



**HAL**  
open science

# Les droits de l'homme : un cas limite pour le positivisme juridique

Anna C. Zielinska

## ► To cite this version:

Anna C. Zielinska. Les droits de l'homme : un cas limite pour le positivisme juridique. Tracés : Revue de Sciences Humaines, 2014, Penser avec le droit, 27 (2), pp.135-149. <10.4000/traces.6105>. <hal-02925133>

**HAL Id: hal-02925133**

**<https://hal.science/hal-02925133v1>**

Submitted on 17 Oct 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License



**Tracés**

Revue de sciences humaines

27 | 2014

**Penser avec le droit**

---

# Les droits de l'homme : un cas limite pour le positivisme juridique

*Human rights : a borderline case for legal positivism*

**Anna Zielinska**

---



## Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/traces/6105>

DOI : 10.4000/traces.6105

ISSN : 1963-1812

## Éditeur

ENS Éditions

## Édition imprimée

Date de publication : 24 novembre 2014

Pagination : 135-149

ISBN : 978-2-84788-582-8

ISSN : 1763-0061

Ce document vous est fourni par INIST - Centre national de la recherche scientifique (CNRS)



## Référence électronique

Anna Zielinska, « Les droits de l'homme : un cas limite pour le positivisme juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 27 | 2014, mis en ligne le 01 janvier 2017, consulté le 17 octobre 2025.

URL : <http://journals.openedition.org/traces/6105> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/traces.6105>

---



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-ND 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont susceptibles d'être soumis à des autorisations d'usage spécifiques.

# Les droits de l'homme : un cas limite pour le positivisme juridique

ANNA ZIELINSKA

Human rights practice is in flux, and the indeterminate character of my observations reflects this flux

Joseph Raz, « Human Rights Without Foundations »

Depuis leur formulation explicite, les droits de l'homme se heurtent à des difficultés théoriques majeures<sup>1</sup>. C'est souvent sur un concept que l'on tente de les fonder ou de les justifier, le candidat le plus évident étant la « dignité ». Mais la dignité peut-elle être sérieusement considérée comme étant à la fois le fondement des droits et leur source naturelle ? L'analyse historique résiste à une telle interprétation et nous invite à réviser l'histoire de la notion de dignité dans le contexte plus global des « droits ». Pour Oscar Schachter, par exemple, l'idée de dignité reflète, plus qu'elle ne fonde, les changements sociohistoriques des deux cent cinquante dernières années (1983, p. 848). Jeremy Waldron précise, quant à lui, que « le discours moderne sur la dignité doit davantage au discours des droits de l'homme qui a émergé depuis 1948, que ce dernier ne doit à la dignité » (2013, p. 14). Par ailleurs, l'idée de justifier l'existence d'un droit par quelque chose d'extra-juridique ne va pas de soi. Qu'est-ce qu'un droit si ce n'est l'idée contenue dans un texte de loi qui permet de rappeler la légitimité de ses intérêts, quand ceux-ci sont oubliés ou bafoués ?

---

1 Ce texte doit beaucoup aux remarques éclairées des rapporteurs anonymes du comité de lecture de la revue *Tracés*, aux conversations avec Pierre Brunet, ainsi qu'au travail de mise en forme d'Arnaud Fossier. Qu'ils soient remerciés. Ce travail a en outre bénéficié du soutien de la Fondation Maison des sciences de l'homme, de la Commission européenne (programme Action Marie Curie, COFUND, 7<sup>e</sup> PCRD) et de la Fondation Fritz Thyssen. Il a été effectué au Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law d'Heidelberg, en Allemagne.

La tradition du positivisme juridique s'est montrée méfiante face à l'importance que la notion abstraite et non juridique de « droit » prenait dans le discours politique et social. On trouve les premières manifestations de cette hostilité dans les critiques que Jeremy Bentham a formulées contre la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, puis chez Karl Marx<sup>2</sup>. L'une de ces principales critiques est que l'expression « de l'homme » n'ajoute rien à la signification prétendument philosophique et morale de la notion de droit. Mais les choses ont commencé à changer après la Seconde Guerre mondiale et, plus encore, à partir des années 1960, quand les droits de l'homme se sont imposés dans de nombreux discours très variés.

Les pratiques associées à ces nouveaux discours et leurs conséquences politiques réelles ont invité les positivistes à les analyser plus attentivement, de deux façons au moins. D'une part, certains ont jugé que les théories fondationnalistes demeuraient assez insatisfaisantes ; d'autre part, les penseurs plutôt conservateurs ont soutenu que les droits de l'homme représentaient un individualisme moderne allant à l'encontre de l'idée même du droit (c'était notamment la position de Michel Villey). Il fallait donc une théorie qui donnât du sens à la notion de « droits de l'homme », sans que ces derniers soient nécessairement codifiés (c'est-à-dire fassent partie de la loi), mais sans non plus qu'il s'agisse d'entités théoriques reflétant une mystérieuse justice naturelle. L'époque où les droits de l'homme étaient identifiables à de supposés droits naturels semblait en effet révolue (Beitz, 2003).

