

Les droits de l'homme au service du marché ?

Critique et réforme du droit international et européen des droits de l'homme en vue d'un nouveau démocratique

*Samantha Besson / Milène Hauri**

Sommaire

- A. Introduction
- B. La prémisse
- C. L'argument
- D. Quelques critiques
 - I. L'octroi de la titularité des droits de l'homme aux entreprises
 - II. Le développement des droits de l'homme économiques
 - III. L'appauvrissement des droits de l'homme sociaux
 - IV. L'instrumentalisation du raisonnement des droits de l'homme
 - V. Le consentement aux restrictions des droits de l'homme
 - VI. L'individualisation des droits de l'homme politiques
- E. Quelques réformes
 - I. Renouer avec l'histoire des droits de l'homme sociaux
 - II. Développer l'interprétation conventionnelle des droits de l'homme économiques
 - III. Renforcer le rôle du droit comparé des droits de l'homme
 - IV. Résister à la fusion entre le droit international économique et le droit international des droits de l'homme
 - V. Refuser la réduction des droits de l'homme aux objectifs de développement durable
 - VI. Penser la souveraineté étatique et les droits de l'homme de pair, et non en opposition

A. Introduction

Les droits de l'homme et la démocratie sont l'un des acquis majeurs de l'ordre institutionnel international établi dès 1945. Nous venons d'ailleurs de fêter le 70^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948.¹

* Ce texte a été préparé, par *Samantha Besson*, pour une conférence tenue le 15 mars 2019 au Forum annuel du Collège de La Planta à Sion (dont le thème était le 70^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme), et il en garde la forme orale d'origine. *Samantha Besson* remercie *Denis Varrin* de son invitation, et tous les participants de leurs questions et commentaires.

¹ Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Comme la démocratie, les droits de l'homme sont pourtant désormais considérés comme étant « en crise ». Afin de savoir comment réagir à cette crise, il est important d'en saisir les origines. Ce n'est qu'ainsi que nous pourrons ensuite articuler différentes propositions pour un renouveau démocratique.

Ce sera l'argument défendu dans cet article qu'une bonne partie des causes de la crise de la démocratie et des droits de l'homme se trouve en réalité au sein même du droit international et européen des droits de l'homme. Il s'agira, après quelques rappels sur les rapports entre droits de l'homme et démocratie qui constituent la prémisse de l'argument (B.), de présenter l'argument lui-même (C.), avant d'identifier, sous formes de critiques, ces difficultés endogènes au droit international et européen des droits de l'homme (D.) et d'en proposer différentes réformes (E.).

Deux remarques s'imposent avant de poursuivre. Tout d'abord, le droit international et européen des droits de l'homme est un régime de droit complexe, qui s'articule autour de différents niveaux de protection (les niveaux universel [Organisation des Nations Unies], régional et européen en l'occurrence [Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)]², et national). Un traitement complet de la question impliquerait dès lors de prendre ces trois niveaux de protection en compte dans toute discussion de ce droit. Pour des raisons de place, cependant, un tel traitement ne sera pas toujours possible dans cet article. Il faut aussi souligner, en outre, que le droit international et européen des droits de l'homme est un régime juridique de nature indéterminée. Son contenu doit donc être spécifié dans chaque cas par le biais d'interprétations nationales, puis européennes et internationales de ce droit. C'est ce qui explique l'importance centrale de la jurisprudence en pratique et donc dans l'argument présenté ci-dessous.

B. La prémisse

La démocratie et les droits de l'homme vont de pair. Cela vaut tant sur un plan moral que juridique.

Cette « co-originalité » se défend sur un plan philosophique ou moral, d'une part.³ Tant la démocratie que les droits de l'homme peuvent en effet être justifiés par référence à l'égalité dont ils sont des dimensions constitutives. L'égalité est ici conçue comme un statut moral fondamental (constitué, en d'autres termes, de droits fondamentaux) et relationnel (mutuellement reconnu par une pratique politique démocratique).

Au vu de leur relation à l'égalité, la démocratie et les droits de l'homme sont non seulement indissociables, mais leur mutualité rend aussi toute hiérarchisation

² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

³ Cf. *Samantha Besson*, *The Human Right to Democracy in International Law – Coming to Moral Terms with an Equivocal Legal Practice*, in: von Arnald/Odendahl/Susi (éds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights, Recognition, Novelty, Rhetoric*, 2019, 481 ; *Samantha Besson*, *The Egalitarian Dimension of Human Rights*, in: Neuman/Günther/Schulz (éds.), *Law, Science, Technology, Archiv für Sozial- und Rechtsphilosophie Beihefte*, Band 136, 2013, 19.

entre eux difficile. Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir ni de véritable droit de l'homme à la démocratie (il n'y a que des droits spécifiques à participer à différents aspects de la vie démocratique), ni, à l'inverse, de détermination démocratique complète des droits de l'homme.⁴ L'existence d'un droit de l'homme à la démocratie aboutirait en effet à une essentialisation des droits de l'homme, tandis que la détermination démocratique des droits de l'homme mènerait à une procéduralisation pure et simple de la démocratie.

Ce rapport étroit entre démocratie et droits de l'homme, par référence à l'égalité qu'ils constituent, est aussi confirmé et protégé par le droit international et européen des droits de l'homme, d'autre part.⁵

C'est ce que l'on peut lire dans le Préambule de la CEDH.⁶ On en trouve aussi confirmation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH). C'est le cas notamment de sa jurisprudence qui considère l'existence d'un régime démocratique comme la condition à une protection effective des droits de l'homme.⁷ On mentionnera en outre, et entre autres, la protection du droit de

⁴ Pour une discussion de l'opposition réductrice qui est souvent faite entre droits de l'homme et démocratie, cf. *Justine Lacroix/Jean-Yves Pranchère*, *Les droits de l'homme rendent-ils idiots ?*, 2019, 11 ss et 69 ss.

⁵ Selon l'art. 1 DUDH, « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. ».

⁶ Le Préambule de la CEDH rappelle en effet ceci de la part des Etats parties : « réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des Droits de l'homme dont ils se réclament, [...] ».

