

Université de Montréal

**Les fondements des droits Humains : la délibération au-delà des approches
naturalistes et politiques**

par Hugo Cossette-Lefebvre

Département de philosophie
Faculté des Études Supérieures

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en philosophie option recherche

Juin 2017

Résumé

Il existe deux familles théoriques principales qui abordent la question des fondements des droits de l'homme : les approches naturalistes et les approches politiques. L'objectif de ce mémoire est d'analyser les limites de ces deux types d'approches et de proposer une manière de les dépasser tout en conciliant leurs avantages respectifs, ce qui sera fait au sein d'une conception délibérative de ces droits. Les approches naturalistes montrent qu'il est important de dégager un fondement indépendant pour garantir le potentiel critique des droits de l'homme. Cependant, elles peinent à développer une réflexion satisfaisante par rapport à leur réalisation institutionnelle; une réflexion politique complémentaire est nécessaire pour identifier les devoirs et les responsabilités associées au régime des droits de l'homme. Or, bien que les approches politiques considèrent directement ces questions institutionnelles, elles font ressortir une difficulté particulière quant au fondement normatif des droits humains. Il est nécessaire de concilier l'affirmation d'un fondement indépendant pour garantir leur dimension critique avec la mise en place d'une discussion politique réelle concernant leur contenu.

Cette conciliation est possible au travers d'une conception délibérative si on considère la délibération comme une théorie de second ordre à l'instar d'Amy Gutmann et de Dennis Thompson. Cela implique que les droits humains reposent sur une reconnaissance réciproque de l'égalité morale de chaque personne. Cette reconnaissance réciproque a des implications institutionnelles autant au niveau national qu'au niveau transnational. Bref, il s'agit ici de voir comment l'identification de normes morales indépendantes et des conditions institutionnelles d'inclusion délibératives peuvent interagir au sein d'un régime des droits de l'homme pour protéger la dignité égale de chaque être humain.

Mots clés : Philosophie politique, droits de l'homme, délibération, démocratie, cosmopolitisme, réciprocité, dignité, inclusion, institutions, société civile, organisation non gouvernementale.

Abstract

There are two main conceptions of human rights that discuss the question of their normative foundations: natural and political conceptions. The objective of this Master's thesis is to point out the limits of each of these approaches and to propose a way to avoid these shortcomings while preserving their respective advantages. This will be made possible through a deliberative conception of human rights. Natural conceptions illustrate that it is important to identify an independent justification to establish the full critical weight of these fundamental rights. However, they struggle to derive a practical reflection from their point of view; a complementary political approach is necessary to identify the institutional responsibilities and obligations associated with a human rights regime. In turn, political conceptions address these institutional questions directly. Nonetheless, their analysis emphasizes a difficulty about the foundations of human rights: it is both necessary to highlight an independent foundation and to inscribe them in a political discussion about their content.

The conciliation of these two requirements is possible through a deliberative conception of human rights as long as we understand deliberation as a second-order theory following the approach of Amy Gutmann and Dennis Thompson. This means that human rights are derived from a reciprocal recognition of the equal moral worth of every other person and that this recognition requires a democratic, inclusive political organisation at both the national and the international level. Consequently, one must see how normative foundational standards interact with inclusive democratic norms within a regime of human rights to ensure the protection of the equal dignity of every human person.

Key words: Political philosophy, human rights, deliberation, democracy, cosmopolitanism, reciprocity, dignity, inclusion, civil society, non-governmental organisation.

