

L'effectivité des droits de l'homme

Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme

SAMANTHA BESSON*

« Les droits de l'homme n'existent comme droits qu'à partir du moment où ils sont effectivement consacrés et protégés, c'est-à-dire à partir du moment où une action attentatoire aux droits de l'homme peut effectivement, par des voies juridiques, être prévenue ou si elle a eu lieu, donner lieu à une réaction juridique par la sanction positive (satisfaction équitable) ou négative (condamnation des auteurs, annulation des actes). A défaut d'être effectifs, les droits de l'homme ne sont pas des droits, mais de simples prétentions. » (Millard Eric, 'Effectivité des droits de l'homme', in Andriantsimbazovina Joël/Gaudin Hélène/Marguenaud Jean-Pierre/Rials Stéphane/Sudre Frédéric (édit.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris: PUF, 2008, 349-52, 352)

Table des matières

Introduction	54
I. La nature des droits de l'homme	55
1. La nature morale-politique des droits de l'homme	56
2. La nature juridique des droits de l'homme	58
a) La nature juridique des droits de l'homme en général	58
b) La nature juridique internationale des droits de l'homme	60
II. La réalité des droits de l'homme	62
1. La réalisation des droits de l'homme	63
a) La notion de réalisation des droits de l'homme	63
b) La légalisation des droits de l'homme	64
i. La mise en oeuvre légale des droits de l'homme	64
ii. La mise en oeuvre légale nationale ou internationale des droits de l'homme	65

* J'ai présenté une version antérieure de cet article lors de la 42ème session de l'Institut international des droits de l'homme (Strasbourg, 4-5 juillet 2011) consacrée à l'effectivité des droits sociaux, et en remercie les organisateurs de leur invitation et les participants de leurs questions et commentaires. L'article conserve le ton et la structure d'un cours. Je tiens enfin à remercier Mme Eleonor Kleber Gallego de son aide dans la mise en forme de cet article.

iii.	La mise en œuvre législative ou constitutionnelle des droits de l'homme	66
c)	Les autres formes de réalisation des droits de l'homme	67
2.	L'effectivité des droits de l'homme	68
a)	La notion d'effectivité des droits de l'homme	69
b)	L'effectivité comme condition des droits de l'homme	69
i.	Le défi des « droits-manifeste » en général	70
ii.	L'exécutabilité	71
iii.	L'actionabilité	72
iv.	La faisabilité	72
c)	L'effectivité comme conséquence des droits de l'homme	76
i.	L'effectivité comme conséquence de la mise en œuvre des droits de l'homme	76
ii.	Le coût des droits de l'homme comme élément de l'effectivité de la mise en œuvre des droits de l'homme	77
III.	L'indivisibilité des droits de l'homme	79
1.	La notion d'indivisibilité des droits de l'homme	79
2.	L'indivisibilité des droits de l'homme et leur réalisation	81
3.	L'indivisibilité des droits de l'homme et leur justification	82
	Conclusions	83

Introduction

L'effectivité des droits de l'homme est une notion surprenante : elle est invoquée de toute part – tant par les critiques des droits de l'homme que par leurs partisans –, mais n'est expliquée nulle part.¹ Est-ce pour cela, cher Marco, que tu l'as choisie comme titre du cours que tu donnes à l'Université de Fribourg depuis quelques années ?² La faire découvrir d'abord aux

¹ Il y a bien sûr quelques exceptions. Voir p.ex. Nickel James, *Making Sense of Human Rights*, 2ème éd., Oxford: Blackwell, 2007, 28-33; Tasioulas John, 'The Moral Reality of Human Rights', in Pogge Thomas (édit.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Oxford: Oxford University Press, 2007, 75-101; Champeil-Desplats Véronique, 'Effectivité et droits de l'homme: approche théorique', in Champeil-Desplats Véronique/Lochak Danièle (édit.), *L'effectivité des droits de l'homme*, Paris: Nanterre, 2008, 11-26; Millard Eric, 'Effectivité des droits de l'homme', in Andriantsimbazovina Joël/Gaudin Hélène/Marguenaud Jean-Pierre/Rials Stéphane/Sudre Frédéric (édit.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris: PUF, 2008, 349-52.

² Le cours en question est un cours intitulé « L'effectivité des droits de l'homme: des libertés aux capacités » et il est donné depuis 2005 aux étudiants de Master de l'Université de Fribourg.

étudiants de ton cours dans lequel tu m'avais gentiment conviée à enseigner à ses débuts, puis à mes étudiants dans mon propre cours de théorie des droits de l'homme a été et est encore un défi sans cesse renouvelé. C'est le fruit de ce travail d'analyse et d'explication que je te livre ici, cher Marco, en gage de ma reconnaissance pour tout ce que tu as fait pour moi, alors et maintenant.

Si l'effectivité des droits de l'homme est au cœur des débats relatifs à la pratique et la théorie des droits de l'homme, c'est qu'elle est souvent invoquée comme condition de l'existence des droits de l'homme. Cette approche qui va à l'encontre de certains acquis de la philosophie morale et qui fait dépendre l'existence d'une obligation de sa mise en œuvre et donc, plus généralement, un « devoir être » d'un « être », doit pourtant être prise au sérieux. Tout d'abord, c'est l'absence de prise en compte du « pouvoir être » qui en explique l'absurdité. Cette confusion est révélatrice de la nature complexe des droits de l'homme en tant que pratique normative. La traiter permet, par conséquent, d'en clarifier davantage les contours et de préciser encore ce que sont les droits de l'homme. Par ailleurs, et plus généralement, on peut espérer, au travers de l'exploration de ces difficultés propres à la conceptualisation des droits de l'homme, comprendre certaines des caractéristiques centrales au concept de droit et à la pratique juridique.

Cette tentative de clarification et de délimitation de l'« être », du « devoir être » et du « pouvoir être » en matière de droits de l'homme se déroulera en trois temps. Je commencerai par discuter de la nature de droits de l'homme et du « devoir être » (I.). La deuxième partie sera consacrée à la réalité des droits de l'homme, d'abord, par référence à leur réalisation et, ensuite, à leur effectivité (II.). C'est dans ce contexte que les rapports entre le « devoir être » et l'« être » en matière de droits de l'homme seront examinés, notamment en relation avec le « pouvoir être ». Enfin, dans une troisième partie, il s'agira de discuter d'une notion souvent mise en avant comme l'un des éléments garantissant l'effectivité des droits de l'homme : leur indivisibilité (III.). Liée avant tout au « pouvoir être » des droits de l'homme, l'indivisibilité est aussi parfois invoquée en justification de ces derniers et donc en soutien de leur « devoir être ».

I. La nature des droits de l'homme

Afin de bien saisir la question de la réalisation des droits de l'homme et le passage du « devoir être » à l'« être », il faut commencer par présenter le « devoir être » et la nature des droits de l'homme et des obligations correspondantes.³ Après une introduction à la nature morale et politique des

³ De larges parts de l'argument qui suit sont reprises de manière abrégée de mes publications antérieures et notamment des publications suivantes : Besson Samantha, 'Human Rights and

droits de l'homme (1.), j'expliquerai en quoi les droits de l'homme sont aussi de nature légale (2.).

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

En bref, les droits de l'homme sont un sous-groupe des droits universels moraux (i) qui protège les intérêts généraux et fondamentaux des personnes (ii) à l'encontre d'institutions publiques (nationales, régionales ou internationales) (iii). Ces trois éléments sont présentés tour à tour dans ce qui suit.

Premièrement, les droits de l'homme sont un sous-groupe des droits universels moraux en ce qu'ils sont des *droits* moraux. Ils correspondent à des intérêts individuels objectifs suffisamment importants pour donner naissance à des obligations.⁴ Pour qu'un droit puisse être reconnu, les intérêts protégés doivent être mis en balance avec d'autres intérêts.⁵ Les obligations spécifiques correspondant à un droit, ainsi que les porteurs de ces obligations doivent être déterminés plus tard dans chaque lieu et à chaque période. A chaque droit abstrait correspond en effet une quantité indéterminée d'obligations concrètes selon les circonstances. C'est ce qu'on désigne souvent par la notion de « dynamisme des droits de l'homme ».⁶ 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, ensuite.⁷ Une fois les obligations concrètes identifiées, chaque droit abstrait devient un droit concret.

Le deuxième élément qui permet de distinguer les droits *de l'homme* d'autres droits moraux est le fait qu'ils protègent des intérêts individuels objectifs fondamentaux et généraux. Ils diffèrent de ce fait de droits qui correspondent à un statut ou à une activité particulière et sont généraux. Ils ne protègent pas tout intérêt individuel objectif général, mais seulement les intérêts fondamentaux au bien-être. C'est à ce titre qu'ils sont universels et appartiennent aux droits universels moraux qui correspondent au statut moral égal de

Democracy in a Global Context – Decoupling and Recoupling', (2011) 4:1 *Ethics and Global Politics* 19-50; Besson Samantha, 'Human Rights – Ethical, Political ... or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights', in Childress Donald (édit.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, à paraître; Besson Samantha, 'The Right to Have Rights – From Human Rights to Citizens' Rights and Back', in Gondoni Marco/McCorkindale Christopher (édit.), *Arendt and the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, à paraître; Besson Samantha, 'International Human Rights and Equality', in Erman Eva/Näsström Sofia (édit.), *Equality in Transnational and Global Democracy*, (2012) à paraître.

⁴ Raz Joseph, 'On the Nature of Rights', (1984) 93:370 *Mind* 194-214, 195.

⁵ *Ibid.*, 200, 209.

⁶ Cf. Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 94.

⁷ Raz, 'On the Nature of Rights', *op. cit.*, note 4, 208.

toute personne. 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. Ce seuil d'importance réside dans l'égalité de statut de toute personne et, plus précisément dans une communauté politique, dans l'égalité politique de toute personne.⁸ Un intérêt n'est pas en effet important de la même manière partout et son importance doit être fixée en fonction du lieu et de la période considérés.⁹ Ce qui distingue les droits de l'homme des autres droits universels moraux, c'est que les droits de l'homme sont identifiés par référence à une communauté politique donnée et à l'égalité de statut dans cette communauté. Les droits de l'homme protègent les intérêts fondamentaux que la communauté politique dans son ensemble considère comme constitutifs de l'égalité d'appartenance à la communauté.¹⁰ Grâce à leur relation étroite avec l'égalité de statut, ils sont mutuellement reconnus et non pas garantis de l'extérieur.¹¹ Cela permet une comparaison complète de l'impact mutuel des droits et obligations potentiels les uns sur les autres et la mise en balance des différents intérêts en cause.