⁷ Cf. CourEDH, *Zdanoka/Lettonie*, Requête no 58278/00, Recueil 2006-IV, cons. 98 : « La démocratie représente un élément fondamental de 'l'ordre public européen'. Cela ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et sur une conception et un respect communs des droits de l'homme, d'autre part. Le préambule affirme ensuite que les Etats européens ont en commun un patrimoine d'idéaux et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. Ce patrimoine commun est constitué par les valeurs sous-jacentes à la Convention ; la Cour a ainsi rappelé à plusieurs reprises que la Convention était effectivement destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique. En d'autres termes, la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt précité *Parti communiste unifié de Turquie* et autres, § 45 ; *Refah Partisi (Parti de la prospérité)* et autres c. *Turquie* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 86, CEDH 2003-II, et, en dernier lieu, *Gorzelik* et autres c. *Pologne* [GC], no 44158/98, § 89, CEDH 2004-I). » Cf. aussi CourEDH, *Navalnyy/Russie*, Requêtes nos 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13 et 43746/14, 2018, cons. 174-175 : « 174. Au cœur du grief de violation de l'article 18 présenté par le requérant se trouve la persécution dont il se dit victime non pas en tant que simple particulier mais en tant qu'homme politique de l'opposition résolu à exercer un rôle important dans la sphère publique par le jeu du débat démocratique. Ainsi, la restriction en cause ne l'aurait pas touché à titre uniquement individuel, et elle n'aurait pas non plus touché seulement les militants et partisans de l'opposition se réclamant de lui : ce qui a été atteint serait l'essence même de la démocratie comme mode d'organisation de la société dans le cadre duquel la liberté individuelle ne peut être limitée que dans l'intérêt général, c'est-à-dire au nom de la 'liberté supérieure' évoquée dans

l'homme à la participation démocratique⁸ par la plupart des instruments du droit international et européen des droits de l'homme ; l'existence d'une condition démocratique à la justification des restrictions aux droits de l'homme dans le raisonnement des tribunaux et organes internationaux de protection des droits de l'homme ;⁹ ou encore la justification démocratique du principe de subsidiarité et donc de priorité donnée aux autorités nationales en matière d'interprétation des

les travaux préparatoires (paragraphe 51 ci-dessus). La Cour considère que le but inavoué ainsi défini atteindrait une gravité significative. 175. À la lumière des éléments ci-dessus, et en particulier de la chronologie et de la physionomie des événements en l'espèce (paragraphe 167-168), considérés dans leur ensemble, la Cour établit au-delà de tout doute raisonnable que les restrictions imposées au requérant lors des cinquième et sixième épisodes poursuivaient un but inavoué, contraire à l'article 18 de la Convention, à savoir celui d'étouffer le pluralisme politique, qui est un attribut du 'régime politique véritablement démocratique' encadré par la 'prééminence du droit', deux notions auxquelles renvoie le Préambule de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], no 58278/00, § 98, CEDH 2006 IV, et *Karácsony et autres c. Hongrie* [GC], nos 42461/13 et 44357/13, § 147, CEDH 2016 [extraits]). Comme la Cour l'a souligné, notamment sur le terrain des articles 10 et 11, le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture caractérisent une 'société démocratique' et, bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts de l'individu à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante (voir, parmi d'autres précédents, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63, série A no 44, *Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], no 44158/98, § 90, CEDH 2004 I, *Leyla Şahin*, précité, § 108, et *Karácsony et autres*, précité, § 147) ».

⁸ Selon l'art. 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II ; RS 0.103.2), « [t]out citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'art. 2 et sans restrictions déraisonnables : a) de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b) de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ; c) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ». Selon l'art. 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, « 1. Toute personne a droit à l'information. 2. Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements ».

⁹ Selon l'art. 10 CEDH, « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radio-diffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. ». Selon l'art. 29 DUDH, « 1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible. 2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ».

droits de l'homme dans la jurisprudence internationale et européenne sur les droits de l'homme.¹⁰

Enfin, il faut aussi mentionner la récente activation, dans la pratique des tribunaux et organes internationaux et européens de protection des droits de l'homme, de deux principes que l'on pensait être avant tout de portée symbolique. C'est le cas, d'une part, du principe de l'interdiction de l'abus de droit¹¹ (art. 17 CEDH) par ceux qui invoquent les droits de l'homme pour détruire la démocratie (principe dit « de légitime défense démocratique ») et, d'autre part, du principe de la bonne foi¹² (art. 18 CEDH) des Etats qui invoquent d'autres intérêts que ceux de la démocratie pour restreindre les droits de l'homme.

C. L'argument

De manière intéressante, le 70^e anniversaire de la DUDH a donné lieu à une introspection généralisée sur les différentes causes de la crise de la démocratie contemporaine, et ce tant de la part de nos représentants politiques que des chercheurs.

Les acteurs de ce débat partent souvent, et à juste titre au vu de ce qui vient d'être dit, de l'idée que la crise de la démocratie serait aussi une crise des droits de l'homme, et vice-versa. La plupart du temps, toutefois, les causes de la crise qu'ils examinent sont des causes exogènes tant à la démocratie qu'aux droits de l'homme. Ce n'est pas la direction choisie par cet article. Il propose, au contraire, d'examiner comment certaines interprétations contemporaines du droit international et euro-

¹⁰ Cf. CourEDH, SAS/France, Requête no 43835/11, 2014, cons. 129 : « Il faut également rappeler le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ».

¹¹ Selon l'art. 17 CEDH, « [a]ucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. ». Cf. CourEDH, Ifandiev/Bulgarie, Requête no 14904/11, 2019 ; CourEDH, Kasymakhunov et Saybatolov/Russie, Requêtes nos 26261/05 et 26377/06, 2013 ; CourEDH, Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres/Turquie, Requêtes nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, Recueil 2003-II. Cf. aussi *Başak Çalı*, *Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Wisconsin International Law Journal* 2018, 237.

¹² Selon l'art. 18 CEDH, « [l]es restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues. ». Cf. CourEDH, Merabishvili/Géorgie, Requête no 72508/13, 2017 ; CourEDH, Navalny/Russie, Requête no 29580/12, 2018 ; CourEDH, Kavala/Turquie, Requête no 28749/18, 2019. Cf. aussi *Helen Keller/Corina Heri*, *Selective Criminal Proceedings and Article 18 ECHR. The European Court of Human Rights' Untapped Potential to Protect Democracy*, *Human Rights Law Journal* 2016, 1.

péen des droits de l'homme, et donc internes à ce droit, sont en passe de se retourner, voire se sont déjà retournées, contre la démocratie et, finalement, contre les droits de l'homme eux-mêmes.

Plus concrètement, la difficulté est la suivante, et s'articule en deux temps. Premièrement, le droit international et européen des droits de l'homme a été interprété, depuis près de cinquante ans, de manière à servir, plus ou moins indirectement, le marché et, plus généralement, une conception néo-libérale de l'économie. Deuxièmement, l'individualisation des liens sociaux, la contractualisation du droit et la privatisation de l'intérêt public, ainsi induites, ont contribué progressivement à l'érosion de la démocratie et à sa transformation, dans certains cas, en vulgaire « marché des idées »¹³.

Cette forme de complicité ou, du moins, de passivité du droit international et européen des droits de l'homme face au néo-libéralisme a déjà été critiquée par d'autres.¹⁴ Il s'agira ici d'illustrer et d'étayer cette critique à l'aide d'exemples tirés de la pratique jurisprudentielle, puis d'y répondre en faisant différentes propositions de réforme concrètes.

Il faut souligner, bien sûr, que la difficulté est plus générale. Ce que l'on observe en droit international et européen des droits de l'homme n'est en effet qu'un écho du lent processus d'individualisation du droit entamé dès la deuxième moitié du 19^e siècle. Ce processus s'est appuyé d'abord sur le développement scientifique et technique, puis, plus récemment, sur des considérations économiques.¹⁵ Il s'est accéléré ensuite du fait de la globalisation économique. C'est ce qui a donné lieu enfin, dès l'après-guerre, à la séparation de la sphère de gouvernance économique internationale (qu'elle soit universelle, comme à l'Organisation mondiale du commerce, ou régionale, comme dans l'Union européenne) – qui régit les questions économiques – de la sphère politique nationale – qui régit les questions sociales. On appelle d'ailleurs communément cette forme de gouvernance à niveaux multiples le fédéralisme de préservation du marché (*market-preserving federalism*)¹⁶, avec toutes les conséquences que l'on a pu observer depuis sur la démocratie nationale.¹⁷

¹³ Cf. *Alain Supiot*, *Democracy Laid Low by the Market*, *Jurisprudence* 2018, 449.

