structure des droits de l'homme proposée.

Bibliographie

- CHARLES R. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford 2009.
- ALON HAREL, *Theories of Rights*, in : Martin P. Golding, William Edmundson (éd.), *Blackwell's Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Londres 2005, 191-206.
- JAMES NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, 2^e éd., Oxford 2007.
- ONORA O'NEILL, *The Dark Side of Human Rights*, *International Affairs* 2005, vol. 81, n° 2, 427-439.
- JOSEPH RAZ, *Human Rights in the Emerging World Order*, *Transnational Legal Theory* 2010, vol. 1, n° 1, 31-47.
- JOSEPH RAZ, *Human Rights Without Foundations*, in : Samantha Besson, John Tasioulas (éd.), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, 321-337.
- HENRY SHUE, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2^e éd., Princeton 1996.
- JOHN TASIOULAS, *Towards a Philosophy of Human Rights*, *Current Legal Problems* 2012, vol. 65, n° 1, 1-30.
- JEREMY WALDRON, *Introduction*, in : Jeremy Waldron (éd.), *Theories of Rights*, Oxford 1984, 1-20.