Enfin, et c'est le troisième élément, les droits de l'homme lient les *autorités publiques*, qu'elles soient nationales, régionales ou internationales.¹² Parce que les droits de l'homme sont des droits égaux reconnus mutuellement par les membres d'une communauté politique, ils lient tous les membres de la communauté en tant que telle et s'adressent donc à l'Etat ou à l'entité politi-

⁸ Cf. Forst Rainer, 'The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights', (1999) 6:1 *Constellations* 35-60, 48; Forst Rainer, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2007; Forst Rainer, 'The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification. A Reflexive Approach', (2010) 120:4 *Ethics* 711-40; Christiano Thomas, *The Constitution of Equality*, Oxford: Oxford University Press, 2008, 138, 156.

⁹ Cf. Tasioulas John, 'Human Rights, Universality and the Values of Personhood: Retracing Griffin's Steps', (2002) 10 *European Journal of Philosophy* 79-100; Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 76-7. Cf. aussi Raz Joseph, 'Human Rights in the New World Order', (2010) 1:1 *Transnational Legal Theory* 31-47. Contra: Griffin James, 'First Steps in an Account of Human Rights', (2001) 9:3 *European Journal of Philosophy* 306-27.

¹⁰ Cf. Cohen Jean L., 'Rethinking Human Rights, Democracy and Sovereignty in the Age of Globalization', (2008) 36:4 *Political Theory* 578-606, 585-6; Cohen Joshua, 'Minimalism about Human Rights: The Most We Can Hope For?', (2004) 12:2 *The Journal of Political Philosophy* 190-213, 197-8.

¹¹ Cf. Cohen, 'Minimalism', *op. cit.*, note 10, 197-8; Forst, 'The Justification', *op. cit.*, note 8; Baynes Kenneth, 'Towards a Political Conception of Human Rights', (2009) 35 *Philosophy and Social Criticism* 371-90, 382.

¹² Cet argument correspond à l'état du droit international des droits de l'homme qui ne lie directement que les Etats et/ou les organisations internationales. L'universalité des droits de l'homme n'implique donc pas la généralité des porteurs d'obligations (contra: O'Neill Onora, 'The Dark Side of Human Rights', (2005) 81 *International Affairs* 427-39; Lafont Cristina, 'Accountability and global governance: challenging the state-centric conception of human rights', (2010) 3:3 *Ethics & Global Politics* 193-215, 203). Cf. aussi Besson, 'Human Rights and Democracy', *op. cit.*, note 3; Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 77.

que qui les représente et à ses différents agents. Les individus et autres sujets de droit peuvent bien sûr porter atteinte aux droits de l'homme d'autres individus, mais c'est l'Etat qui répond de ces violations de ses obligations si les conditions sont remplies.¹³ C'est en cela que les droits de l'homme se distinguent des autres droits universels moraux qui lient tout sujet moral.

La nature des droits de l'homme ainsi décrite est donc à la fois morale et politique. Les droits de l'homme n'existent que dans une communauté politique et ont une fonction politique. Mais leur justification demeure morale puisque résultant de la combinaison d'un fondement dans les intérêts objectifs des individus et de l'égalité politique qui permet d'en identifier l'importance socio-comparative. Ils sont donc à la fois moraux et politiques.¹⁴

2. 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 implique qu'ils sont aussi de nature juridique. Après une présentation de la nature juridique des droits de l'homme en général (a), il s'agira d'examiner le rôle de la reconnaissance des droits de l'homme par le droit international (b)).

a) La nature juridique des droits de l'homme en général

Pour bien comprendre la nature juridique des droits de l'homme, il faut commencer par présenter ce que sont les droits légaux et leur relation aux droits moraux. Ce n'est qu'ensuite que les spécificités des droits de l'homme pourront être abordées.

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 morales.¹⁵ Les droits légaux au sens strict, par opposition à des normes juridiques intitulées « droits » légaux, sont donc aussi des droits moraux.¹⁶ La même chose vaut pour les droits de l'homme légaux : ce sont des intérêts moraux généraux et fondamentaux reconnus par le droit comme suffisamment importants pour donner naissance à des obligations morales. Par opposition

¹³ Cf. Shue Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2ème éd., Princeton: Princeton University Press, 1996, 51-55 sur les obligations positives de respecter, de protéger et de mettre en œuvre qui correspondent à chaque droit de l'homme.

¹⁴ Cf. aussi Forst, 'The Justification', *op. cit.*, note 8; Forst, 'The Basic Right to Justification', *op. cit.*, note 8, 48-50.

¹⁵ Raz Joseph, 'Legal Rights', (1984) 4:1 *Oxford Journal of Legal Studies* 1-21, 12; Raz, 'Human Rights in the New World', *op. cit.*, note 9.

¹⁶ Cf. Raz, 'Human Rights in the New World', *ibid.*, 34.

aux normes juridiques intitulées « droits de l'homme », les droits de l'homme légaux au sens strict sont aussi des droits moraux.

En général, les droits moraux peuvent exister indépendamment des droits légaux. Les droits légaux, par contre, modifient ou créent des droits moraux et n'existent pas sans eux. Ce n'est pas le cas des droits de l'homme, cependant. Il est bien sûr possible de protéger certains droits universels moraux sans les reconnaître comme droits légaux. Les droits de l'homme, néanmoins, n'existent que s'ils sont à la fois des droits moraux et légaux. 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 subsistent néanmoins comme droits moraux. 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 droits de l'homme, par conséquent.¹⁷ Cela s'explique en 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 égaux.¹⁸ Les droits de l'homme sont donc à la fois moraux et légaux par nature.¹⁹

Deuxièmement, les droits légaux ne préexistent pas nécessairement en tant que droits moraux indépendants. Certains sont des droits moraux indépen-

¹⁷ *Ibid.*, 43.

¹⁸ Cf. p.ex. Cohen, 'Rethinking Human Rights', *op. cit.*, note 10, 599-600; Forst, 'The Justification', *op. cit.*, note 8; Forst, 'The Basic Right to Justification', *op. cit.*, note 8, 48-50. Cf. aussi Pogge Thomas, 'Human Rights and Human Responsibilities', in Kuper Andrew (édit.), *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights*, New York: Routledge, 2005, 1-35, 3, qui concède 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.

¹⁹ Habermas Jürgen, 'Die Legitimation durch Menschenrechte', in *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1998, 170-192, 183: « Der Begriff des Menschenrechts ist nicht moralischer Herkunft, sondern [...] von Haus aus juridischer Natur. [Menschenrechte gehören] ihrer Struktur nach zu einer Ordnung positiven und zwingenden Rechts, die einklagbare subjektive Rechtsansprüche begründet. Insofern gehört es zum Sinn der Menschenrechte, dass sie nach dem Status von Grundrechten verlangen. » Cf. aussi Habermas Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1998, 310-312; Habermas Jürgen, 'The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights', (2010) 41: 4 *Metaphilosophy* 465-80, 470. Il ne faut pas confondre la nature juridique des droits de l'homme avec le « droit moral d'avoir d'un droit légal » qui dérive de tout droit moral selon l'article de Feinberg Joël, 'In Defence of Moral Rights', in *Problems at the Roots of Law: Essays in Legal and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2003, 45.

dants reconnus ensuite comme droits légaux,²⁰ mais d'autres créent ou spécifient des droits moraux en tant que droits légaux.²¹ Cela ne vaut pas en matière de droits de l'homme, cependant. Ces derniers ne créent pas, mais reconnaissent légalement des droits universels moraux préexistants.²² 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.

En somme, et contrairement à ce que nombre de philosophes moraux envisagent,²³ la dimension juridique des droits de l'homme est davantage qu'un simple moyen de mise en œuvre (même si c'est leur moyen privilégié de mise en œuvre une fois reconnus, comme je l'expliquerai ci-dessous). Elle fait partie intégrante de leur nature morale-politique de droits de l'homme.

b) La nature juridique internationale 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 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 la communauté politique et notamment démocratique de référence à ce jour.²⁴

La difficulté provient du fait que les droits de l'homme sont aussi garantis par le droit international. Ce sont d'ailleurs ces garanties juridiques de droit international qu'il est coutume de désigner en tant que droits de l'homme. Pour résoudre cette difficulté, il faut comprendre que la reconnaissance juri-

²⁰ Sur la reconnaissance par le droit, cf. Meckled-Garcia Saladin/Cali Başak, 'Lost in Translation: The Human Rights Ideal and International Human Rights Law', in Cali Başak/Meckled-Garcia Saladin (édit.), *The Legalization of Human Rights, Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, Londres: Routledge, 2006, 11-31; Cali Başak/Meckled-Garcia Saladin, 'Introduction: Human Rights', in Cali Başak/Meckled-Garcia Saladin (édit.), *The Legalization of Human Rights, Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*, Londres: Routledge, 2006, 1-8.

²¹ Cf. Raz, 'Legal Rights', *op. cit.*, note 15, 16-17. Cf. aussi Raz, 'Human Rights in the New World', *op. cit.*, note 9.

²² Cf. Raz, 'Human Rights in the New World', *ibid.*, 39.

²³ Cf. p.ex. Wellman Carl, *The Moral Dimensions of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2011; Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1; Sen Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2009; Griffin James, *On Human Rights*, New York: Oxford University Press, 2008.