¹⁴ Cf. l'échange entre *Samuel Moyn*, *A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism*, *Law and Contemporary Problems* 2015, 147 et *Susan Marks*, *Four Human Rights Myths*, in: *Kinley/Sadurski/Walton* (éds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, 2013, 217. Cf. aussi, plus récemment, *Samuel Moyn*, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, 2018. A la fois pour une présentation de la critique et une réponse, cf. aussi *Lacroix/Pranchère* (note 4), 27 ss.

¹⁵ Cf. *Alain Supiot*, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, 2009.

¹⁶ Cf. *Adam Harmes*, *New Constitutionalism and Multilevel Governance*, in: *Gill/Cutler* (éds.), *New Constitutionalism and World Order*, 2014, 143.

¹⁷ Cf. par ex. *Dani Rodrik*, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, 2010.

D. Quelques critiques

Parmi les caractéristiques de la pratique contemporaine du droit international et européen des droits de l'homme qui peuvent en partie expliquer la crise actuelle de ces droits, six doivent être soulignées et critiquées en particulier : l'octroi de la titularité des droits de l'homme aux entreprises (I.) ; le développement des droits de l'homme économiques (II.) ; l'appauvrissement des droits de l'homme sociaux (III.) ; l'instrumentalisation du raisonnement des droits de l'homme (IV.) ; le consentement aux restrictions des droits de l'homme (V.) ; et, enfin, l'individualisation des droits de l'homme politiques (VI.).

I. L'octroi de la titularité des droits de l'homme aux entreprises

Alors que le droit international des droits de l'homme protège avant tout les droits des « individus » ou « personnes humaines »¹⁸, le droit européen des droits de l'homme étend cette protection à toutes les « personnes »¹⁹ en général, et notamment aux « personnes morales », dont les entreprises. Et ce, y compris avec un droit de requête devant la CourEDH.²⁰

¹⁸ Cf. les Préambules du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (Pacte I ; RS 0.103.1) et du Pacte II de la part des États parties : « reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine, [...] » ; l'art. 6, § 1, du Pacte II : « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. » ; l'art. 10, § 1, du Pacte II : « Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. » ; le Préambule de la DUDH : « Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, [...] ».

¹⁹ Selon l'art. 1 CEDH, « [l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention : [...] ». Cf. aussi le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (CDFUE ; JO 2012 C 326, 2), selon lequel « [c]onsciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice. L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics aux niveaux national, régional et local ; elle cherche à promouvoir un développement équilibré et durable et assure la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement. ».

²⁰ Selon l'art. 34 CEDH, « [l]a Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. » Selon la CourEDH, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran/Turquie*, Requête no 40998/98, Recueil 2007-V, une personne morale qui se prétend ainsi victime peut avoir la qualité pour recourir « pour peu qu'elle ait

La pratique jurisprudentielle s'est vite développée sur ce point.²¹ Cela s'est fait, d'abord, principalement en lien aux droits de l'homme procéduraux ou au droit de l'homme à la propriété privée des entreprises. Peu à peu, cependant, la jurisprudence a étendu la titularité des personnes morales, y compris des entreprises, de manière à couvrir tous les droits de l'homme, y compris le droit à la vie privée ou les libertés dites idéelles comme la liberté d'expression ou d'association. Il est important de souligner que lorsque les personnes morales sont considérées comme titulaires de droits de l'homme par cette jurisprudence, elles ne le sont pas en tant que somme d'individus eux-mêmes titulaires de droits, mais en tant que telles.

Suite à cette extension de la titularité des droits en droit européen des droits de l'homme, il est devenu très difficile d'identifier ce qui fait la spécificité fondamentale des droits de l'homme dans l'ordre juridique, et notamment leur rôle instituant de la personne humaine. Il est compliqué, par exemple, de distinguer les droits de l'homme d'autres droits accordés par l'ordre juridique, comme, par exemple, les droits contractuels ou patrimoniaux. Le rapport constitutif qui existe entre les droits de l'homme et l'égalité de statut moral fondamental est brisé, tout comme la relation vertueuse qui lie ces mêmes droits à la démocratie.

Certains y voient d'ailleurs la dernière étape de la « naturalisation », voire de l'« in-corporation » des personnes morales (que l'on désigne par le terme *corporation* en anglais) : on leur attribue en effet ainsi les droits relatifs au corps ultime, de chair et d'os, qui constituaient encore jusque-là des attributs juridiques réservés aux personnes physiques.²² La boucle serait en quelque sorte bouclée : après avoir « incorporé » l'Eglise, puis l'Etat, le droit occidental a progressivement aussi « incorporé » les entreprises et d'autres regroupements de personnes privés, menant ainsi inéluctablement à la remise en question de leurs différences de statut en droit par rapport aux personnes physiques.

D'autres difficultés en découlent encore. Du point de vue des droits de l'homme, d'une part, on mentionnera la difficulté qu'il y a désormais pour l'Etat de protéger les droits de l'homme des individus contre des entreprises qui bénéficient des mêmes droits qu'eux à son encontre. Il suffit de se pencher sur l'invocation du droit

la qualité d'« organisation non gouvernementale » (cons. 78), à l'instar de la société requérante dans cette affaire qui est « une personne morale exerçant des activités commerciales » (cons. 80).

²¹ Cf. CourEDH, *Delfi AS/Estonie*, Requête no 64569/09, 2015 ; CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irlande*, Requête no 45036/98, Recueil 2005-VI ; CourEDH, *Senator Lines GmbH/Autriche et al.*, Requête no 56672/00, Recueil 2004-IV ; CourEDH, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran/Turquie*, Requête no 40998/98, Recueil 2007-V ; CourEDH, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos/Russie*, Requête no 1409/04, 2014. Cf. aussi CJUE, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain SL et Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos*) ; CJUE, aff. C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383 (*PI/Landespolizeidirektion Tirol*). Cf. aussi *Marius Emberland*, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structures of ECHR Protection*, 2006. Pour une critique : *Cristina Lafont*, *Should We Take the «Human» Out of Human Rights? Human Dignity in a Corporate World*, *Ethics & International Affairs* 2016, 233.

²² Cf. *Alain Supiot*, *État, Entreprise et Démocratie*, in: Musso (éd.), *L'Entreprise contre l'État ?*, 2017, 13.

à la propriété privée en tant que droit de l'homme par les entreprises en droit international des investissements pour s'en rendre compte. L'Etat devient ainsi progressivement le complice ou, du moins, l'observateur impuissant d'une emprise grandissante des entreprises sur les individus. En termes démocratiques, d'autre part, l'invocation du droit de l'homme allégué des entreprises à participer à la délibération publique, par exemple, au travers du financement de partis politiques, favorise la transformation de la démocratie en « marché des idées »²³.