La proposition probablement la plus complète d'une telle théorie vient de Joseph Raz, théoricien et philosophe du droit contemporain, encore trop peu connu en France. Le présent article retrace la position de Raz, d'abord sur les droits tout court, ensuite sur les droits de l'homme. Ces deux étapes nous conduiront, pour finir, à une évaluation critique de l'approche de Raz. En effet, la théorie générale du droit de Raz ainsi que sa réflexion plus spécifique sur les droits sont censées aller au-delà des divisions classiques entre positivisme juridique et jusnaturalisme. Mais il semble au contraire que la pertinence de cette distinction mérite d'être défendue, surtout dans la perspective d'un recadrage de la pensée sur les droits de l'homme.

---

2 La question de savoir si Marx (notamment dans son texte *Sur la question juive* de 1844) peut être qualifié de positiviste est ouverte, plusieurs auteurs ayant soutenu ou suggéré cette interprétation (Acton, 1967 ; Collins, 1984 ; Campbell, 2004).

## Les enjeux du positivisme

Deux définitions du positivisme juridique semblent aujourd'hui dominantes. L'une défend l'idée que le droit est un phénomène social qui existe effectivement et consiste à fournir un certain type de langage formulant des raisons d'agir (Petroski, 2011, p. 669-670). L'autre, plus courte, proposée par John Gardner (2001, p. 199, 201) notamment, place en son centre l'idée selon laquelle une norme donnée est juridiquement valide et fait partie du droit en fonction de ses sources plutôt qu'en fonction de ses mérites. Mais une telle définition ne fait pas consensus. Pour Brian Leiter, le positivisme comporte à la fois une thèse « sociale », selon laquelle ce qui est considéré comme relevant du droit, dans une société donnée, est un fait social, et une thèse de la « séparation », selon laquelle ce que le droit est et ce qui devrait être sont deux questions séparées (2001, p. 286). Finalement, d'un point de vue conceptuel, le droit correspond à « tout ce qui satisfait au critère de la règle de reconnaissance<sup>3</sup> de la société » (*ibid.*, p. 288).

La thèse de la séparation, comprise comme l'absence de relations nécessaires entre le droit et la morale, semble régulièrement caractériser le positivisme juridique (Coleman et Leiter, 2010, p. 228). Or, Raz regrette la place prépondérante que cette question occupe dans les débats contemporains. Il affirme que la thèse de « non-nécessité », selon laquelle il n'y a pas de connexion nécessaire entre le droit et la morale, est tellement fautive qu'on ne peut y voir la thèse fondatrice du positivisme juridique sans immédiatement invalider celui-ci (Raz, 2003, p. 2). Contrairement à l'interprétation standard, Raz pense donc que la thèse de la séparation et la thèse de la non-nécessité sont distinctes. La thèse de la séparation ne dit en effet qu'une chose triviale : les caractéristiques centrales du droit peuvent certes être formulées en termes non moraux, mais cela ne signifie pas qu'elles soient dépourvues de justification morale. En effet, l'idée, par exemple, selon laquelle le droit constitue une autorité légitime est bel et bien une prétention morale (Raz, 2007, p. 19).

Pourquoi donc le positivisme mérite-t-il d'être défendu et n'est-il pas si trivial ? Certains auteurs, comme Herbert L. A. Hart, voient dans le positivisme la condition de possibilité de désobéir à des lois inacceptables, puisque dans une perspective positiviste, les lois n'ont aucune validité éternelle et indépendante de l'intervention de l'homme. D'autres, comme

---

3 « Règle de reconnaissance » est une notion introduite par Herbert L. A. Hart ; elle constitue un outil permettant de reconnaître le critère de la validité des règles juridiques.

Bentham, considèrent que le positivisme permet de concevoir les réformes ; d'autres encore, tel Waldron, pensent qu'il aide à comprendre l'importance du droit. Cette position normative à l'égard de la théorie du droit n'est pas la seule possible et certains diront que ce ne sont pas les mérites du positivisme, mais l'adéquation de la description qu'il fournit, qui constituent une bonne raison de l'adopter.

Comment donc le positivisme peut-il penser les droits de l'homme ? Comment comprendre – et faut-il l'accepter – le caractère exceptionnel de cette notion (relativement à d'autres entités juridiques) ? C'est en partant d'une réflexion générale et conceptuelle sur « les droits » que Raz, dans ses travaux les plus anciens, a été conduit à penser « les droits de l'homme ». Il constate que tout en étant des instruments politiques, ces derniers vont parfois à l'encontre du droit, dans des contextes de contestation de la souveraineté étatique. C'est en réintroduisant la morale et l'idée d'une certaine universalité des droits de l'homme que Raz entend sortir de cette contradiction.