²⁴ Cf. p.ex. Christiano Thomas, 'Democratic Legitimacy and International Institutions', in Besson Samantha/Tasioulas John (édit.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, 119-37. Cf. aussi Cohen, 'Rethinking Human Rights', *op. cit.*, note 10, 599-600.

dique 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. La différence ne tient pas au contenu ni au champ d'application matériel, territorial et personnel des droits de l'homme nationaux et internationaux qui sont les mêmes, mais à leurs rôles respectifs.²⁵ La reconnaissance des droits de l'homme par le droit international est auxiliaire et subsidiaire au 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).²⁶

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 membre.²⁷ Ces droits protègent l'individu notamment contre le génocide, l'esclavage ou l'apatridie.²⁸ Ces droits sont mieux protégés depuis l'extérieur et par le biais du droit international, par conséquent. Il s'agit dès lors de droits universels moraux reconnus par le droit international. Ils ne

²⁵ Cf. aussi Dworkin Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard: Belknap, 2011, 335-9. D'où le fait qu'on oppose souvent la catégorie des droits de l'homme nationaux (aussi baptisés « droits constitutionnels », « droits fondamentaux », « droits du citoyen » ou « droits politiques ») aux droits de l'homme internationaux.

²⁶ Cf. Arendt Hannah, 'The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man', in *The Origins of Totalitarianism*, Londres: Penguin, 1951, 177-8. Cf. aussi Arendt Hannah, "'The Rights of Man': What Are They?", (1949) 3:1 *Modern Review* 24-37. Cf. p.ex. Michelman Frank, 'Parsing a "Right to Have Rights"', (1996) 3:2 *Constellations* 200-8; Brunkhorst Hauke, 'Are Human Rights Self-Contradictory? Critical Remarks on a Hypothesis by Hannah Arendt', (1996) 3:2 *Constellations* 3 190-99; Cohen Jean, 'Rights, Citizenship, and the Modern Form of the Social: Dilemmas of Arendtian Republicanism', (1996) 3:2 *Constellations* 164-89; Benhabib Seyla, "'The Right to Have Rights': Hannah Arendt on the Contradictions of the Nation-state', in *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 49-70; Gosepath Stefan, 'Hannah Arendts Kritik der Menschenrechte und ihr "Recht, Rechte zu haben"', in Heinrich-Böll-Stiftung (édit.), *Hannah Arendt: Verborgene Tradition – Unzeitgemäße Aktualität?*, Berlin: Akademie Verlag, 2007, 253-62; Cohen Jean, 'Sovereignty and Rights: Thinking with and beyond Hannah Arendt', in Heinrich-Böll-Stiftung (édit.), *Hannah Arendt: Verborgene Tradition – Unzeitgemäße Aktualität?*, Berlin: Akademie Verlag 2007, 291-309; Menke Christoph, 'The "Aporias of Human Rights" and the "One Human Right": Regarding the Coherence of Hannah Arendt's Argument', (2007) 74:3 *Social Research* 739-62; Ingram James, 'What is a "Right to have Rights"? Three Images of the Politics of Human Rights', (2008) 102:4 *American Political Science Review* 401-16.

²⁷ Cf. p.ex. Cohen, 'Rethinking Human Rights', *op. cit.*, note 10; Benhabib, "'The Right to Have Rights'", *op. cit.*, note 26, 56-61.

²⁸ Cf. Cohen, *ibid.*, 587.

peuvent cependant être considérés comme des droits de l'homme au sens strict 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 légitimation mutuelle très bien décrit par Allen Buchanan.²⁹

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 garantis.³⁰ 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 l'homme. Une fois que ces droits ont été créés sur le plan interne, leur contenu peut étoffer celui des garanties internationales et en faire des droits de l'homme au sens strict qui limiteront le droit national en retour.

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. C'est le cas notamment des sources des droits de l'homme internationaux qui sont intrinsèquement liées à celles des droits de l'homme nationaux. De même, les droits de l'homme internationaux sont habituellement garantis de manière abstraite et minimale de manière à permettre la spécification nationale de leur contenu.³¹

II. La réalité des droits de l'homme

Etant donné leur nature à la fois morale et légale, la réalité des droits de l'homme est une notion utilisée pour faire référence tant à leur existence normative morale et juridique qu'à leur mise en œuvre pratique.³² Après la présentation de la première dans la section précédente, c'est vers la réalité pratique des droits de l'homme que cette deuxième section se tourne. Pour la saisir, il faut, tout d'abord, présenter ce en quoi consiste la réalisation des droits de l'homme (1.) avant d'en venir à ce que désigne leur effectivité (2.).

²⁹ Cf. Buchanan Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, 187-189 ; Buchanan Allen, 'Reciprocal Legitimation: Reframing the Problem of International Legitimacy', (2011) 10:1 *Politics, Philosophy & Economics* 5-19. Voir aussi Besson, 'Human Rights and Democracy', *op. cit.*, note 3.

³⁰ Cf. O'Neill, 'The Dark Side', *op. cit.*, note 12, 433-4. Voir aussi Besson, *ibid.*

³¹ Cf. Besson, *ibid.*; Dworkin, 'Justice for Hedgehogs', *op. cit.*, note 25, 337-8.

³² Cf. le titre de l'article de Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, qui joue sur cette ambivalence.

1. La réalisation des droits de l'homme

Pour bien comprendre la réalisation des droits de l'homme, je présenterai d'abord la notion de réalisation (a)), puis me concentrerai sur la réalisation juridique des droits de l'homme (b)) avant d'évoquer les autres mécanismes de réalisation qui complètent la réalisation juridique des droits de l'homme (c)).

a) La notion de réalisation des droits de l'homme

La réalisation des droits de l'homme fait référence à leur mise en œuvre. A noter que les termes peuvent fluctuer : pour parler de leur réalisation, il est parfois fait mention de concrétisation, de mise en œuvre ou de spécification des droits de l'homme.

La simple existence d'un droit de l'homme ne garantit pas qu'il soit réalisé, cependant. Au contraire, l'existence d'un droit de l'homme génère un droit à ce qu'il le soit et une obligation positive morale et légale correspondante de le mettre en œuvre. Ces obligations de réalisation appellent des mesures individuelles mais aussi structurelles et institutionnelles dans certains cas. On parle d'ailleurs souvent d'institutionnalisation des droits de l'homme pour signifier leur réalisation.³³ Les obligations de réalisation doivent être spécifiées et déterminées dans chaque cas en fonction des circonstances concrètes. Cela peut impliquer une mise en balance avec d'autres obligations et impératifs comme le coût ou le poids de telle ou telle obligation sur son destinataire.

De manière tout à fait étonnante, cependant, il existe deux mythes très répandus relativement à la réalisation des droits de l'homme. L'un est que les droits de l'homme *sont* réalisés de par leur simple existence et ne correspondent pas à des obligations de réalisation et de mise en œuvre. Et le second, qui lui est connexe, est que la non-réalisation d'un droit de l'homme implique qu'il *n'existe pas*.³⁴ Ni l'une ni l'autre de ces deux affirmations n'est étayée, cependant, comme je vais le démontrer dans cette section.

³³ Cf. p.ex. Raz, 'Human Rights in the New World', *op. cit.*, note 9, 39; Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 76. Voir p.ex. l'art. 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948: « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet. »

³⁴ Cf. Millard, 'Effectivité des droits de l'homme', *op. cit.*, note 1, 352; Champeil-Desplats, 'Effectivité et droits de l'homme', *op. cit.*, note 1, 24.

b) La légalisation des droits de l'homme

On peut pour se référer à la réalisation juridique des droits de l'homme parler de légalisation des droits de l'homme. Il s'agira d'abord de la présenter de manière générale (i.), avant d'examiner la nature nationale ou internationale de la légalisation des droits de l'homme (ii.), puis leur légalisation législative ou constitutionnelle en droit interne (iii.).

i. La mise en oeuvre légale des droits de l'homme

Etant donné la nature légale des droits de l'homme, leur mise en œuvre par le droit est une conséquence normative de leur existence en tant que droits de l'homme. Une fois un droit de l'homme reconnu, il génère des obligations à la fois morales et juridiques de mise en œuvre par le droit.³⁵ La pratique s'y réfère parfois sous la dénomination d'obligations positives de protection juridique des droits de l'homme.

Il ne faut pas confondre la légalisation ou mise en œuvre légale des droits de l'homme avec leur nature légale et le fait qu'ils doivent être reconnus légalement pour exister en tant que droits de l'homme.³⁶ La reconnaissance légale est une condition de leur existence, alors que la mise en œuvre légale est une conséquence normative de leur existence. De même, il ne faut pas confondre la mise en œuvre légale des droits de l'homme avec leur effectivité.³⁷ La mise en œuvre par le droit, comme par tout autre moyen d'ailleurs, ne garantit pas en effet une réalisation complète des droits de l'homme.

Outre cet argument normatif en faveur de la légalisation des droits de l'homme et de leur mise en œuvre par des mécanismes juridiques, on peut aussi mentionner différents arguments instrumentaux.³⁸ Ces arguments pourront convaincre ceux qui rejettent la thèse selon laquelle les droits de l'homme sont à la fois moraux et légaux, mais cherchent à fonder une obligation de les légaliser afin d'assurer leur mise en œuvre. On mentionnera, par

³⁵ Cf. Raz, 'Human Rights in the New World', *op. cit.*, note 9. Cf. aussi Habermas, 'Die Legitimation durch Menschenrechte', *op. cit.*, note 19, 183; Habermas, 'Faktizität und Geltung', *op. cit.*, note 19, 310-312; Habermas, 'The Concept of Human Dignity', *op. cit.*, note 19, 470. Cf. encore Alexy Robert, 'Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat', in Gosepath Stefan/Lohmann Georg (édit.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1998, 244-64, 254: « Wenn es Menschenrechte als universelle, moralische, fundamentale, vorrangige und abstrakte Recht gibt, dann ist ihre rechtliche Institutionalisierung sowohl auf der Ebene des internationalen als auch auf der des nationalen Rechts geboten. »

³⁶ Sur cette confusion, voir p.ex. Nickel, 'Making Sense', *op. cit.*, note 1, 28-33; Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 84.

³⁷ Contra: Pogge Thomas, 'Menschenrechte als moralische Ansprüche an globale Institutionen', in Gosepath Stefan/Lohmann Georg (édit.), *Die Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1998, 378-400, 382; Tasioulas, *ibid.*, 84-5.