II. Le développement des droits de l'homme économiques

Si le droit international et européen des droits de l'homme ne comprenait à ses débuts que peu de droits économiques (par exemple, la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre ou le droit de propriété), ces droits se sont progressivement développés, notamment en droit européen des droits de l'homme.²⁴

La conséquence est qu'il est devenu difficile désormais de distinguer, en droit international et européen des droits de l'homme, entre les droits de l'homme dits « naturels » (ou moraux) et les droits de l'homme dits « conventionnels ». En bref, les droits conventionnels sont les droits dont la justification (conventionnelle, et non pas inhérente) doit être trouvée dans la valeur morale qu'a la pratique sociale ainsi constituée pour la protection d'intérêts individuels ou sociaux fondamentaux

²³ Cf. *Supiot* (note 13), 459.

²⁴ Cf. par ex. l'art. 1 du Protocole additionnel à la CEDH du 20 mars 1952 (protection de la propriété ; Recueil des Traités des Nations Unies, Vol. 213, p. 221) ; les art. 15 (liberté professionnelle et droit de travailler), 16 (liberté d'entreprise) et 17 (droit de propriété) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (CDFUE ; JO 2012 C 326). Cf. aussi CJUE, aff. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 (Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department) ; CJUE, aff. C-356/09, ECLI:EU:C:2010:703 (Pensionsversicherungsanstalt/Christine Kleist) ; CJUE, aff. C-159/10 et C-160/10, ECLI:EU:C:2011:508 (Gerhard Fuchs et Peter Köhler/Land Hessen) ; CJUE, aff. C 544/10, ECLI:EU:C:2012:526 (Deutsches Weintor eG/Land Rheinland-Pfalz) ; CJUE, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 (Herbert Schaible/Land Baden-Württemberg) ; CJUE, aff. C-611/12 P, ECLI:EU:C:2014:2282 (Giordano/Commission) ; CJUE, aff. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (Robert Pflieger e.a.) ; CJUE, aff. C-f447/15, ECLI:EU:C:2016:533 (Ivo Muladi/Krajský úřad Moravskoslezského kraj) ; CJUE, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis [AGET Iraklis]/Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis) ; CJUE, aff. C-442/14, ECLI:EU:C:2016:890 (Bayer CropScience SA-NV et Stichting De Bijenstichting/College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden) ; CJUE, aff. T-155/15, ECLI:EU:T:2016:628 (Khaled Kaddour/Conseil de l'UE) ; CJUE, aff. C-377/18, ECLI:EU:C:2019:670 (Criminal proceedings/AH et autres) ; CJUE, aff. C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432 (Commission européenne/Hongrie [Usufruits sur terres agricoles]) ; CJUE, aff. C-220/17, ECLI:EU:C:2019:76 (Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG/Land Berlin) ; CJUE, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (Google Spain SL et Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos) ; CJUE, aff. C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383 (PI/Landespolizeidirektion Tirol) ; CourEDH, Sporrang et Lönnroth/Suède, Requêtes nos 7151/75 et 7152/75, Recueil 1982-A88 ; CourEDH, Hutten-Czapska/Pologne, Requête no 35014/97, Recueil 2006-VIII ; CourEDH, Depalle/France, Requête no 24044/02, 2010 ; CourEDH, Dzugayeva/Russie, Requête no 44971/04, 2013.

(par exemple, la justice, l'autonomie ou l'égalité). De nos jours, les droits économiques sont en effet simplement associés au premier groupe de droits et « naturalisés » comme s'il existait de tels intérêts économiques individuels « naturels » au même titre que la vie, la religion ou la pensée.²⁵

Il n'y a là rien de très surprenant : c'est l'une des caractéristiques de la théorie économique libérale que de transformer nos rapports aux choses (par exemple, la propriété) en des relations entre individus (par exemple, le droit de l'homme à la propriété).²⁶ Une fois ces droits de l'homme économiques accordés aux personnes morales, et notamment aux entreprises, la « naturalisation » des entreprises est donc véritablement consommée, avec toutes les conséquences évoquées précédemment (cf. *supra* D.I.).

III. L'appauvrissement des droits de l'homme sociaux

Si le droit international et européen des droits de l'homme comprenait à l'origine tant des droits civils ou politiques que des droits sociaux, notamment dans la conception des années 1930²⁷ et de l'immédiat après-guerre,²⁸ la guerre froide aura eu raison des seconds. Et ce, en dépit de ce qui se dit souvent, tant à l'Ouest (en raison du libéralisme et de la volonté de protection du marché contre une intervention de l'Etat visant à protéger les droits de l'homme des individus) qu'à l'Est (en raison

²⁵ Cf. *Samantha Besson*, In What Sense Are Economic Rights Human Rights? Departing From Their Naturalistic Reading in International Human Rights Law, in: Queral/van der Vossen (éds.), *Economic Liberties and Human Rights*, 2019, 45.

²⁶ Cf. *Louis Dumont*, *Homo aequalis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, 1985.

²⁷ Cf. par ex. la Convention no 29 de l'Organisation internationale du Travail concernant le travail forcé ou obligatoire du 28 juin 1930 (RS 0.822.713.9) ayant pour but de supprimer l'emploi du travail forcé (art. 1), c'est-à-dire « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré » (art. 2, § 1).

²⁸ Cf. par ex. la Déclaration de Philadelphie, Discours des quatre libertés de *Franklin Delano Roosevelt* de 1944 : « *As our Nation has grown in size and stature, however—as our industrial economy expanded—these political rights proved inadequate to assure us equality in the pursuit of happiness. We have come to a clear realization of the fact that true individual freedom cannot exist without economic security and independence. 'Necessitous men are not free men.' People who are hungry and out of a job are the stuff of which dictatorships are made. In our day these economic truths have become accepted as self-evident. We have accepted, so to speak, a second Bill of Rights under which a new basis of security and prosperity can be established for all regardless of station, race, or creed. Among these are: The right to a useful and remunerative job in the industries or shops or farms or mines of the Nation; The right to earn enough to provide adequate food and clothing and recreation; The right of every farmer to raise and sell his products at a return which will give him and his family a decent living; The right of every businessman, large and small, to trade in an atmosphere of freedom from unfair competition and domination by monopolies at home or abroad; The right of every family to a decent home; The right to adequate medical care and the opportunity to achieve and enjoy good health; The right to adequate protection from the economic fears of old age, sickness, accident, and unemployment; The right to a good education.* ».

du communisme et de la volonté de protection du marché contrôlé par l'Etat contre une invocation des droits de l'homme par les individus).

Avant cette séparation, les droits de l'homme sociaux étaient d'ailleurs conçus comme des droits de l'homme économiques, et vice-versa. On fait d'ailleurs encore référence à la formule unique « droits économiques et sociaux » pour les désigner. Même si leur rapport est devenu difficilement lisible, cette formule démontre bien leur lien intrinsèque d'origine en tant que droits de l'homme conventionnels dont la justification se trouve dans la valeur de la pratique sociale ainsi constituée.²⁹

La conséquence de cette séparation des droits (économiques et) sociaux du reste des droits de l'homme aura été une division profonde, dès les années 1950, entre deux types d'instruments internationaux selon les droits protégés : les deux Pactes I et II des Nations Unies (au lieu du catalogue unique de droits de la DUDH) et les deux conventions du Conseil de l'Europe (la CEDH et la Charte sociale européenne³⁰).