### **Les « droits » et les « raisons » selon Raz**

Depuis plus de deux siècles, la théorie des droits est traversée par un débat qui oppose ceux qui pensent que les droits sont l'expression de la volonté de l'individu et que leur objectif est de protéger celui-ci contre l'État ou autrui (*will theory*), et ceux qui pensent que les droits font partie du tissu juridique positif et sont là pour protéger les intérêts de ceux qui ne peuvent pas s'exprimer pour réclamer leur dû (*interest theory*). La première interprétation paraît conceptuellement plus simple et de ce fait plus immédiate. On en trouve les origines lointaines chez John Austin au XIX<sup>e</sup> siècle, mais elle a été développée, dans la tradition positiviste, par Hart, pour qui l'individu ayant des droits est « un souverain à petite échelle » (1982, p. 183). Elle peut véhiculer toutefois une conception assez austère aussi bien de l'État que de la société : ces deux entités, au lieu de nous protéger, constitueraient d'abord et avant tout une menace pour notre liberté et les droits seraient des instruments pour lutter contre cette menace<sup>4</sup>.

La conception adverse a d'abord été esquissée par Bentham, pour qui la théorie des droits doit permettre d'identifier ceux qui les détiennent et de « détermin[er] à qui le devoir juridique est dû » (Kramer, 2010, p. 32). Aujourd'hui, Raz est l'un des représentants les plus importants de cette

---

4 Pour une conception contemporaine des droits conforme à la théorie de la volonté ou du choix, voir Steiner (1994).

seconde théorie, dans laquelle la notion d'« intérêt » revêt une importance cruciale. L'image du « souverain » proposée par Austin et Hart y est renversée, puisque la volonté de l'individu passe au second plan par rapport à la manière dont celui-ci s'inscrit dans un réseau de relations avec d'autres personnes. On se défait ainsi de l'individualisme moral entendu comme la « doctrine selon laquelle seuls peuvent être intrinsèquement bons ou avoir de la valeur les états des individus humains ou les aspects de leurs vies » (Raz, 1988, p. 18). Cette position de Raz n'implique pas une forme de paternalisme ni ne suggère qu'une fois nos intérêts reconnus comme droits, nous sommes nécessairement et sans appel détenteurs des droits. Au contraire, Raz laisse ouverte la possibilité de simplement renoncer à un droit (1984, p. 203).

La notion de droits, y compris celle de droits moraux, a pour Raz un sens qui n'est pas aussi absolu que celui promu par les penseurs américains (Robert Nozick, John Rawls et Ronald Dworkin) qui s'opposent à l'« utilitarisme » banalisant le rôle des droits. Raz, en effet, comprend les droits comme étant inscrits dans un réseau de significations conditionné par le contexte et le type de relations sociales impliquées – un employeur et un employé, par exemple, n'ont des droits et des devoirs mutuels qu'en vertu d'une connexion contingente.

### *La définition des droits*

En 1984, Raz propose une définition autour de laquelle il va, par la suite, tisser sa réflexion sur les droits :

[...] « x a un droit » si et seulement si x peut avoir des droits, et, toutes choses égales par ailleurs, un aspect du bien-être de x (son intérêt) est une raison suffisante pour considérer que d'autre(s) personne(s) ont une obligation à son égard. (Raz, 1984, p. 195)

Cette définition situe Raz dans une position proche de l'utilitarisme et donc assez originale par rapport aux défenseurs américains des droits et par rapport aux thèses de Hart. Le droit n'est pas ici un outil dont dispose l'individu pour lutter contre les oppressions venant de l'État (comme chez Nozick) ou de la majorité (comme chez Dworkin), mais il est plutôt un outil permettant de trouver un équilibre entre les intérêts des individus ou des collectivités et ceux des institutions majoritaires. De cette façon, Raz s'inscrit dans la tradition anglo-américaine de *common law*, c'est-à-dire d'un droit qui procède par référence à des cas concrets, et non pas par la construction, dans l'esprit du droit romain, de principes juridiques clairs.

Il résiste ensuite à la tendance politique, surtout américaine, qui fait des droits un objet central de la pensée juridique et politique. Si, au début des

années 1980, son opposition aux auteurs américains cités plus haut n'est pas frontale et s'il prétend alors défendre la complémentarité des approches, sa position semble se radicaliser en 1989, lorsqu'il dit vouloir « contribuer à défier l'orthodoxie en montrant les limites intrinsèques des doctrines concentrées sur les droits » (Raz, 1995, p. 29). Il rejette alors l'idée selon laquelle les droits refléteraient quelque chose de fondamental sur l'homme et selon laquelle les devoirs seraient « indépendants de la projection et la promotion de droits » (*ibid.*). Au contraire, ce sont les devoirs qui donnent un sens aux droits ; ces derniers sont donc impensables sans les devoirs.

Dans ce contexte, la notion de bien-être est centrale pour Raz. Il définit le bien-être individuel comme étant « une poursuite réussie des activités de valeur » (*ibid.*, p. 35) et comme une caractéristique qui préoccupe chacun (sans être toutefois la seule chose qui intéresse les individus). Cette définition ne doit pas être comprise comme l'ont été les assertions de l'utilitarisme au XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire comme un constat contingent portant sur la nature humaine ou sur sa psychologie. Raz insiste sur le fait que sa définition est purement conceptuelle et n'a besoin, pour être validée, de ne se référer qu'à des choses qui sont présentes à l'esprit humain. Parce qu'il « dépend d'objectifs appropriés » (*ibid.*, p. 37), notre bien-être ne peut se concentrer sur la satisfaction des désirs, mais – Raz emploie ici l'expression rendue célèbre par Harry Frankfurt – sur la réussite de ces aspects de notre vie « qui importent pour nous » (Frankfurt, 1988). La réussite est une notion suffisamment large pour inclure les devoirs et, de ce fait, le bien-être individuel intègre le bien-être des autres ; la porte est ainsi ouverte à la notion de devoirs à l'égard de soi-même.