³⁸ Cf. Alexy, 'Die Institutionalisierung der Menschenrechte', *op. cit.*, note 35, 254 ss.

exemple, la fonction performative du droit, mais aussi la nature publique, voire même canonique du droit et la sécurité qu'il garantit.³⁹ Un autre argument concerne les modes de règlement des différends juridiques qui font appel à un tiers indépendant et neutre, et notamment le règlement judiciaire.⁴⁰

Ce dernier argument appelle un traitement séparé dans la mesure où l'on peut parfois lire que la légalisation implique nécessairement la judicialisation, et par conséquent la justiciabilité des droits de l'homme en premier lieu. Cette condition est considérée comme difficile à remplir dans le cas des droits sociaux dont les obligations correspondantes ne sont, pour la plupart, pas immédiates. Je reviendrai à la question de l'effectivité des droits sociaux plus loin dans cet article. De manière générale, cependant, on peut considérer que la justiciabilité des droits de l'homme n'est pas une composante nécessaire à leur légalisation. Chaque ordre juridique organise la légalisation des droits de l'homme en fonction de la séparation des pouvoirs et de l'organisation des compétences judiciaires qu'il connaît. De plus, chaque droit de l'homme présente des caractéristiques différentes qui font de la justiciabilité un élément plus ou moins central de sa mise en œuvre. En général, l'intervention judiciaire dans le domaine des droits de l'homme présente des avantages comme l'appréciation individualisée de chaque cas de violation, mais aussi des inconvénients comme l'isolation des droits et obligations de la dimension collective et systématique de leurs garanties.⁴¹

ii. La mise en œuvre légale nationale ou internationale des droits de l'homme

La relation entre garanties juridiques internationales et nationales des droits de l'homme a déjà été mentionnée dans la première section de cet article. Il s'agit ici de savoir si leur mise en œuvre, une fois ces droits reconnus légalement, doit avoir lieu sur le plan international ou national et quelle doit, le cas échéant, être la relation entre ces deux niveaux de mise en œuvre.

En pratique, la mise en œuvre a en principe lieu sur les deux niveaux, puisque les droits de l'homme internationaux s'adressent aux institutions nationales et doivent être mis en œuvre en priorité par le droit national qui les spécifie dans une communauté politique donnée, mais que cette mise en œuvre peut être ensuite utilement suivie et contrôlée par des mécanismes de droit international. Il peut arriver, cependant, que la mise en œuvre puisse parfois n'être que nationale et se passer de mise en œuvre internationale.

³⁹ Cf. aussi Champeil-Desplats, 'Effectivité et droits de l'homme', *op. cit.*, note 1, 18-20.

⁴⁰ Voir p.ex. Alexy, 'Die Institutionalisierung der Menschenrechte', *op. cit.*, note 35, 263-4.

⁴¹ Pour une discussion récente du pour et du contre de la judicialisation des droits de l'homme et notamment des droits sociaux, voir Gearty Conor/Montouvalou Virginia, *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2011, 116-36; Champeil-Desplats, 'Effectivité et droits de l'homme', *op. cit.*, note 1, 24-5.

La mise en œuvre des droits de l'homme sur le plan international présente plusieurs avantages.⁴² Tout d'abord, elle assure la protection d'un certain nombre de minima dans la mise en œuvre des droits de l'homme sur le plan national. Ensuite, le droit international exerce une certaine pression sur les autorités nationales en faveur de l'inclusion des bénéficiaires des garanties internationales dans le champ d'application personnel des droits de l'homme nationaux. Cela est particulièrement important pour les droits de l'homme dont l'objet est la protection du droit de participation dans la communauté nationale. Enfin, la mise en œuvre internationale assure aussi que les autorités nationales respectent les droits de l'homme lorsqu'elles exercent leur juridiction hors de leurs frontières nationales.

Certains désavantages de la mise en œuvre internationale des droits de l'homme doivent cependant aussi être mentionnés et si possible atténués. On mentionnera, par exemple, l'importance de respecter la marge d'appréciation des autorités nationales dans la mise en œuvre des droits de l'homme, et dans ce cadre-là de respecter le principe de subsidiarité entre institutions de contrôle du respect des droits de l'homme. Différents exemples peuvent être donnés de ce genre de mesures en pratique et notamment l'absence d'effet cassatoire des décisions internationales de contrôle de la mise en œuvre des droits de l'homme ou encore la liberté de choix des moyens de mise en œuvre de ces décisions par les autorités nationales.⁴³

iii. La mise en œuvre législative ou constitutionnelle des droits de l'homme

Une fois les droits de l'homme reconnus légalement en droit national, leur mise en œuvre en droit interne peut se faire selon différents mécanismes. On distingue notamment la mise en œuvre de rang constitutionnel de la mise en œuvre législative.

Il y a de multiples raisons de privilégier l'un de ces deux mécanismes de mise en œuvre nationale sur l'autre. Certaines sont contingentes et relèvent de la culture politique et juridique nationale et d'autres sont morales. Il s'agit de mentionner quelques-unes de celles-là. A noter que dans la plupart des ordres juridiques, les deux mécanismes se cumulent puisque le droit constitutionnel a besoin de mesures législatives pour assurer sa mise en œuvre, même si la mise en œuvre des droits de l'homme peut parfois n'être que législative dans certains ordres juridiques.

⁴² Sur ces avantages, cf. p.ex. Neuman Gerald L., 'Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance', (2003) 55 *Stanford Law Review* 1863-900; Gardbaum Stephen, 'Human Rights as International Constitutional Rights', (2008) 19:4 *European Journal of International Law* 749-68; Besson, 'Human Rights and Democracy', *op. cit.*, note 3.

⁴³ Cf. p.ex. Hessler Kristen, 'Resolving Interpretive Conflicts in International Human Rights Law', (2005) 13:1 *Journal of Political Philosophy* 29-52; Besson, *ibid.*

Parmi les arguments qui plaident en faveur de la mise en œuvre constitutionnelle des droits de l'homme,⁴⁴ on peut mentionner, tout d'abord, la fonction symbolique de la constitution qui contient les normes fondamentales tant institutionnelles que matérielles de l'ordre juridique. La garantie constitutionnelle a donc une fonction performative de l'importance de la mise en œuvre des droits de l'homme. On mentionnera, ensuite, la supériorité normative de la mise en œuvre constitutionnelle qui prime d'autres mécanismes législatifs de rang inférieur et assure de ce fait une certaine uniformité dans la mise en œuvre des droits de l'homme à travers tout le domaine législatif. Cette supériorité se traduit généralement par un pouvoir de contrôle judiciaire de conformité de la législation aux droits de l'homme constitutionnels. Un autre argument tient au caractère abstrait et général de la mise en œuvre constitutionnelle qui permet d'assurer une spécification législative et exécutive, sans toutefois autoriser cette dernière à porter atteinte à un minimum figé constitutionnellement. Enfin, la légitimation démocratique de la constitution est en général plus forte que celle de la législation, du fait de sa procédure d'adoption. Cette légitimation renforcée se dédouble de ce fait d'un pouvoir de limitation de la majorité législative et donc de la modification trop rapide des acquis de la mise en œuvre constitutionnelle des droits de l'homme.

Bien sûr, il y a quelques arguments qui plaident à l'encontre de la mise en œuvre constitutionnelle, ou du moins en faveur d'une certaine retenue.⁴⁵ On peut mentionner, tout d'abord, la rigidité de la mise en œuvre constitutionnelle et le fait que l'on ne peut l'amender aisément ni par conséquent remédier aux erreurs qui auraient été commises. A cela s'ajoute un argument démocratique contre la rigidité qui prive la majorité de la possibilité de changer d'orientation dans la mise en œuvre des droits de l'homme. Différents exemples peuvent être donnés des moyens d'atténuer les effets de la mise en œuvre constitutionnelle en pratique. On pensera notamment à l'absence ou la limitation du contrôle de constitutionnalité des lois ou à l'initiative populaire en matière constitutionnelle.

c) Les autres formes de réalisation des droits de l'homme

En sus de leur légalisation, les droits de l'homme peuvent aussi être mis en œuvre par d'autres moyens. On pensera, par exemple, à différents

⁴⁴ Sur ces avantages, cf. p.ex. Alexy, 'Die Institutionalisierung der Menschenrechte', *op. cit.*, note 35, 258-4.

⁴⁵ Cf. p.ex. Waldron Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999; Waldron Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999, 211-31; Waldron Jeremy, 'Judges as Moral Reasoners', (2009) 7:1 *International Journal of Constitutional Law* 2-24. Cf. aussi Besson Samantha, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2005, 287-336.

mécanismes sociaux et politiques.⁴⁶ Le rôle de la société civile, de la famille ou de la relation professionnelle, par exemple, ne doit pas être sous-estimé.⁴⁷ Il est important, cependant, de ne pas voir ces mécanismes de mise en œuvre en opposition aux mécanismes juridiques de mise en œuvre.⁴⁸ Ils sont complémentaires à ces derniers.

En fait, par référence à la nature morale-politique des droits de l'homme évoquée précédemment, leur mise en œuvre politique est une conséquence normative de leur existence. Les droits de l'homme contribuent à la légitimité politique et notamment démocratique d'un ordre juridique, mais l'existence d'un régime démocratique est aussi nécessaire en retour à la légitimation des droits de l'homme en pratique.⁴⁹ Il est donc essentiel d'organiser l'ordre institutionnel de manière à ce que le rapport entre démocratie et droits de l'homme puisse se réaliser.⁵⁰

2. L'effectivité des droits de l'homme

La question de la réalisation des droits de l'homme désormais éclaircie, il est possible d'en examiner l'effectivité. Pour ce faire, il s'agira d'abord d'élucider la notion d'effectivité (a)), avant de discuter de deux approches contradictoires en présence : l'effectivité comme condition des droits de l'homme (b)) et l'effectivité comme conséquence des droits de l'homme (c)).

⁴⁶ Cf. aussi Champeil-Desplats, 'Effectivité et droits de l'homme', *op. cit.*, note 1, 21-3.