A cette séparation des traités correspond en outre une interprétation distincte des deux types de droits de l'homme en pratique. Ainsi, les droits sociaux ont-ils été, et le sont largement encore (en Suisse, notamment), décrits comme étant des droits non immédiats, non directs ou, encore, non justiciables et ne donnant donc pas naissance aux mêmes types d'obligations que les droits civils et politiques. Les droits sociaux ont en outre progressivement été réduits à des droits « d'être » (par exemple, être nourri, soigné, éduqué ou logé), voire, et c'est pire, de ne pas « être » (par exemple, pauvre, malade, inculte ou sans abri). Ils ne sont plus du tout perçus comme des droits de « faire » (par exemple, de travailler, de contribuer, de développer).³¹ Seuls les droits économiques, qui ont refait apparition, quoique seuls et comme des droits naturels cette fois-ci, comme indiqué précédemment (cf. *supra* D.II.), sont désormais considérés comme des droits de « faire » (par exemple, de travailler, d'entreprendre, de jouir de sa propriété), confirmant ainsi encore davantage la scission profonde entre droits économiques et sociaux.

Alors même que, comme expliqué plus haut, les droits des entreprises ont ainsi été « naturalisés », protégeant un modèle économique néo-libéral et en en faisant un intérêt naturel protégé par des droits fondamentaux, la dimension égalitaire et sociale des droits de l'homme ne peut plus être protégée en même temps et de front par ces droits devenus purement économiques. Les formes alternatives de travail et de coopération qui ne relèvent pas du marché demeurent sans protection. L'économie est irrémédiablement séparé du social, et le social ne peut plus être économique.

²⁹ Cf. Besson (note 25).

³⁰ Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (Recueil des Traités des Nations Unies, Vol. 529, p. 89).

³¹ Cf. Besson (note 25).

IV. L'instrumentalisation du raisonnement des droits de l'homme

En droit international et européen des droits de l'homme, les droits peuvent être restreints à certaines conditions, et notamment celle de la « nécessité » de cette restriction « dans une société démocratique »³².

Cette condition est aujourd'hui largement considérée comme équivalant au principe et au test de « proportionnalité » en droit européen des droits de l'homme. C'est le cas dans la jurisprudence tant de la CourEDH que de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).³³ L'évaluation de la nécessité démocratique s'est donc progressivement muée en test de rationalité instrumentale.³⁴ Elle prend d'ailleurs habituellement la forme d'une mise en balance quantitative et d'une analyse coût/bénéfice dans la jurisprudence.³⁵

La conséquence est, encore une fois, l'exclusion de la dimension égalitaire ou relationnelle, et donc démocratique, des droits de l'homme dans le raisonnement des tribunaux et organes internationaux et européens pourtant spécialisés en la matière.³⁶

Ainsi, lorsque les obligations relatives aux droits de l'homme entrent en conflit, elles ne sont pas abordées comme des obligations relatives aux différentes dimensions constitutives d'un même statut public social et donc forcément relationnel dont la réconciliation est constitutive du processus démocratique et de l'exercice

³² Cf. par ex. les art. 8, § 2, 9, § 2 ou 10, § 2 de la CEDH. Cf. CourEDH, SAS/France, Requête no 43835/11, 2014, cons. 122 ; CourEDH, Handyside/Royaume-Uni, Requête no 5493/72, Recueil 1976-A24, cons. 48 ; CourEDH, Kokkinakis/Grèce, Requête no 14307/88, Recueil 1993-A260-A, cons. 48 ; CourEDH, Leyla Sahin/Turquie, Requête no 44774/98, Recueil 2005-XI, cons. 108.

³³ Cf. par ex. l'art. 52 CDFUE. Cf. CJUE, aff. C-601/15 PP, ECLI:EU:C:2016:84 (J. N./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie), cons. 50 : « Or, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi et respecter leur contenu essentiel. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées à l'exercice de ces droits et de ces libertés que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui. ». Cf. aussi CJUE, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832 (WebMindLicenses Kft./Nemzeti Adó), cons. 69. Cf. encore CJUE, aff. C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (Afton Chemical Limited/Secretary of State for Transport), cons. 45 ; CJUE, aff. C-92/09 et 93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (Volker und Markus Schecke et Eifert/Land Hessen), cons. 74 ; CJUE, aff. C-581/10 et C629/10, ECLI:EU:C:2012:657 (Emeka Nelson e.a./Deutsche Lufthansa AG et TUI Travel plc e.a./Civil Aviation Authority), cons. 71 ; CJUE, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 (Herbert Schaible/Land Baden-Württemberg), cons. 51 ss.

³⁴ Cf. aussi *Stavros Tsakyrakis*, Proportionality: an Assault on Human Rights?, *International Journal of Constitutional Law* 2009, 468.

³⁵ Sur les différentes formes que peut prendre la proportionnalité et la possibilité d'en développer une interprétation égalitaire ou relationnelle plutôt qu'instrumentale, cf. *George Letsas*, Rescuing Proportionality, in: Cruft/Liao/Renzo (éds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, 2015, 316.

³⁶ Cf. par ex. CourEDH, S. et Marper/Royaume-Uni, Requêtes nos 30562/04 et 30566/04, Recueil 2008. Cf. aussi CJUE, aff. C-283-11, ECLI:EU:C:2013:28 (Sky Österreich GmbH/Österreichischer Rundfunk) ; CJUE, aff. C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788 (Ministerio Fiscal).

constant de reconnaissance mutuelle de notre égalité.³⁷ Au contraire, elles sont simplement opposées les unes aux autres comme des monades individuelles dont les conflits seraient de simples accidents de parcours à régler de manière à coûter le moins possible. Cette approche favorise non seulement la prise en compte des intérêts économiques tant des personnes privées, y compris des entreprises, que des Etats, mais soumet aussi les intérêts individuels et sociaux non commensurables que protègent les droits de l'homme à une logique économique de mise en balance quantitative.