La conception de Raz a été qualifiée d'« approche par le bien commun » (*common good approach*), une « relation d'harmonie plutôt que de conflit entre l'intérêt d'un individu et celui de la société » (Chan, 1995, p. 16). Raz critique ainsi le paradigme de la pensée politique (qui semble être partagé par les libéraux américains et par les marxistes) du conflit permanent qui devrait guider la réflexion sur le droit et la politique. Pour lui, la plupart des conflits ne sont pas aussi antagonistes que ne le laisse croire la position orthodoxe, mais peuvent être résumés à un « honnête désaccord » autour des biens communs, tels que les éléments de patrimoine au sens large, matériel ou non (Raz, 1995, p. 33).

En pensant les droits, Raz relève un paradoxe dans la position orthodoxe : d'un côté, celle-ci donne la priorité absolue aux droits par rapport aux devoirs, et, de l'autre, elle adopte une « conception confrontationnelle des droits qui, en elle-même, fournit de bonnes raisons de rejeter leur statut fondationnel dans la morale » (*ibid.*, p. 34). Il est vrai que, dès que les droits

deviennent des armes contre l'État ou contre d'autres personnes, leur détermination dépend du conflit en question et ne peut pas prétendre à l'universalité – cette caractéristique ne dérange certes nullement les marxistes, mais les représentants de la théorie orthodoxe accordent, eux, un statut moral crucial aux droits.

Raz distingue donc les droits centraux (*core*) de ceux dérivés (*derivative*). On le voit : il n'emploie pas la notion de « droit fondamental » et se détache ainsi de la perspective cherchant une fondation immuable. En revanche, il insiste sur la notion de centre, de noyau, relatif à la configuration d'ensemble du système. Les droits dérivés sont, eux, dépendants des droits centraux, et la relation qui les unit est celle de la justification (Raz, 1984, p. 198). Les droits semblent en effet s'intégrer à une structure dynamique fondée sur deux types de justification : justification par la place dans la hiérarchie et justification par le contexte. Le lien étroit entre les droits et les devoirs introduit par Raz fait que, dès ses premières tentatives de définition des droits, ces deux instances co-agissantes ne cessent de s'équilibrer.

### *Raisons d'agir versus droits*

Ce rééquilibrage des droits et des devoirs s'exprime notamment à travers la notion de *raisons* (relationnelles et contextuelles), qui marque toute l'œuvre de Raz. L'auteur distingue nettement la raison en tant que faculté rationnelle, et les raisons en tant que ce qui motive l'action. Au singulier, donc, la raison est la « capacité générale réflexive de reconnaître les raisons et d'y répondre » (Raz, 2010c, p. 6). Les raisons doivent, elles, être comprises comme ce que nous devrions suivre, comme des points de repère qui sont compréhensibles de l'intérieur d'un cadre de référence. L'explication par « les raisons » se pose certes comme imparfaite, parce qu'incapable de rendre compte de l'ensemble de la normativité, mais aussi comme la seule qui puisse fournir des éléments pratiques aux raisonnements et aux actions.

Cette notion de raisons a joui d'un succès considérable au sein de la philosophie anglophone de la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, pour qui elle s'oppose à l'explication de l'action en termes purement causalistes. Dans cette philosophie, les raisons sont des entités typiquement humaines qui n'ont de sens que dans le cadre de l'action et qui fournissent le lien explicatif suffisant entre l'agent et l'action. On distingue souvent les raisons explicatives (*reasons why*) des raisons normatives<sup>5</sup>. Pour Raz, les faits sont « des raisons, dans la mesure où ils fournissent une explication » (2011, p. 16). Les

5 Les premières distinctions entre les deux types de raisons ont été opérées par William K. Frankena

raisons normatives en revanche – si elles existent, et Raz défend la thèse de leur existence contre John Broome – « ont le pouvoir (elles peuvent le faire) de justifier et d'exiger ce qu'elles favorisent » (*ibid.*, p. 18). La réflexion de Raz sur les droits se développe précisément dans le cadre de cette distinction entre les raisons explicatives et normatives. Les droits sont motivés par des raisons d'agir, par des entités relationnelles, et non par leurs propriétés intrinsèques.

En 1984, Raz donne une précision importante au sujet de la relation entre droits et valeurs, où les raisons jouent un rôle important, dans « On the nature of rights », repris deux ans plus tard dans *The Morality of Freedom* (1988). On y lit d'abord que « les droits sont des conclusions intermédiaires au sein d'arguments qui vont des valeurs ultimes aux devoirs » (Raz, 1984, p. 208). Or, ces « conclusions intermédiaires » que sont les droits sont ensuite utilisées « comme si elles étaient des raisons complètes ». Cela permet de comprendre comment les droits jouent le rôle de monnaie d'échange entre des entités qui, elles, semblent plus concrètes : les valeurs et les devoirs. Raz souligne ensuite que ce sont les droits qui contribuent à rendre possible la vie sociale, « non seulement parce que cela permet d'économiser du temps et de l'énergie, mais surtout parce que cela permet la formation d'une culture commune autour de conclusions intermédiaires partagées », et ce malgré les différences entre valeurs ultimes.