⁴⁷ Cf. p.ex. Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 84-6; Sen, 'The Idea of Justice', *op. cit.*, note 23, 361-6. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'il faut comprendre la notion de capacité (« capability ») développée par Amartya Sen (Sen Amartya, *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1999) et Martha Nussbaum (Nussbaum Martha, 'Capabilities and Human Rights', (1997) 66 *Fordham Law Review* 273-300). Sur la relation entre droits de l'homme et capacités, cf. Besson Samantha, 'Gruppen, Rechte und Konflikte – Kommentar zu Martha Nussbaum', in Holderegger Adrian et al. (édit.), *Hat der Humanismus eine Zukunft? Herausforderungen-Antworten im Fragment*, Basel: Schwabe Verlag/Academic Press, 2011, à paraître; Buchanan, 'Justice, Legitimacy, and Self-Determination', *op. cit.*, note 29, 138-9.

⁴⁸ Contra: Pogge, 'Menschenrechte als moralische Ansprüche', *op. cit.*, note 37, 382; Tasioulas, *ibid.*, 84-6; Sen, *ibid.*, 361-6.

⁴⁹ Cf. Alexy, 'Die Institutionalisierung der Menschenrechte', *op. cit.*, note 35, 258.

⁵⁰ Cf. p.ex. Besson, 'Human Rights and Democracy', *op. cit.*, note 3; Maus Ingeborg, 'Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie', in Brunkhorst Hauke/Köhler Wolfgang/Lutz-Bachmann Matthias (édit.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1999, 276-92.

a) La notion d'effectivité des droits de l'homme

La notion d'effectivité est complexe. Elle n'a aucune définition arrêtée et son usage est fluctuant.⁵¹ On la trouve, par exemple, souvent utilisée de manière interchangeable avec la notion d'efficacité ou parfois avec la notion économique d'efficience. Cette confusion conceptuelle est rendue d'autant plus grande que différentes langues recèlent encore d'autres concepts connexes. En anglais, on distingue, par exemple, entre « effectiveness », « effectivity », « efficiency » et « efficacy ».

En bref, l'effectivité désigne la qualité de ce qui est effectif, c'est-à-dire entièrement réalisé ou mis en œuvre. Par opposition, l'efficacité se réfère au pouvoir ou à la capacité de produire un résultat donné. Ce n'est que si ce résultat est produit, qu'on pourra dire que le comportement qui l'a produit était efficace. Un droit de l'homme est donc effectif lorsqu'il est entièrement mis en œuvre ou réalisé. L'effectivité des droits de l'homme fait ainsi référence à leur réalisation complète. Elle désigne un état de fait, une réalité ou un statut qui peut être décrit.

Il faut distinguer la question de l'effectivité des droits de l'homme de deux questions auxquelles elle est souvent à tort rattachée. Premièrement, il faut la séparer de la question de savoir si et comment les droits de l'homme *devraient* être réalisés. Ces questions sont normatives et sont distinctes de celles de l'effectivité des droits de l'homme en pratique, car l'on ne peut pas dériver un « devoir être » d'un « être » (c'est ce qu'on appelle aussi l'erreur naturaliste : à l'impossible nul n'est tenu). Elles ont été évoquées dans la première partie de cet article. Deuxièmement, il faut distinguer l'effectivité des droits de l'homme de la question de savoir si et comment les droits de l'homme *peuvent* être réalisés. C'est ce qu'on appelle la faisabilité des droits de l'homme. Il en sera question plus loin dans cette section.

b) L'effectivité comme condition des droits de l'homme

L'effectivité des droits de l'homme est considérée par certains auteurs comme une condition (de l'existence) des droits de l'homme. Ces auteurs peuvent être regroupés dans une mouvance que l'on appelle couramment l'approche des « droits-manifeste » (*manifesto rights*). Après avoir présenté le défi que cette approche pose pour les droits de l'homme en relation à leur effectivité (i.), il s'agira d'en examiner trois variantes : l'exécutabilité (ii.), l'actionabilité (iii.) et la faisabilité (iv.).

⁵¹ Cf. aussi Champeil-Desplats, 'Effectivité et droits de l'homme', *op. cit.*, note 1, 11-4.

i. Le défi des « droits-manifeste » en général

La notion des droits-manifeste a été développée par Joel Feinberg, puis reprise par différents auteurs dont Onora O'Neill, Susan James et Raymond Geuss.⁵²

Selon cette notion, un droit-manifeste n'est pas un vrai droit auquel correspondraient des obligations, mais un simple manifeste de la pauvreté et du besoin de certaines personnes et constitue, par conséquent, tout au plus une aspiration. Un droit de l'homme n'est qu'un droit-manifeste, selon ces auteurs, lorsqu'il manque d'effectivité. Ce manque d'effectivité ou de réalisation entière du droit peut avoir plusieurs causes dont l'absence d'obligations déterminées ou de destinataire déterminé de ces obligations ou encore l'absence de possibilité de mettre ces obligations en œuvre en pratique. C'est surtout en relation aux droits sociaux que la notion s'est développée : ces droits sont effet souvent difficiles à mettre en œuvre en pratique car leurs obligations ou porteurs d'obligations sont indéterminés et leur mise en œuvre coûteuse.

En bref, le défi des droits-manifeste peut être exprimé comme suit : l'existence des droits de l'homme en tant que droits moraux et légaux dépend de leur pleine réalisation juridique et institutionnelle et donc de leur effectivité.

Ainsi formulé, cependant, le défi des droits-manifeste se heurte à une difficulté majeure. Il est fondé sur une confusion entre l'« être » et le « devoir être ». Il conclut à la non-existence d'un droit de l'homme et de ses obligations correspondantes (« devoir être ») sur la base de leur ineffectivité (« être »).

Il y a une lecture du défi des droits-manifeste, néanmoins, qui permet d'éviter cet écueil et c'est l'idée selon laquelle un « devoir être » implique un « pouvoir être » (selon l'adage anglais « ought implies can »). Il ne peut pas en effet exister d'obligations qu'il n'est pas possible de respecter en pratique. Etant donné qu'un droit de l'homme implique l'existence d'obligations correspondantes, il ne peut y avoir de droits de l'homme sans que certaines de ces obligations au moins⁵³ puissent être respectées en pratique.

Ainsi revisité, le défi des droits-manifeste peut donc être résumé comme suit : l'existence des droits de l'homme en tant que droits moraux et légaux

⁵² Cf. p.ex. Feinberg Joel, 'The Nature and Value of Rights', (1970) 4 *Journal of Value Inquiry* 243-51; Geuss Raymond, *History and Illusion in Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001; O'Neill, 'The Dark Side', *op. cit.*, note 12; James Susan, 'Rights as Enforceable Claims', (2003) C-III *Proceedings of the Aristotelian Society* 133-47. Pour un très bon résumé, voir Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 79 ss.

⁵³ Cf. Waldron Jeremy (édit.), *Liberal Rights: Collected Chapters*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, 207-8 sur la faisabilité des droits de l'homme un par un, uniquement.

dépend de la possibilité de leur pleine réalisation juridique et institutionnelle et donc de la *possibilité* de leur effectivité.

Il existe trois versions de ce défi que l'on peut citer dans un ordre décroissant d'exigence : l'exécutabilité, l'actionabilité et la faisabilité.⁵⁴ L'exécutabilité est la forme la plus exigeante de possibilité de mise en œuvre des droits de l'homme et elle comprend l'actionabilité et la faisabilité. L'actionabilité est moins exigeante, mais comprend à son tour la faisabilité qui est une exigence minimale commune aux deux autres.

ii. L'exécutabilité

Selon la critique de l'exécutabilité (« executability »), un droit de l'homme qui n'est pas exécutable n'est pas un droit de l'homme. C'est la critique développée par Raymond Geuss.

Selon lui, l'exécutabilité d'un droit de l'homme requiert que les éléments suivants puissent être déterminés et soient réalisables : un cadre institutionnel, la compétence institutionnelle d'exécuter, des agents d'exécution et la possibilité pour les titulaires des droits d'en exiger l'exécution et pour les agents d'exécution de le faire.⁵⁵

A noter qu'il ne faut pas confondre l'exécutabilité légale des droits de l'homme avec la mise en œuvre légale des droits de l'homme, d'une part, et avec leur nature légale, d'autre part.⁵⁶ La reconnaissance légale est une condition de leur existence, et la mise en œuvre légale une conséquence normative de leur existence, alors que l'exécutabilité légale fait de la possibilité de leur mise en œuvre légale une condition de leur existence.

Il y a plusieurs manières de répondre à cette critique et j'en retiendrai deux. Toutes deux se réfèrent à la nature des droits de l'homme et à leur relation aux obligations concrètes qui leur correspondent. Tout d'abord, il ressort de ce qui a été dit dans la première partie de l'article que la corrélativité des droits et obligations en matière de droits de l'homme existe dès que l'obligation est générée. Pourtant, pour un temps du moins, le droit a une priorité justificative sur l'obligation.⁵⁷ C'est ce qui explique qu'on puisse reconnaître un droit abstrait sans avoir encore identifié le destinataire d'une obligation concrète ni son contenu. Par ailleurs, l'identification de ce destinataire et de cette obligation doit se faire dans les circonstances individuelles et concrètes de chaque cas sans qu'on puisse la généraliser.⁵⁸ Le dynamisme des droits de l'homme mentionné précédemment a en effet pour conséquence

⁵⁴ Sur ces trois formes de la critique bien qu'en d'autres termes, voir Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 79-81.

⁵⁵ Cf. Geuss, 'History and Illusion in Politics', *op. cit.*, note 52, 143-6, 156.

⁵⁶ Sur cette confusion, voir p.ex. Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 84-5.

⁵⁷ *Ibid.*, 92.

⁵⁸ *Ibid.*, 94.

qu'à chaque droit correspond un nombre indéterminé d'obligations spécifiques. C'est donc le propre des droits de l'homme que de ne pas correspondre à des obligations concrètes spécifiées à l'avance et généralisables. Il est donc exclu de faire dépendre leur existence de leur exécutabilité.

iii. L'actionabilité

Selon la critique de l'actionabilité (« claimability »), un droit de l'homme qui n'est pas actionable n'est pas un droit de l'homme. C'est la critique développée par Joel Feinberg, puis par Onora O'Neill et reprise ensuite par Susan James.⁵⁹

Selon cette critique, l'existence d'un droit de l'homme ne dépend pas de son exécutabilité, mais de la possibilité qu'a son titulaire d'en réclamer au moins le respect (« claim-to ») à l'encontre du porteur de l'obligation (« claim-against »). Cette possibilité peut prendre la forme d'une action en justice, mais aussi d'autres moyens juridiques ou non-juridiques. Cela requiert par conséquent que le destinataire de l'obligation et son contenu soient connus.