V. Le consentement aux restrictions des droits de l'homme

En droit international et européen des droits de l'homme, le consentement du titulaire d'un droit est réputé pouvoir, à certaines conditions, justifier les restrictions à ses droits, voire en fonder la renonciation selon les cas.³⁸

Les limites paternalistes que la jurisprudence, notamment de la CourEDH,³⁹ développe à la renonciation consensuelle sont cependant importantes. Il s'agit, d'une part, de l'interdiction de renoncer aux droits de l'homme dits « absolus », comme l'interdiction de la torture, ou au noyau intangible d'un droit, et, d'autre part, de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe ou la race. Ces limites sont toutes liées au rapport entre l'égalité et les droits de l'homme : ces droits constituent le statut moral fondamental qu'est l'égalité, statut auquel ils ne peuvent pas, par définition, permettre de renoncer.⁴⁰

Cela laisse néanmoins toute une série de circonstances dans lesquelles le droit international et européen des droits de l'homme permet la renonciation consensuelle aux droits de l'homme.⁴¹ Et ce notamment, et le plus souvent, au profit d'une logique de marché. C'est le cas par le jeu d'analogies contractuelles en particulier, alors que ces comportements sont, la plupart du temps, précisément exclus du droit des contrats et du cadre de protection qu'il établit. On mentionnera ainsi le consentement au travail dominical, à la prostitution, à la gestation pour autrui, ou encore au recours à l'arbitrage privé au lieu des tribunaux ordinaires.⁴²

Le recours régulier au consentement individuel à la restriction des droits, voire à la renonciation individuelle aux droits a pour conséquence l'individualisation progressive de la protection des droits de l'homme. Il entraîne aussi la perte de la dimension égalitaire et sociale des droits de l'homme, qui sont pourtant les droits égaux de tous les membres de la communauté politique et juridique concernée et

³⁷ Cf. CourEDH, *Chassagnou et autres/France*, Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, Recueil 1999-III. Cf. aussi *Samantha Besson*, *Human Rights in Relation*, in: Smet (éd.), *Human Rights Conflicts*, 2017, 23.

³⁸ Cf. *Samantha Besson*, *Human Rights Waivers and the Right to Do Wrong under the European Convention on Human Rights*, in: *Mélanges en l'honneur de Dean Spielmann*, 2015, 23.

³⁹ Par ex. CourEDH, *Molla Sali/Grèce*, Requête no 20452/14, 2018, cons. 156 ; CourEDH, *Konstantin Markin/Russie*, Requête no 30078/06, 2012, cons. 150 ; CourEDH, *K.A. et A.D./Belgique*, Requêtes nos 42758/98 et 45558/99, cons. 85.

⁴⁰ Cf. *Besson* (note 38).

⁴¹ Cf. *Muriel Fabre-Magnan*, *L'institution de la liberté*, 2018.

⁴² Par ex. CourEDH, *Mutu et Pechstein/Suisse*, Requêtes nos 40575/10 et 67474/10, 2018.

ainsi instituée. La dés-institution de cette communauté d'égaux et, par-là, des personnes titulaires de ces droits permet ensuite l'érosion lente, titulaire par titulaire, des droits de l'homme eux-mêmes en tant que droits égaux, voire même le « retournement » en leur nom de ce qu'ils protègent.⁴³

Plus généralement, à l'heure où d'aucuns prédisent l'avènement du néo-féodalisme et d'un système de personnalité des lois (et des droits),⁴⁴ le droit international et européen des droits de l'homme peut donc aussi être considéré comme complice ou, du moins, comme observateur impuissant de ce développement.⁴⁵

VI. L'individualisation des droits de l'homme politiques

Les droits de l'homme politiques (par exemple, le droit à des élections libres ou le droit de vote) protégés par le droit international et européen des droits de l'homme sont de plus en plus souvent interprétés de manière à protéger les individus titulaires contre certaines modalités d'exercice de ces droits qui sont pourtant choisies par auto-détermination démocratique.

On pensera ainsi à la jurisprudence de la CourEDH sur l'incompatibilité avec la CEDH du système de représentation consociationnelle⁴⁶ ou encore de certaines modalités du fédéralisme.⁴⁷

La conséquence de cette individualisation des droits politiques peut mener à l'érosion du lien politique protégé par les droits politiques. C'est regrettable puisque leur justification est conventionnelle et qu'elle repose précisément sur leur contribution à la pratique socio-politique égalitaire qu'est la démocratie. Cette individualisation affecte aussi, avec le temps, la démocratie pourtant nécessaire à la protection effective des droits de l'homme et, dès lors, ces droits eux-mêmes devenus « hors-sol » car déterminés en dehors de tout débat démocratique.⁴⁸

⁴³ Cf. *Fabre-Magnan* (note 41) ; *Besson* (note 38). Sur ce retournement, cf. par ex. l'Opinion individuelle dissidente du membre du Comité *Yadh Ben Achour*, Comité des droits de l'homme, *Yaker/France*, CCPR/C/123/D/2747/2016, Annexe III, cons. 7 et 8.

⁴⁴ Cf. *Supiot* (note 15).

⁴⁵ Cf. *Samantha Besson*, *Why and What (State) Jurisdiction: Legal Plurality, Individual Equality and Territorial Legitimacy*, in: *Klabbers/Palombella* (éds.), *The Challenge of Inter-Legality*, 2019, 91.

⁴⁶ Par ex. CourEDH, *Sejdic et Finci/Bosnie-Herzégovine*, Requêtes nos 27996/06 et 34836/06, 2009.

⁴⁷ Par ex. CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt/Belgique*, Requête no 9267/81, Recueil 1987-A113.

⁴⁸ Cf. *Samantha Besson*, *Fédéralisme et droits de l'homme : une introduction thématique*, in: *Besson/Belser* (éds.), *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons – Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone*, Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2013, 7 ; *Christopher McCrudden*, *Brendan O'Leary*, *Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May Destabilize Power-sharing Settlements*, *European Journal of International Law* 2013, 477.

E. Quelques réformes

Différentes propositions peuvent être mises en avant pour remédier aux difficultés d'interprétation du droit international et européen des droits de l'homme mentionnées précédemment et, peut-être, entraîner ainsi un renouveau démocratique : renouer avec l'histoire des droits de l'homme sociaux (I.) ; développer l'interprétation conventionnelle des droits de l'homme économiques (II.) ; renforcer le rôle du droit comparé des droits de l'homme (III.) ; résister à la fusion entre le droit international économique et le droit international des droits de l'homme (IV.) ; refuser la réduction des droits de l'homme aux objectifs de développement durable (V.) ; et penser la souveraineté étatique et les droits de l'homme de pair, et non en opposition (VI.).

I. Renouer avec l'histoire des droits de l'homme sociaux

La plupart des développements critiqués précédemment sont jurisprudentiels. Ils peuvent donc aisément être corrigés par une interprétation des droits de l'homme qui saisisse mieux leur dimension égalitaire, et donc sociale.

D'ailleurs, après avoir été si bien exclus du droit international et européen des droits de l'homme d'après-guerre, les droits de l'homme sociaux sont parvenus récemment à s'y frayer à nouveau un chemin au fil de la jurisprudence, ce qui permet d'être optimiste. On mentionnera ici les interprétations sociales des droits de la CEDH par la CourEDH⁴⁹ et, plus généralement, les interprétations dites « intégratives » du droit international et européen des droits de l'homme.⁵⁰

II. Développer l'interprétation conventionnelle des droits de l'homme économiques

Si, en lien avec le retour des droits de l'homme sociaux, les droits de l'homme économiques venaient à être abordés non plus comme des droits de l'homme « naturels », mais comme des droits de l'homme « conventionnels », on pourrait espérer les voir réunis avec les droits sociaux et interprétés conjointement en pratique. On peut ainsi souhaiter que se développe, sur la base des obligations de droit international et européen des droits de l'homme des Etats, du droit national apte à cons-

⁴⁹ Cf. par ex. CourEDH, *Demir et Baykara/Turquie*, Requête no 34503/97, Recueil 2008, cons. 110-111 ; CourEDH, *Sidabras et Dziautas/Lituanie*, Requêtes nos 55480/00 et 59330/00, Recueil 2004-VIII, cons. 47-50 ; CourEDH, *Ivanova et Cherkezov/Bulgarie*, Requête no 46577/15, 2016, cons. 52-53 ; CourEDH, *Konstantin Markin/Russie*, Requête no 30078/06, 2012 ; CourEDH, *Di Trizio/Suisse*, Requête no 7186/09, 2016, cons. 61-68 et 80-104 ; CourEDH, *Gaygusuz/Autriche*, Requête no 17371/90, Recueil 1996-IV ; CourEDH, *Paposhvili/Belgique*, Requête no 41738/10, 2016, cons. 182-193.