Le fait que Raz ne tente pas vainement de s'extraire de l'ornière de la justification de son cadre normatif fait à la fois la force et la faiblesse de sa position. Il est évident qu'en ôtant aux raisons le privilège de constituer une réalité indépendante, Raz doit trouver un fondement externe à son approche. Or, ce rôle semble assuré (même si cela n'est jamais présenté ainsi) par une conception assez exigeante du sujet de droit (Raz restreint en effet la communauté des sujets de droit à ceux « dont le bien-être a une valeur intrinsèque », 1984, p. 207). Sans proposer ici une critique développée de cette position, il nous faut signaler que, du point de vue juridique, rien n'exige une telle restriction : si un droit est un instrument permettant à une personne ou à un tiers de réclamer quelque chose de protégé par ce droit (par exemple, l'intégrité corporelle), le législateur n'a pas d'obligation de se prononcer sur la nature morale du sujet de ce droit. La question qu'il doit se poser est simplement celle de savoir qui va pouvoir bénéficier de ce droit, et dans quelles circonstances. Le « pourquoi » de cette décision, dont la nature peut être morale, anthropologique, scientifique, politique ou autre, ne fait

---

(1958) qui répondait alors à un article de Werner D. Falk (1945). Pour une réflexion sur le rôle des raisons dans les décisions juridiques, voir Cohen (2010).

pas partie du droit, mais du débat social et des discussions de ceux qui élisent le législateur – car « la législation est presque toujours l'exercice d'un jugement moral ou politique » (Waldron, 1999, p. 160).

## Les « droits de l'homme » selon Raz

### *Contre la conception « traditionnelle » des droits de l'homme*

Les droits, dépendants des devoirs et inscrits dans une sphère relationnelle, peuvent-ils contribuer à la compréhension de la sphère des droits de l'homme? Nous avons vu que Raz écarte la centralité de la dimension conflictuelle dans la conception des droits<sup>6</sup>, alors que les droits de l'homme sont des outils qui sont employés aujourd'hui avant tout dans des contextes de confrontation. Pourtant, Raz conserve non seulement sa conception relationnelle des droits, mais y ajoute une dimension essentiellement morale, certes cohérente avec ses positions précédentes, mais difficile à intégrer à la conception du droit formulée par le positivisme juridique. Raz distingue deux types de théories dans le champ du discours sur les droits de l'homme : les théories traditionnelles, d'une part, qui voient les droits humains comme des « droits importants fondés dans notre humanité »<sup>7</sup> ; les théories politiques, de l'autre, représentées par lui-même et par Rawls. Celui-ci détermine en effet les droits humains comme posant des restrictions à des interventions potentiellement violentes des États, à leur souveraineté (Rawls, 1998 et 2001).

La conception traditionnelle, à laquelle Raz, lui, s'oppose, identifie les droits humains aux droits moraux et parle des qualités essentielles de la vie humaine, dont les droits de l'homme dérivent éventuellement. Il voit de tels droits comme avant tout individualistes et pense que les conceptions qui les promeuvent ne parviennent pas à saisir les relations entre les valeurs et les droits. Ces conceptions, en outre, opèrent des « dérivations » illégitimes

6 Norberto Bobbio a formulé cette conception de la manière suivante : « Le besoin des droits émerge du besoin de se défendre contre l'oppression, contre l'abus du pouvoir et contre toutes les formes du despotisme que nous avons vécues au cours de notre vie. Nous avons demandé des droits en opposition au despotisme, qui n'exigeait que des devoirs de ses sujets, sans leur accorder de droits » (Bobbio *et al.*, 2003, p. 35).

7 Raz cite notamment Alan Gewirth (1982), mais on pourrait aussi invoquer les positions de Michael Perry : « Dans la période qui suit la Seconde Guerre mondiale, une chose entièrement nouvelle a vu le jour : une moralité réellement globale – et en particulier, une moralité globale *politique*. Cette moralité, que je qualifie de “moralité des droits de l'homme”, consiste à la fois en un impératif fondamental servant de base normative aux droits et en des droits humains divers » (2013, p. 1).

en se fondant sur des entités dont la définition ne peut qu'être contestée (l'essence de la nature humaine). Pour finir, elles peinent à comprendre ou à améliorer la mise en œuvre pratique des droits de l'homme, car elles se contentent d'évoquer les caractéristiques de la nature humaine, de la morale et de la personnalité.