Il y a plusieurs manières de répondre à cette critique. Les deux arguments donnés précédemment s'appliquent et entament la crédibilité de la critique de l'actionabilité. D'autres arguments peuvent aussi être ajoutés. Il est utile de souligner, tout d'abord, que la notion d'actionabilité est elle-même largement indéterminée.⁶⁰ Il faut encore mentionner que tous les droits de l'homme ne sont pas des droits auxquels correspond un droit de réclamer ou d'actionner en justice (« claim-right »). On pensera, par exemple, aux droits de l'homme qui protègent une immunité, une liberté ou une compétence. Enfin, le défi de l'actionabilité résulte d'une approche judicialisante des droits de l'homme qui correspond à la culture juridique dominante de certains Etats, mais qui n'est pas nécessairement moralement justifiée en relation avec le concept de droit de l'homme lui-même. Comme indiqué précédemment, la justiciabilité n'est pas la seule manière d'assurer la mise en œuvre légale d'un droit de l'homme.

iv. La faisabilité

Selon la critique de la faisabilité (« feasibility » ou « enforceability »), un droit de l'homme qui n'est pas réalisable n'est pas un droit de l'homme. C'est la critique selon laquelle un devoir implique un pouvoir (« ought implies can »).⁶¹

⁵⁹ Cf. Feinberg, 'The Nature and Value of Rights', *op. cit.*, note 52; O'Neill, 'The Dark Side', *op. cit.*, note 12, 430; James, 'Rights as Enforceable Claims', *op. cit.*, note 52, 140-3.

⁶⁰ Cf. Nickel, 'Making Sense', *op. cit.*, note 1, 27.

⁶¹ Cf. p.ex. *ibid.*, 30; Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 81.

Cette critique est avancée tant parmi les auteurs qui considèrent que la réalisation juridique des droits de l'homme est une conséquence normative de leur existence pour autant qu'elle soit faisable,⁶² que parmi les auteurs qui sont agnostiques quant à la nature juridique de la réalisation des droits de l'homme mais qui insistent sur la faisabilité de certains moyens de réalisation au moins pour l'existence de ces droits.⁶³ Selon la première approche retenue ici, soit celle de la nature morale *et* légale des droits de l'homme, leur faisabilité légale et institutionnelle est essentielle à leur existence et validité tant morale que légale. S'ils sont réalisables par d'autres moyens que des moyens légaux, ils demeurent des droits moraux universels mais ne peuvent pas être considérés comme des droits de l'homme.⁶⁴

La faisabilité d'un droit de l'homme doit se déterminer dans un contexte historique spécifique, et en lien avec un droit en particulier plutôt qu'avec l'ensemble des droits de l'homme et en tout temps.⁶⁵

C'est surtout dans le domaine des droits sociaux que la question de la faisabilité des droits de l'homme se pose avec acuité. Leur manque de faisabilité est d'ailleurs l'un des reproches centraux qui leur est fait.⁶⁶ Il est important, par conséquent, d'en examiner la crédibilité.

Premièrement, si l'on se réfère à l'art. 2 par. 1 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits sociaux, économiques et culturels (ci-après ICESCR ; RS 0.103.1), les droits sociaux donnent naissance à des obligations dont la spécificité est d'être progressives.⁶⁷ Ces droits et leurs obligations doivent donc être réalisés peu à peu et non pas immédiatement. On retrouve cette idée de progression dans la mise en œuvre des droits sociaux aux art. 6 par. 2, 10 par. 1 et 12 ICESCR.⁶⁸ C'est en fait précisément pour anticiper la

⁶² Cf. p.ex. Raz, 'Human Rights in the New World', *op. cit.*, note 9, 44.

⁶³ Cf. p.ex. Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 81 et 93; Nickel, 'Making Sense', *op. cit.*, note 1, 30.

⁶⁴ Cf. Raz, 'Human Rights in the New World', *op. cit.*, note 9, 44.

⁶⁵ Cf. Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 81.

⁶⁶ Pour une présentation et une discussion théoriques de la critique des droits sociaux, voir notamment Bilchitz David, *Poverty and Fundamental Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2007; Nickel James, 'Human Rights', in Zalta Edward N. (édit.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/rights-human/>; Gearty/Montouvalou, 'Social Rights', *op. cit.*, note 41, 94 ss et 138 ss.

⁶⁷ Selon l'art. 2 par. 1 ICESCR: « 1. Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, *en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits* reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives. »

⁶⁸ Art. 6 par. 2: « mesures que chacun des Etats parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit »; art. 10 par. 1: « protection et une assistance aussi larges que possible »; art. 12: « droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ».

critique de la faisabilité des droits sociaux que cette idée de progression a été introduite : si les obligations générées par les droits garantis ne sont que progressives, on ne peut pas leur reprocher leur manque de faisabilité. La difficulté tient cependant à ce que si une obligation est progressive et non pas immédiate, elle ne peut pas être considérée comme une obligation au sens strict, mais uniquement comme un objectif.⁶⁹ On peut donc douter de l'existence même du droit correspondant à une telle obligation de nature progressive. La réplique selon laquelle les droits sociaux peuvent être considérés comme des droits d'un type spécial, des droits-objectifs en quelque sorte, n'est pas convaincante.⁷⁰ En effet, un droit dont on ne peut connaître, même abstraitement, ni le débiteur, ni le contenu de son obligation ni le moment de son exécution et qu'on doit simplement *essayer* de mettre en œuvre ne peut être considéré comme un droit.

Il faut cependant mentionner, deuxièmement, que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (ci-après, CESCR) interprète l'art. 2 par. 1 ICESCR de manière à pouvoir résister à cette critique. Il distingue en effet entre les droits et obligations sociaux ordinaires et les droits et obligations sociaux qui relèvent du noyau minimal (« minimal core »).⁷¹ Par ailleurs, le Comité a isolé certains droits sociaux qu'il considère

⁶⁹ Sur la différence entre droits de l'homme et objectifs, cf. Brems Eva, 'Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives', (2009) 9 *Human Rights Law Review* 343–72; Nickel, 'Human Rights', *op. cit.*, note 66; Nickel, 'Making Sense', *op. cit.*, note 1, 24–6.

⁷⁰ Brems, 'Human Rights', *op. cit.*, note 69; Nickel, 'Human Rights', *op. cit.*, note 66.

⁷¹ Selon CESCR, *The nature of States parties obligations*, General Comment 3, 1990: « 9. The principal obligation of result reflected in article 2 (1) is to take steps "with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized" in the Covenant. The term "progressive realization" is often used to describe the intent of this phrase. The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. *Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights.* On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the raison d'être, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources. 10. On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a *minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent*

comme donnant naissance à des obligations immédiates (p.ex. le droit à ne pas être discriminé). Ces deux types de droits sociaux ne sont pas des objectifs, mais de vrais droits dont la mise en œuvre immédiate doit être recherchée.

La question de la faisabilité se pose donc à nouveau en relation à ces deux types de droits sociaux. Il semble cependant que les objections qui sont soulevées en lien avec leur faisabilité soient faciles à écarter. Il s'agit principalement du fait que les obligations correspondantes sont positives⁷² et coûteuses. Etant donné que tous les droits de l'homme donnent naissance tant à des obligations de faire qu'à des obligations de ne pas faire, la première objection n'est pas particulièrement plus dommageable aux droits sociaux qu'aux autres.⁷³ Sans compter que la faisabilité d'une obligation de faire peut être aisément envisagée.⁷⁴ Quant à la seconde objection, elle est entièrement contingente et il n'est pas établi que les droits sociaux requièrent davantage de ressources que certains droits civils et politiques, comme le droit à la vie ou le droit à un juge impartial.⁷⁵

Même elle est bien fondée, il y a une difficulté importante que rencontre la critique de la faisabilité des droits de l'homme, cependant. Il s'agit de l'indétermination des droits de l'homme en tant que sources d'obligations morales et juridiques. Allen Buchanan distingue leur indétermination morale ou profonde de leur indétermination d'application ou légère.⁷⁶ La première se réfère à l'indétermination inhérente à toute obligation morale fondamentale, alors que la seconde se réfère aux limites pratiques à la détermination du contenu de cette obligation. Les droits de l'homme et les obligations spécifiques auxquelles ils donnent naissance sont non seulement profondément indé-

upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, *prima facie*, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d'être*. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps "to the maximum of its available resources". *In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.* »

⁷² Cf. O'Neill, 'The Dark Side', *op. cit.*, note 12, 428-9.

⁷³ Cf. Shue, 'Basic Rights', *op. cit.*, note 13, 35-40.

⁷⁴ Cf. Tasioulas, 'The Moral Reality', *op. cit.*, note 1, 88-92.

⁷⁵ Sur le coût des droits de l'homme, cf. Holmes Stephen/Sunstein Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York: W. W Norton & Company, 2000, Ch. 7 et 8;

Buchanan, 'Justice, Legitimacy, and Self-Determination', *op. cit.*, note 29, 180-6.

⁷⁶ Buchanan, *ibid.*

terminés quant au contenu normatif de ces obligations comme le sont les valeurs en général, mais aussi impossibles à déterminer dans leur application au vu des limitations pratiques et institutionnelles. On mentionnera, par exemple, le problème du coût des droits de l'homme et de l'allocation des ressources en cas de concurrence ou de conflit de droits de l'homme au regard des ressources disponibles limitées. Je reviendrai sur la question du coût des droits de l'homme plus loin dans cet article.