⁵⁰ Cf. *Eva Brems*, *Smart Human Rights Integration*, in: Brems/Ouald Chaib (éds.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, 2018, 165.

tituer, puis encadrer les pratiques sociales justifiées correspondant à ces droits économiques (par exemple, un cadre juridique de droit des contrats ou des droits réels plus social). D'une nécessité, ce cadre légal et institutionnel national pourrait même devenir une vertu puisqu'il permettrait de concevoir le droit privé national en lien plus direct avec la justice sociale et économique, notamment. On pourrait ainsi imaginer interpréter autrement, voire réviser le droit du bail ou encore le droit (contractuel) du travail.

La même chose vaudrait sur le plan international où les Etats tireraient des obligations positives de cette lecture conventionnelle et donc plus sociale des droits économiques.⁵¹ Ces obligations pourraient alors inclure notamment une obligation positive de mettre en place un cadre légal et institutionnel international qui garantisse la protection de la pratique sociale constituée par les droits économiques et de les interpréter ainsi à la lumière des valeurs sociales qui sous-tendent leur justification conventionnelle.

Cela impliquerait, par exemple, que les Etats développent différentes normes de droit international privé en vue d'exiger la mise en place d'un régime de droit des contrats ou de droits réels sur le plan national. Une fois en place, un tel régime national permettrait de faire échec à l'invocation, devant les tribunaux nationaux, de la liberté contractuelle et du droit à la propriété privée en tant que droits de l'homme par les personnes morales, et notamment par les entreprises.⁵² Cela permettrait notamment de protéger les populations de certains Etats africains contre l'acquisition de leur territoire par des investisseurs privés étrangers, ou l'exportation pour la vente à l'étranger d'une bonne partie de leurs matières premières (notamment agricoles).

III. Renforcer le rôle du droit comparé des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'homme est souvent critiqué pour son impérialisme. D'origine occidentale, il n'aurait pas pris et ne prendrait toujours pas suffisamment en cause les conceptions des mêmes droits de l'homme développées dans d'autres cultures ou civilisations lorsqu'elles divergent, nourrissant ainsi les fondamentalismes.⁵³

Le droit comparé national, régional et international des droits de l'homme peut permettre de renouer avec le projet universel des droits de l'homme tout en évitant les écueils tant de l'impérialisme que du relativisme.⁵⁴ C'est ce que l'on observe

⁵¹ Cf. *Besson* (note 25).

⁵² Cf. *Olivier de Schutter*, How Not to Think of Land-Grabbing: Three Critiques of Large-Scale Investments in Farmland, *Journal of Peasant Studies* 2011, 249.

⁵³ Cf. *Supiot* (note 15). Cf. aussi *Samantha Besson*, International Human Rights Law and Mirrors, *ESIL Reflections* 2018, <https://esil-sedi.eu/post_name-1137/> (consulté le 20.04.2020) ; *Samantha Besson*, Justifications of Human Rights, in: Moeckli/Shah (éds.), *International Human Rights Law*, 2017, 22.

⁵⁴ Cf. *Samantha Besson*, Comparative Law and Human Rights, in: Reimann/Zimmermann (éds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2019, 1222 ; *Samantha Besson*, The Influence of the Two Covenants on State Parties across Regions – Lessons for the Role of Comparative Law and Regions in International Human Rights Law, in: Moeckli/Keller/Heri (éds.), *The Human*

déjà grâce au développement d'une jurisprudence comparative entre les différentes cours régionales (européenne, interaméricaine et africaine) des droits de l'homme. Il serait dès lors intéressant d'en tirer les fruits dans la pratique des organes des traités des Nations Unies, mais aussi de la CourEDH. Etant donné que l'individualisme des droits de l'homme (avec ses différents avatars économiques) discuté ici est le propre avant tout de la conception occidentale, et notamment européenne, des droits de l'homme, le recours au droit comparé en droit international et européen des droits de l'homme pourrait permettre aux interprètes onusiens et européens de ce droit de prendre la distance nécessaire pour mieux se réexaminer ensuite. Le droit comparé des droits de l'homme pourrait leur faire redécouvrir la dimension égalitaire et sociale des droits de l'homme en tant que droits de tous envers tous et donc aussi en tant que devoirs des uns envers les autres⁵⁵ (ces devoirs sont médiatisés en devoirs de l'Etat et leur dimension interindividuelle est donc devenue largement invisible). Ainsi, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADH) fait-elle référence aux devoirs de l'homme et pas seulement à ses droits,⁵⁶ comme le faisait d'ailleurs déjà la DUDH.⁵⁷

IV. Résister à la fusion entre le droit international économique et le droit international des droits de l'homme

Si les sirènes de la réconciliation entre le droit international économique (et notamment le droit de l'Organisation mondiale du commerce) et le droit international et européen des droits de l'homme ont longtemps fait croire au miracle, certains juristes des droits de l'homme ont heureusement résisté à leur chant.⁵⁸

Pour l'heure, en effet, le résultat de ces velléités d'absorption du droit international et européen des droits de l'homme par le droit international économique aura

Rights Covenants at 50. Their Past, Present and Future, 2018, 243 ; *Samantha Besson*, L'autorité légitime du droit international comparé : Quelques réflexions autour du monde et du droit des gens de Vico, in: Besson/Jubé (éds.), *Concorder les civilisations. Mélanges en l'honneur d'Alain Supiot*, 2020, 49.

⁵⁵ Cf. *Alain Supiot* (éd.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, 2019.

⁵⁶ Selon l'art. 27 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADH) du 27 juin 1981 (Recueil des Traités des Nations Unies, Vol. 1520, p. 217), « [c]haque individu a des devoirs envers la famille et la société, envers l'Etat et les autres collectivités légalement reconnues et envers la Communauté Internationale. Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun. ».

⁵⁷ Selon l'art. 29 DUDH, « 1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible. 2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. 3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies. ». Cf. *Fernando Berdion Del Valle/Kathryn Sikkink*, (Re)discovering Duties: Individual Responsibilities in the Age of Rights, *Minnesota Journal of International Law* 2017, 189.

⁵⁸ Cf. *Besson* (note 25), 49-50.