Dans la perspective commune à Raz et Rawls, les droits de l'homme se situent non pas dans la nébuleuse abstraite des notions philosophiques, mais au contraire dans le contexte politique immédiat, dans lequel les gens (*people*) peuvent s'opposer aux abus imputables soit aux États, soit aux institutions, surtout au niveau international. Ces droits sont ainsi devenus un élément structurant du paysage politique, le seul qui puisse empêcher les phénomènes tels que l'esclavage, les régimes autoritaires, etc. Rawls retient quatre droits de l'homme : à la vie, à la liberté, à la propriété et à « l'égalité formelle telle qu'elle est exprimée par les règles de la justice naturelle » (2001, p. 65). Il les considère comme étant les conditions nécessaires de toute coopération sociale. Mais pour Raz, il peut bien exister des sociétés coopératives et non totalitaires qui ne respectent pas le droit à la propriété. De façon plus générale, Raz critique le fait que Rawls conçoit la souveraineté comme dépendante des relations entre la société et l'État, ce par quoi il échoue à prendre en compte les relations internationales et les relations avec des institutions telles que l'Union européenne.

La perspective de Raz est donc plus large et met en œuvre la notion de « limites morales », limites qui devraient s'imposer à tous les agents, aux gens, aux États et aux organismes internationaux. Le principal reproche qu'il fait à Rawls rejoint celui qu'il adresse aux représentants de la théorie traditionnelle : l'incapacité à comprendre les relations entre les valeurs et les droits. Raz suggère que nombreuses sont les choses qui peuvent être qualifiées d'inacceptables, d'illégales ou de mauvaises (*wrong*), sans qu'elles aillent à l'encontre d'un droit quelconque. Mais les « limites morales » en question se situent dans le même paysage dynamique et relationnel que les droits tout court ; il n'est donc pas question d'envisager de fondations ou d'universalité à ces limites. Dans cette perspective politique, les droits individuels deviennent des droits de l'homme dès lors qu'ils permettent de donner aux instances extra-étatiques des raisons d'intervenir dans les affaires d'un État (Raz, 2010a, p. 332).

Comme dans ses écrits précédents, Raz ne souhaite pas (du moins, déclare ne pas souhaiter) s'attaquer aux conceptions fondamentales, mais cible uniquement les failles ou les insuffisances des conceptions qu'il critique. Il n'est donc pas surprenant de lire sous sa plume : « Je ne nie pas qu'il puisse y avoir des droits de l'homme universaux, que les personnes auraient

en vertu de leur seule humanité» (*ibid.*, p. 334). En effet, sa critique porte sur l'incapacité de ceux qui les défendent aujourd'hui d'en faire des raisons de limiter la souveraineté, alors que la possibilité de cette limitation se présente à ses yeux comme l'avantage principal des droits de l'homme.

Si Raz précise que son rejet de droits de l'homme universaux ne conduit pas au relativisme moral (p. 335), il souligne qu'un certain relativisme social, « bénin », demeure au sein de son projet. Il suppose en effet que les droits sont relatifs à certaines revendications socialement situées, mais que cela n'interdit pas à ces revendications d'être motivées par des vérités morales universellement valides :

[...] la conception politique des droits de l'homme peut et devrait accepter l'universalité de la morale. Son essence en tant que conception politique est de regarder les droits de l'homme comme des droits auxquels une reconnaissance institutionnelle devrait être donnée et qui transcendent la moralité privée. (*ibid.*)

Les droits de l'homme sont bien rationnels, mais sont dépourvus d'universalité et de fondements puisqu'ils s'appuient uniquement sur le réseau dynamique des relations internationales. Ils n'ont rien de « fondamental », mais « étant donné la signification morale des droits qui établissent les limites morales à la souveraineté, les droits de l'homme sont inévitablement moralement importants » (p. 337).

#### *Des droits individuels en contexte international*

Le langage utilisé par Raz pour parler des droits de l'homme à la fin des années 2000 diffère de sa façon d'évoquer les droits tout court en 1984. Le ton est léger, parfois ironique, lorsqu'il brosse un tableau des débats politiques récents, où la langue des *human rights* est devenue la langue la mieux partagée. Curieusement, il ne tente pas d'analyser le passage sémantique (en tout cas syntaxique) entre le simple « droit » et le « droit humain », mais note qu'« [u]n nombre de plus en plus important de droits sont présentés comme des droits humains, comme le droit au plaisir sexuel » (p. 321-337). La critique, toutefois, ne s'adresse pas directement à la notion même de « droit de l'homme », mais aux tendances fondationnalistes dans le champ des droits de l'homme. Il justifie le fait de ne pas analyser conceptuellement la notion de « droits de l'homme » par l'usage trop indiscipliné de celle-ci et l'inutilité d'une telle analyse dans une perspective politique (p. 337).

Raz accorde une place plus importante à la validité morale des droits en général. Il déclare s'intéresser à des droits juridiques « moralement valides », dont la justification ne dépend pas forcément d'autres droits moraux – puisqu'il ne croit pas en l'existence des droits fondamentaux qui pourraient

être justifiés uniquement en référence à eux-mêmes –, mais d'autres facteurs moralement pertinents qui ne sont pas formulables en termes des droits. Ce qui définit le cœur du rapport du sujet à ses droits est, pour Raz, sa capacité à ne pas profiter du droit qui lui est dû (plus que sa capacité de le réclamer). Pourtant, il réserve une place aux droits qui ne peuvent pas être refusés, comme « certaines libertés fondamentales » (Raz, 2010b, p. 39).