La difficulté est que l'indétermination des obligations relatives aux droits de l'homme rend la condition de la faisabilité de la mise en œuvre de ces droits impossible à remplir : en l'absence de contenu déterminé des obligations correspondant aux droits de l'homme (le « devoir être »), leur faisabilité (le « pouvoir être ») est impossible à évaluer. La question est d'autant plus complexe en matière de droits de l'homme que la spécification en contexte des obligations correspondant à un droit abstrait est l'une de leurs caractéristiques normatives. Chaque droit abstrait donne lieu à un nombre et type indéterminés d'obligations selon les circonstances. Ces obligations sont en outre spécifiées en fonction d'autres obligations en concurrence ou en conflit. Enfin, lorsque les droits de l'homme en cause sont garantis par le biais du droit international, ils le sont de manière intentionnellement abstraite étant donné que la spécification doit avoir lieu en droit national.

c) L'effectivité comme conséquence des droits de l'homme

L'effectivité comme conséquence du caractère obligatoire des droits de l'homme et de leur réalisation en pratique doit d'abord être explicitée de manière générale (i.), puis en relation à la question du coût des droits de l'homme (ii.).

i. L'effectivité comme conséquence de la mise en œuvre des droits de l'homme

L'effectivité n'est pas seulement une condition de l'existence des droits de l'homme (en tant que faisabilité), mais une conséquence de leur nature obligatoire.⁷⁷ Comme indiqué précédemment, chaque droit donne naissance à une obligation positive morale et légale de mise en œuvre. La réalisation d'un droit peut dès lors être plus ou moins complète et son degré d'effectivité plus ou moins grand.

L'effectivité d'un droit de l'homme en tant qu'état de réalisation de ce droit peut être mesurée. La question de l'effectivité des droits de l'homme et celle de sa mesure relèvent donc du champ des sciences sociales et politi-

⁷⁷ Cf. Nickel, 'Making Sense', *op. cit.*, note 1, 33: « [Legal] enforcement is generally important to making rights effective, but is not essential to the existence of rights ».

ques,⁷⁸ mais pas directement du droit ou de la philosophie du droit. La réalisation complète d'une obligation correspondant à un droit de l'homme est en effet à la fois moralement et pratiquement indéterminée. Vu l'indétermination morale du « devoir être », l'évaluation morale de l'« être » et, par conséquent, de ce qui rend un droit de l'homme effectif est impossible.

Le droit et les juristes peuvent bien sûr apprendre des sciences sociales, voire utiliser certaines de leurs conclusions.⁷⁹ Il est d'ailleurs de plus en plus fréquent pour les juristes d'avoir recours à différents indicateurs sociaux ou études d'impact social au titre de la mesure de la réalisation des droits de l'homme en pratique.⁸⁰ Il est important dans ces cas-là, cependant, de bien avoir conscience du changement disciplinaire et méthodologique que cela implique.

ii. Le coût des droits de l'homme comme élément de l'effectivité de la mise en œuvre des droits de l'homme

La limitation des ressources disponibles pour la mise en œuvre des droits de l'homme affecte son effectivité. C'est particulièrement le cas du fait du coût de la réalisation des droits de l'homme.⁸¹

De manière intéressante, la question du coût des droits de l'homme survient au moins à trois reprises différentes dans le développement normatif d'un droit de l'homme: au moment de la reconnaissance du droit en tant que droit, au moment de la spécification des obligations concrètes correspondant à ce droit et au moment de leur réalisation. Lors de la reconnaissance d'un droit de l'homme, en effet, l'impact du droit sur le titulaire de l'obligation correspondante et son coût pour ce dernier doivent être pris en compte. Cette prise en considération ne peut être que très générale à ce moment-là, néanmoins. L'évaluation du poids imposé sur le titulaire de l'obligation se fait à nouveau au moment de la spécification des obligations concrètes correspondant au droit en pratique. La question du coût d'un droit de l'homme se reporte, enfin, sur la réalisation du droit en pratique dans la mesure où le manque de ressources peut limiter son effectivité. La concurrence et le conflit d'obligations correspondant à des droits de l'homme, par exemple, requièrent de donner la priorité à certains droits en fonction des ressources à disposition.

⁷⁸ Cf. Champeil-Desplats, 'Effectivité et droits de l'homme', *op. cit.*, note 1, 14.

⁷⁹ Cf. p.ex. Goodman Ryan/Jinks Derek/Woods Andrew, 'Social Science and Human Rights', in *Understanding Social Action, Promoting Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012, à paraître.

⁸⁰ Cf. p.ex. Davis Kevin/Kingsbury Benedikt/Engle Merry Sally, 'Indicators as Technology of Global Governance', IILJ Working Paper 2010/2 Rev (revised August 2011).

⁸¹ Sur le coût des droits de l'homme, cf. Holmes/Sunstein, 'The Cost of Rights', *op. cit.*, note 75; Buchanan, 'Justice, Legitimacy, and Self-Determination', *op. cit.*, note 29, 180-6.

Cette question est particulièrement sensible dans le contexte des droits sociaux. Il est utile par conséquent d'aborder brièvement le sujet. Comme évoqué précédemment, les droits sociaux sont, à tort, considérés comme plus coûteux que les autres droits de l'homme. Comme celle de la faisabilité liée aux obligations progressives, la question de leur coût est abordée ouvertement dans l'ICESCR. Selon le texte du traité, les droits sociaux doivent être mis en œuvre de manière à maximiser les ressources disponibles, bien que dans les limites de ces ressources (art. 2 par. 1 ICESCR).⁸² On peut aussi mentionner à ce sujet l'art. 4 ICESCR.⁸³

La difficulté tient à ce que l'usage maximal des ressources disponibles ne constitue pas un critère suffisant : chaque droit ne peut pas en effet devoir être mis en œuvre au maximum des ressources disponibles, sans référence aux autres droits à mettre en œuvre ou aux autres obligations morales en jeu. Au vu des ressources limitées à leur disposition, les autorités nationales doivent d'abord avoir recours à un principe de distribution afin d'identifier les ressources qu'elles *doivent* ensuite allouer à la mise en œuvre des droits sociaux en cause.⁸⁴ L'ambiguïté provient du fait que les droits de l'homme constituent aussi l'un des critères de cette distribution,⁸⁵ même si ce n'est pas le seul, bien entendu. Ce n'est qu'ensuite que la question de la maximisation des ressources disponibles au sens de l'art. 2 par. 1 ICESCR pourra être discutée.

Comme c'était déjà le cas en matière d'appréciation de la faisabilité des droits de l'homme en général,⁸⁶ la question du coût des droits de l'homme se heurte à la question difficile de leur indétermination morale et pratique. Cela vaut tant pour la question de l'allocation de ressources limitées pour la réalisation de plusieurs droits de l'homme en parallèle, que pour celle de ces ressources à la réalisation d'un seul d'entre eux puisque celui-ci peut être réalisé à plus ou moins grand coût pour d'autres obligations morales à respecter. Il n'existe aujourd'hui en philosophie morale aucun moyen de déterminer ce qui

⁸² Selon l'art. 2 par. 1 ICESCR: « 1. Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, *au maximum de ses ressources disponibles*, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.»

⁸³ L'art. 4 ICESCR se lit comme suit: « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'Etat conformément au présent Pacte, l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et *exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique.*»

⁸⁴ Voir p.ex. l'arrêt de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud dans l'affaire *Thiagraj Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC) para. 8 (S. Afr.).

⁸⁵ Cette interprétation est confirmée par la pratique plus élaborée du Comité européen des droits sociaux qui mentionne l'importance de prendre en compte les groupes les plus vulnérables dans cette allocation de ressources: cf. p.ex. Réclamation collective No 13/2002, *Autisme-Europe v France*, 4 novembre 2003, (2004) 11 IHRR 843, par. 52.

⁸⁶ Cf. section II.2.b)iv.

est moralement correct en termes de coût des droits de l'homme et d'allocations de ressources dans ce domaine.⁸⁷

III. L'indivisibilité des droits de l'homme

La question de l'effectivité des droits de l'homme est souvent traitée en lien avec celle de l'indivisibilité. On lit parfois, par exemple, que les droits de l'homme ne peuvent être effectifs ou réalisés entièrement que si leur indivisibilité est respectée. Dans cette section, et afin de vérifier cette affirmation, il s'agira de comprendre, tout d'abord, la notion d'indivisibilité (1.), avant de considérer son rôle pour la réalisation des droits de l'homme (2.) et pour leur justification (3.).

1. La notion d'indivisibilité des droits de l'homme

L'indivisibilité des droits de l'homme correspond à l'idée selon laquelle aucun droit de l'homme ne peut être entièrement réalisé et donc effectif sans que les autres droits de l'homme soient aussi entièrement réalisés.

De manière surprenante, les deux textes considérés comme fondateurs du principe de l'indivisibilité des droits de l'homme, la Proclamation de Téhéran du 13 mai 1968⁸⁸ et le Programme d'action de Vienne du 25 juin 1993⁸⁹, sont incohérents sur le contenu de cette idée et notamment sur la question de savoir s'il s'agit d'une description de la réalité des droits de l'homme ou de la fixation d'une obligation. Ces deux textes oscillent donc entre l'indivisibilité comme un fait et l'indivisibilité comme une obligation. Les auteurs, quant à eux, l'approchent souvent comme une obligation morale et juridique.⁹⁰ On

⁸⁷ Cf. Buchanan, 'Justice, Legitimacy, and Self-Determination', *op. cit.*, note 29, 182-5.

⁸⁸ La Proclamation se lit comme suit: «13. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales étant indivisibles, la jouissance complète des droits civils et politiques est impossible sans celle des droits économiques, sociaux et culturels. Les progrès durables dans la voie de l'application des droits de l'homme supposent une politique nationale et internationale rationnelle et efficace de développement économique et social.»

⁸⁹ Le Programme d'action dit ceci: «5. Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.»

⁹⁰ Cf. Nickel James, 'Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights', (2008) 30 *Human Rights Quarterly* 984-1001; Nickel James, 'Indivisibility and Linkage Arguments: A Reply to Gilibert', (2010) 32:2 *Human Rights Quarterly* 439-46; Gilibert Pablo, 'The Importance of Linkage Arguments for the Theory

retrouve donc ici la confusion entre l'« être », le « devoir être » et le « pouvoir être » observée dans le contexte de la notion d'effectivité des droits de l'homme.