été de faire gagner du temps aux tenants de la globalisation économique. Elles leur auront permis de proposer de vagues « responsabilités », sans valeur juridique aucune (définies principalement par autorégulation ou, sinon, par différents mécanismes de *soft law*). On évoquera ainsi toute la discussion des « clauses sociales » ou de la « responsabilité sociale des entreprises ». Pire, pendant que l'introduction de véritables obligations des entreprises relatives aux droits de l'homme ou, du moins, des Etats en lien à ces entreprises est au point mort, voire fait l'objet de mesures d'adoucissement⁵⁹ par ce biais, les entreprises se voient reconnaître la titularité de droits de l'homme, comme indiqué précédemment (cf. *supra* D.I.).

Chacun des deux régimes de droit international doit pouvoir subsister et limiter l'autre sans que l'un n'absorbe l'autre. Les obligations de droits de l'homme et surtout les responsabilités⁶⁰ pour les droits de l'homme qui pèsent sur les Etats permettent d'exiger qu'ils développent du droit privé national et international de manière à obliger les entreprises et les faire répondre de leur contribution à des violations des droits de l'homme. C'est le cas, par exemple, des obligations de diligence due des Etats qui se greffent sur leurs responsabilités pour les droits de l'homme.⁶¹ Ces obligations exigent d'eux, à certaines conditions, qu'ils mettent en place des normes de droit privé national, voire même de droit international, afin d'établir un devoir de vigilance des entreprises dont le siège se trouve sur leur territoire ou qui, de toute autre manière, se trouvent sous leur juridiction ou leur contrôle.⁶²

V. Refuser la réduction des droits de l'homme aux objectifs de développement durable

L'engouement pour les Objectifs de développement durable (ODD)⁶³ ne doit pas faire oublier les droits de l'homme, ni surtout leur protection indépendante et obligatoire en vertu du droit international et européen des droits de l'homme. Les droits de l'homme ne sont d'ailleurs que mentionnés, généralement par allusion,⁶⁴ dans

⁵⁹ Sur l'adoucissement en cours des obligations de *due diligence* de *hard law* par le *soft law*, cf. par ex. *Samantha Besson*, *La due diligence en droit international*, 2020, à paraître.

⁶⁰ Sur la distinction entre ces « obligations » et « responsabilités » en droit international des droits de l'homme, cf. *Samantha Besson*, *The Bearers of Human Rights Duties and Responsibilities for Human Rights – A Quiet (R)Evolution*, *Social Philosophy & Policy* 2015, 244.

⁶¹ Cf. *Besson* (note 59).

⁶² Cf. *Olivier de Schutter*, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, *Business and Human Rights Journal* 2016, 41 ; *Samantha Besson*, *Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations – Mind the Gap!*, *ESIL Reflections* 2020.

⁶³ Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, 25 septembre 2015, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, dont les Objectifs de développement durable, A/RES/70/1, <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>> (consulté le 21.07.2020).

⁶⁴ Cf. par ex. l'Objectif 3 sur la bonne santé et le bien-être : « Donner les moyens de vivre une vie saine et promouvoir le bien-être de tous à tous les âges est essentiel pour le développement durable. ».

les ODD, et jamais en tant que droits individuels garantis et invocables directement.⁶⁵

Les dangers qu'il y a à n'analyser désormais le respect des droits de l'homme qu'à travers le prisme des ODD sont multiples. Tout d'abord, et comme il vient d'être dit, les droits de l'homme sont sources d'obligations et sont invocables directement par leurs titulaires, alors que les ODD ne sont que des « objectifs » non obligatoires qui ne correspondent pas à des droits individuels. En outre, la dimension socio-politique et, plus particulièrement, démocratique des droits de l'homme est, elle aussi, entièrement absente des ODD. Ils ne font référence ni aux institutions politiques ni aux droits égaux de participation à ces institutions, et encore moins à l'interprétation démocratique des ODD dans ce contexte ensuite.

Sans compter, enfin, l'origine économique de la notion de « développement durable ».⁶⁶ La discussion des droits de l'homme dans le contexte des ODD risque donc d'entraîner la soumission de la protection des droits de l'homme à un objectif économique. Ainsi, si la protection des femmes contre la discrimination sexuelle et l'éducation des jeunes filles sont abordées dans les ODD, c'est avant tout dans un objectif de développement économique (durable, certes).

VI. Penser la souveraineté étatique et les droits de l'homme de pair, et non en opposition

On a longtemps opposé la protection des droits de l'homme à celle de la souveraineté des États et critiqué, voire limité, la souveraineté étatique au nom des droits de l'homme. Cette opposition est fondamentalement erronée du point de vue de la théorie moderne de la souveraineté qui n'a jamais conçu la souveraineté étatique comme absolue et sans limites. En fait, elle tire ses origines précisément de la conception purement utilitariste et fonctionnelle de l'État qui s'est développée sur le plan national, puis imposée en droit international dès le 19^e siècle.⁶⁷

Les douloureuses conséquences de cette opposition se font désormais sentir. A force de critique, l'État est devenu trop faible pour protéger les titulaires de droits de l'homme contre le marché. En fait, comme indiqué précédemment (cf. *supra* D.I.), il s'est même rendu complice de l'acquisition de la titularité des droits de l'homme par les entreprises envers lesquelles il est devenu débiteur d'obligations de droits de l'homme.⁶⁸

⁶⁵ Cf. *Philipp Alston*, *Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals*, *Human Rights Quarterly* 2005, 762 ; *Philipp Alston*, *Third Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*, 2016, NHRC/32/31, cons. 6, <https://chrgj.org/wp-content/uploads/2016/06/A_HRC_32_31_AEV.pdf> (consulté le 21.07.2020).

⁶⁶ Cf. Commission des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement, *Rapport Brundtland*, *Notre avenir à tous*, 1987, <https://www.are.admin.ch/are/en/home/sustainable-development/international-cooperation/2030agenda/un_-milestones-in-sustainable-development/1987--brundtland-report.html> (consulté le 21.07.2020).

⁶⁷ Cf. *Samantha Besson*, *Reconstruire l'ordre institutionnel international*, *Leçons inaugurales du Collège de France*, 2021, à paraître.

⁶⁸ Cf. *Moyn* 2015 (note 14) ; *Marks* (note 14).

Face à ce constat, il est important d'interpréter le droit international et européen des droits de l'homme de manière à traiter les droits de l'homme et la démocratie (dont la souveraineté et l'auto-détermination démocratiques sont des conséquences) comme deux modalités complémentaires et surtout nécessaires à la protection de l'égalité : les premiers protègent l'égalité en tant que statut individuel en société, tandis que la deuxième la protège en tant que statut de citoyen. S'il est vrai que les droits de l'homme protègent les particuliers contre l'Etat, il serait contre-productif de les interpréter de manière à éroder les capacités de ce dernier et l'empêcher ainsi de protéger ces mêmes particuliers contre les menaces que font peser sur eux d'autres personnes (et notamment les entreprises). Cette protection ne peut être assurée par l'Etat que s'il est souverain.⁶⁹

⁶⁹ Cf. *Cristina Lafont*, *Sovereignty and the International Protection of Human Rights*, *The Journal of Political Philosophy* 2016, 427.