Dans sa théorie, le passage des droits vers les droits de l'homme est lié au changement d'échelle : les droits individuels deviennent des droits de l'homme en contexte international. Nécessitant d'être institutionnalisés, ce sont « des droits moraux que nous avons indépendamment du droit, et c'est pour cette raison que le droit devrait les reconnaître, les appliquer et les protéger » (*ibid.*). Leur spécificité par rapport à d'autres droits est liée à leur « importance exceptionnelle et à leur universalité ». Cette universalité n'est pas, comme pourrait le souhaiter un kantien, fondée sur l'humanité de l'homme, mais sur une pratique actuelle des droits de l'homme qui les rend « universels synchroniquement ». Cela signifie qu'ils peuvent être attribués à toutes les personnes vivantes aujourd'hui, en vertu des conditions de vie que nous partageons, quel que soit le pays (*ibid.*, p. 41). Il n'y a d'ailleurs aucune « raison de principe » d'identifier les droits de l'homme à ces droits synchroniques ; seules des raisons pragmatiques peuvent être évoquées. Ce qui compte, c'est bien l'action politique que le mouvement des droits de l'homme a rendue possible, en brisant le monopole des États et des corporations. En même temps, les droits de l'homme sont impossibles sans les institutions qui les appliquent. Cette précision, de bon sens, limite néanmoins la portée de la lutte pour la reconnaissance des droits en question : ne sont-ils pas « importants et universels » avant d'être reconnus par des institutions suffisamment puissantes pour les appliquer ?

Certes, la position de Raz qui unit une universalité *pratique* et le souci moral général est séduisante, car elle permet de contourner un certain type de débats philosophiques sur la notion d'universalité ou sur la conception de la morale, mais cette indétermination peut aussi être frustrante. Dans une perspective positiviste en effet, l'universalité des droits de l'homme ne peut être morale (même s'il s'agit d'une universalité seulement synchronique et contingente) : elle doit être fondée sur la volonté politique et sur un projet juridique clair, ceci pour mieux garantir sa transparence (du point de vue normatif) et pour rendre son fonctionnement effectif dans le contexte international (du point de vue conceptuel). Si les droits de l'homme sont présentés comme universels en soi, sans que soit jamais précisé le projet qui les soutient – une volonté de démocratie, par exemple, ou un projet social –, ils prêteront toujours le flanc à la critique. Un tel projet de fond

sous-tendant les droits de l'homme est manifeste dans le cas du *Bill of Rights* américain qui présuppose un cadre religieux, mais on peut aussi penser à la prolifération du discours sur les droits de l'homme après la Seconde Guerre mondiale, véritable façade du capitalisme impérial, comme n'ont pas manqué de le souligner certains représentants des études postcoloniales.

## Éléments de conclusion

La force et la nouveauté de la position de Raz consiste dans la valeur qu'il accorde à la pratique des droits de l'homme : cette pratique constitue un point de départ, elle est une donnée qu'un juriste ou qu'un philosophe du droit peut analyser, sans tenter de la fonder. Le paysage des droits de l'homme gagne ainsi considérablement en lucidité, et permet d'écarter aussi bien certains arguments critiques à l'égard des droits de l'homme que d'autres qui tentent de donner à ces droits un fondement abstrait et arbitraire.

La difficulté majeure de la pensée juridique de Raz est toutefois celle de la tradition philosophique dans laquelle il s'inscrit. On a souvent l'impression qu'il suffit de souligner le caractère interactionnel et social de certains phénomènes pour épuiser l'explication qui peut en être donnée. Et Raz lui-même semble diluer la question des droits dans une sphère complexe située à l'intersection des valeurs ultimes, des devoirs, des raisons et de la notion très générale de bien-être. La phrase mémorable du mathématicien et philosophe Frank P. Ramsey, se moquant de l'une des ambiguïtés les plus frappantes de la philosophie du jeune Wittgenstein – lorsque ce dernier essaie d'expliquer comment certaines choses ne peuvent pas se dire (tout en les disant) – dit bien, me semble-t-il, la difficulté principale de la théorie razienne des droits : « Ce que nous ne pouvons pas dire, nous ne pouvons pas le dire, mais nous ne pouvons pas non plus le siffler. »<sup>8</sup>

Luis Moreno Ocampo, le premier procureur de la Cour pénale internationale, a récemment remarqué (bien que l'idée ne soit sans doute pas nouvelle) que « ceux qui ont étudié aux États-Unis ne croient pas dans le droit »<sup>9</sup>. Cette défiance américaine à l'égard du droit reconnu est liée à une certaine conception de l'État perçu comme une menace (pour des raisons historiquement compréhensibles) ; elle s'accompagne d'une grande confiance vis-à-vis de la pratique, dotée naturellement d'une orientation

8 « *But what we can't say, we can't say, and we can't whistle it either* » (Ramsey, 2000, p. 238).

9 Luis Moreno Ocampo, « Max Planck debating series. The judiciary and the public », Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 20 janvier 2014 : « *Those who studied in the US do not believe in law.* »

morale. Ce cadre intègre facilement une conception générale et morale des droits de l'homme comme celle de Raz. Mais c'est précisément ce rapport défiant au droit qui paraît difficile à accepter aujourd'hui, surtout dans le contexte international des droits de l'homme, où il est nécessaire de conserver la transparence et la clarté des objectifs défendus par les institutions désignées pour défendre les droits en question.