James Nickel distingue entre différents types de relations entre droits de l'homme, dont seules certaines peuvent être considérées comme impliquant l'indivisibilité, et entre différents degrés de réalisation des droits, dont seuls certains peuvent entraîner l'indivisibilité.

Selon lui, il faut tout d'abord distinguer selon la nature de la relation entre les droits. Cette relation peut être forte (indispensable) ou faible (utile), et elle peut être mutuelle ou unilatérale. Il peut s'agir de relations de soutien de type conceptuel, normatif, épistémique, voire causal.⁹¹ Seules les relations de soutien fortes et mutuelles entre droits de l'homme peuvent être qualifiées d'indivisibles. Il s'agit des cas dans lesquels les droits sont mutuellement indispensables les uns aux autres.⁹²

Différentes critiques ont été énoncées au sujet de cette première distinction. Pablo Gilabert, par exemple, privilégie des relations moins fortes entre droits, voire mêmes des relations unilatérales au titre de l'indivisibilité.⁹³ Une autre critique désormais récurrente est celle de l'indétermination des obligations correspondant aux droits de l'homme et par conséquent de l'évaluation morale de leur mise en œuvre par le biais de l'indivisibilité. Il est cependant certainement possible de l'apprécier du point de vue des sciences sociales et empiriques.

La deuxième distinction concerne le degré de réalisation des droits requis pour l'indivisibilité. En principe, la réalisation entière de chaque droit est requise.⁹⁴ L'absence de réalisation entière de l'un des droits de l'homme enlève tout effet à l'indivisibilité qui n'est dès lors plus requise. James Nickel y voit un argument en faveur de la réalisation séparée de différents droits de l'homme dans les Etats en voie de développement dans lesquels la réalisation entière de tous les droits de l'homme ne peut pas être entreprise et dans lesquels l'indivisibilité ne s'applique donc pas.⁹⁵

Différentes critiques ont été énoncées au sujet de cette deuxième distinction. Selon Pablo Gilabert, on ne peut pas exclure pratiquement que la réalisation partielle de certains droits et l'indivisibilité partielle de leur mise en œuvre puissent profiter à la réalisation complète de l'un ou de l'ensemble d'entre

and Practice of Human Rights: A Response to James Nickel', (2010) 32:2 *Human Rights Quarterly* 425-38.

⁹¹ Cf. Gilabert, 'The Importance of Linkage Arguments', *op. cit.*, note 90, 429.

⁹² Cf. Nickel, 'Rethinking Indivisibility', *op. cit.*, note 90, 987-91; Nickel, 'Reply to Gilabert', *op. cit.*, note 90.

⁹³ Cf. Gilabert, 'The Importance of Linkage Arguments', *op. cit.*, note 90, 430.

⁹⁴ Cf. Déclaration de Téhéran de 1968; Shue, 'Basic Rights', *op. cit.*, note 13, 21, 24.

⁹⁵ Cf. Nickel, 'Rethinking Indivisibility', *op. cit.*, note 90, 987-91; Nickel, 'Reply to Gilabert', *op. cit.*, note 90.

eux.⁹⁶ D'ailleurs, certaines relations de soutien peuvent ne pas résister à la phase de mise en œuvre lorsque les ressources disponibles sont limitées. Enfin, d'un point de vue international, on peut voir l'indivisibilité comme un moyen pratique d'assurer une certaine coordination dans la mise en œuvre nationale des droits de l'homme. Une telle coordination n'est pas toujours nécessaire du point de vue de la réalisation des droits de l'homme de droit interne dans la mesure où le système juridique et politique tout entier est organisé de manière cohérente.

2. L'indivisibilité des droits de l'homme et leur réalisation

Si l'indivisibilité est davantage qu'un fait observable et constitue aussi une obligation morale et juridique, son rôle principal consiste dans l'encadrement de la réalisation des droits de l'homme. Outre l'obligation morale et juridique de mettre en œuvre chaque droit de l'homme, il existe une obligation de les mettre en œuvre de front.

L'une des implications de l'obligation d'indivisibilité dans la réalisation des droits de l'homme est l'interdiction de fixer des priorités dans leur mise en œuvre. Cette approche correspond à l'idée selon laquelle les droits de l'homme ne peuvent pas être hiérarchisés abstraitement, que ce soit en fonction de leur objet ou leur type. Selon James Nickel, il y aurait une exception pour les cas dans lesquels la réalisation des droits de l'homme n'est pas entière et dans lesquels par conséquent ne pas poser de priorités entre droits de l'homme à réaliser reviendrait à renoncer à leur mise en œuvre *tout court*.⁹⁷

La pratique recèle pourtant d'exemples de priorités entre droits et obligations. On mentionnera, par exemple, la résolution de conflits de droits et obligations par la priorité donnée à l'une des obligations sur l'autre. Un autre exemple est la priorité absolue de ce qu'on appelle parfois le noyau fondamental ou intangible de certains droits de l'homme. Enfin, la disponibilité limitée des ressources peut devoir donner lieu à des choix et donc à des priorités dans la réalisation de certains droits de l'homme par rapport à d'autres. On peut cependant comprendre ces différents exemples comme la confirmation de la mise en balance de l'obligation abstraite d'indivisibilité avec d'autres obligations et intérêts moraux dans des circonstances concrètes auxquelles l'indivisibilité ne trouve pas à s'appliquer. Selon Pablo Gilabert, il n'y aurait donc pas de véritable conflit entre l'indivisibilité, qui ne s'appliquerait pas dans ces cas-là, et la priorité de certains droits sur d'autres.⁹⁸

⁹⁶ Cf. Gilabert, 'The Importance of Linkage Arguments', *op. cit.*, note 90, 431-2 et 434-8.

⁹⁷ Cf. Nickel, 'Rethinking Indivisibility', *op. cit.*, note 90, 994-7.

⁹⁸ Cf. Gilabert, 'The Importance of Linkage Arguments', *op. cit.*, note 90, 432-4.

3. L'indivisibilité des droits de l'homme et leur justification

Le deuxième rôle qui est souvent attribué à l'indivisibilité est de contribuer à la justification des droits de l'homme. En effet, les relations de soutien entre droits de l'homme permettent à un droit d'être invoqué à titre de justification d'un autre auquel il est lié. Selon cette approche, la justification d'un droit interdépendant d'autres droits s'étend donc à celle d'autres droits en relation d'interdépendance.⁹⁹

L'indivisibilité comme justification est utilisée notamment dans le contexte de la justification des droits sociaux. Ceux-là sont souvent justifiés par référence aux droits civils et politiques qui sont en relation d'interdépendance avec eux, dans la mesure où les droits civils et politiques ont besoin des droits sociaux pour être réalisés. On pensera, par exemple, à l'argument d'Henry Shue relatif aux droits fondamentaux que sont la sécurité et la subsistance et dont la justification dépend de celle des droits à la réalisation complète desquels ils sont nécessaires.¹⁰⁰

L'argument de la justification par l'indivisibilité peut être contesté, cependant. Tout d'abord, si l'indivisibilité requiert la réalisation entière d'un droit, son rôle justificateur est limité à ces cas-là aussi. Cela limite donc la possibilité de justification, voire même la rend impossible en raison de l'indétermination de l'obligation et donc de la mise en œuvre des droits de l'homme. Une autre difficulté tient à la nature du tout ou rien de cette approche de la justification. Si l'un des droits interdépendants ne peut pas être réalisé, un autre souffrira non seulement dans sa mise en œuvre mais aussi dans sa justification. Cela est particulièrement problématique dans les pays dans lesquels les droits de l'homme ne sont que peu ou pas encore réalisés, dans la mesure où des priorités doivent être posées.

Les conséquences des limites de l'argument d'indivisibilité en faveur de la justification des droits sociaux ne doivent pas être sous-estimées. D'autres justifications indépendantes doivent donc être recherchées. Cependant, si l'argument de Pablo Gilabert relatif aux effets bénéfiques de l'indivisibilité même en cas de réalisation partielle de certains droits est correct, la réalisation partielle des droits sociaux n'empêche pas leur justification par référence à leur contribution à la réalisation d'autres droits. On pensera, par exemple, à la relation de soutien épistémologique des droits sociaux aux autres droits et ce même en l'absence de réalisation entière des droits sociaux.

⁹⁹ Cf. Nickel, 'Rethinking Indivisibility', *op. cit.*, note 90, 999-1000.

¹⁰⁰ Cf. Shue, 'Basic Rights', *op. cit.*, note 13, 18-20.

Conclusions

La nature à la fois morale et légale des droits de l'homme rend la question de leur mise en œuvre en pratique particulièrement complexe.

Le droit est une pratique normative dans laquelle le passage du « devoir être » à l'« être » a de tout temps suscité les interrogations et polarisé les débats. D'où le caractère central de la question du « pouvoir être » et, plus exactement, de la possibilité de la mise en œuvre du droit pour l'appréciation de son existence et du « devoir être ». On mentionnera, par exemple, les débats actuels relatifs à l'existence du droit international en tant que droit et la place prééminente de son manque d'effectivité dans ces discussions.

Les droits de l'homme, cependant, présentent un certain nombre de particularités par rapport à d'autres normes juridiques qui rendent la question de la relation entre « devoir être », « pouvoir être » et « être » d'autant plus intéressante. Tout d'abord, les droits de l'homme sont souvent à tort conçus comme des droits et obligations dérivés de la nature humaine ou d'un état de fait donné. Ensuite, ils sont le plus souvent garantis de manière abstraite tant sur le plan international que national, ce qui multiplie les étapes de spécification et de contextualisation nécessaires à leur mise en œuvre effective. Enfin, la systématité des droits et obligations liés aux droits de l'homme rend l'isolation de chaque relation de droit difficile et complique d'autant plus la détermination des obligations correspondantes et l'évaluation de la faisabilité de leur mise en œuvre.

Il n'est pas surprenant dès lors que l'effectivité des droits de l'homme ait exercé et exerce encore un pouvoir de fascination sur tous les acteurs de la pratique des droits de l'homme. Grâce à toi, cher Marco, les étudiants en droit de l'Université de Fribourg n'y font désormais plus exception.