Il convient donc de rester vigilants devant les usages hâtifs de la notion de « droits de l'homme » qui, si elle ne fait pas référence à des chartes ou à des déclarations reconnues, peut être réduite à ne fonctionner que comme un étendard idéologique, à l'instar de ces principes moraux qui, énoncés avec suffisamment de sérieux, peuvent servir à justifier quasi tout. Pour garder un certain contrôle institutionnel sur les « droits de l'homme », il faut que ceux-ci ne soient pas compris comme s'ils étaient construits dans un matériau différent de celui des autres types de législations, coutumières ou proprement positives. La proposition de Raz, même si elle est très originale et conceptuellement intéressante, ne semble pouvoir contribuer ni à une meilleure compréhension du fonctionnement effectif du discours sur les droits de l'homme, ni à un affinement normatif de celui-ci. La place accordée à des considérations purement formelles, en particulier aux liens entre la morale et les droits de l'homme, nous éloigne du cœur du débat, c'est-à-dire de l'institutionnalisation des droits de l'homme.

## Bibliographie

- ACTON Harry B., 1967, *What Marx Really Said*, New York, Schocken Books.
- BEITZ Charles, 2003, « What human rights mean », *Daedalus*, vol. 132, n° 1, p. 36-46.
- BOBBIO Norberto, VIROLI Maurizio et CAMERON Allan, 2003, *The Idea of the Republic*, Cambridge, Polity.
- CAMPBELL Tom, 2004, *Prescriptive Legal Positivism. Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press.
- CHAN Joseph, 1995, « Raz on liberal rights and common goods », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, n° 1, p. 15-31.
- COHEN Mathilde, 2010, « The rule of law as the rule of reasons », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 96, n° 1, p. 1-16.
- COLEMAN Jules L. et LEITER Brian, 2010, « Legal positivism », *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, D. Patterson éd., Oxford, Blackwell Publishers, p. 288-248.
- COLLINS Hugh, 1984, *Marxism and Law*, Oxford, Oxford University Press.
- FALK Werner D., 1945, « Obligation and rightness », *Philosophy*, vol. 20, n° 76, p. 129-147.
- FRANKENA William K., 1958, « Obligation and motivation in recent moral philosophy », *Essays in Moral Philosophy*, A. I. Melden éd., Seattle, University of Washington Press, p. 40-81.

- FRANKFURT Harry G., 1988, *The Importance of What We Care About. Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GARDNER John, 2001, « Legal positivism : 5½ myths », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n° 1, p. 199-227.
- GEWIRTH Alan, 1982, *Human Rights. Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press.
- HART Herbert L. A., 1982, « Legal rights », *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, p. 162-193.
- KRAMER Matthew H., 2010, « Refining the interest theory of rights », *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 55, n° 1, p. 31-39.
- LEITER Brian, 2001, « Legal realism and legal positivism reconsidered », *Ethics*, vol. 111, n° 2, p. 278-301.
- PERRY Michael J., 2013, *Human Rights in the Constitutional Law of the United States*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PETROSKI Karen, 2011, « Is post-positivism possible? », *German Law Journal*, vol. 12, n° 2, p. 663-692.
- RAMSEY Frank P., 2000, *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, Londres, Routledge.
- RAWLS John, 1998, *Le droit des gens*, trad. B. Guillaume, Paris, 10/18.
- 2001, *The Law of Peoples, with « The Idea of Public Reason Revisited »*, Cambridge, Harvard University Press.
- RAZ Joseph, 1984, « On the nature of rights », *Mind*, vol. 93, n° 370, p. 194-214.
- 1988, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- 1995, « Liberating duties », *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, p. 29-43.
- 2003, « About morality and the nature of law », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, n° 1, p. 1-15.
- 2007, « The argument from justice, or how not to reply to legal positivism », *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, G. Pavlakos et R. Alexy éd., Oxford, Hart Publishing, p. 17-36.
- 2010a, « Human rights without foundations », *The Philosophy of International Law*, J. Tasioulas et S. Besson éd., Oxford, Oxford University Press, p. 321-337.
- 2010b, « Human rights in the emerging world order », *Transnational Legal Theory*, vol. 1, n° 1, p. 31-47.
- 2010c, « Reason, reasons and normativity », *Oxford Studies in Metaethics*, vol. 5, R. Shafer-Landau éd., Oxford, Oxford University Press, p. 5-23.
- 2011, *From Normativity to Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHACHTER Oscar, 1983, « Human dignity as a normative concept », *American Journal of International Law*, vol. 77, n° 4, p. 848-854.
- STEINER Hillel, 1994, *An Essay on Rights*, Oxford, Wiley.
- WALDRON Jeremy, 1999, « The irrelevance of moral objectivity », *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, p. 164-187.
- 2013, « Is dignity the foundation of human rights? » [en ligne], *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n° 374, [URL : [http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/374](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/374)], consulté le 5 juin 2014.