Table des matières

Résumé	i
Abstract	ii
Remerciements	v
Introduction	1
1. Le plan du mémoire.....	5
1.1 – <i>Les approches naturalistes et politiques</i>	5
1.2 – <i>Vers une conception délibérative des droits de l’homme</i>	9
Chapitre 1 : Droits de l’homme et nature humaine	13
1. La perspective naturaliste des droits humains	16
2. Une approche critiquée :.....	18
2.1 – <i>Des droits intemporels?</i>	18
2.2 – <i>Une critique infondée</i>	20
2.3 – <i>Une approche non institutionnelle?</i>	26
3. Des problèmes subsistent	31
3.1 – <i>Le problème du monologisme</i>	31
4. La dignité humaine comme fondement?	39
4.1 – <i>Dignité et intérêts : la position de John Tasioulas</i>	39
4.2 – <i>Dignité, droits et groupes minoritaires ou défavorisés</i>	43
4.3 – <i>Dignité et procédure</i> :	46
4.4 – <i>Inclusion et groupes minoritaires</i> :	49
5. Conclusion.....	50
Chapitre 2 : Des Droits de l’homme politiques?	52
1. Une approche institutionnelle.....	54
2. Une approche centrée sur le <i>statu quo</i> ?.....	58
2.1 – <i>Michael Ignatieff et l’identification du plus petit dénominateur commun</i>	58
2.2 – <i>une approche politique de la « mauvaise façon »</i>	61
3. Une approche politique et critique?.....	64
3.1 – <i>Charles Beitz et l’approche « pratique » des droits de l’homme</i>	64
3.2 – <i>Conceptions formelles et substantielles</i>	67
4. Rawls et le consensus par recoupement	71
4.1 – <i>Une proposition trop tolérante?</i>	76

4.2 – <i>Les limites de la raison publique</i>	81
5. Conclusion.....	84
Chapitre 3 : Délibération et droits fondamentaux	86
1. Droits et délibération : la co-originarité du droit et de la morale	87
1.1 – <i>La face de Janus des droits humains</i>	93
1.2 – <i>Délibération et fondements</i>	95
1.3 – <i>Des droits instrumentalisés?</i>	98
2. La délibération comme théorie de second ordre.....	100
2.1 – <i>Les principes substantiels : une dignité humaine ouverte</i>	102
2.2 – <i>La délibération : entre substance et procédure</i>	106
2.3 – <i>Une procédure délibérative encadrée</i>	108
3. Conclusion.....	111
Chapitre 4 : La pratique transnationale de la délibération.....	112
1. Nationalisme et autodétermination.....	113
4.1 – <i>Le problème de l'appartenance</i>	116
2. Le problème de la globalisation	120
3. Le niveau institutionnel (<i>top-down</i>)	121
3.1 – <i>La coopération au-delà de la surveillance</i>	124
4. La société civile internationale (<i>Bottom-up</i>)	127
4.1 – <i>Poudre aux yeux ou potentiel réel?</i>	132
5. Conclusion.....	134
Conclusion.....	136
Bibliographie.....	142

Remerciements

Je tiens d'abord à remercier Christian Nadeau, mon directeur de recherche, pour ses commentaires judicieux tout au long de la réalisation de ce projet. Il a également été d'un très grand support tout au long de ma maîtrise et de mon baccalauréat en science politique et philosophie (PEP). C'est son enseignement, ainsi que celui d'André J. Bélanger, qui m'a motivé à entreprendre des études supérieures et à mener ce projet à terme.

J'aimerais en plus remercier Gabriel Trudeau, Bruno Desautels et Jean-Philippe Richard avec qui il a été plaisant de se perdre au détour de quelques spectacles au Piranha Bar. Un merci spécial va à Jean-François Daoust pour les discussions éclairantes que l'on a eues entre deux verres au St-Élizabeth et qui m'ont permis d'approfondir ma réflexion.

Je dois également beaucoup à ma famille; mes parents, Christian et Hélène, mon frère, Étienne, et ma sœur, Maude, ont été d'un très grand soutien dans mon choix de poursuivre des études supérieures en philosophie.

Ma dernière pensée va à Romy, mon amour, sans qui rien de tout cela n'aurait été possible.

Introduction

Les droits de l'homme occupent une position problématique entre leur réalité institutionnelle et leur dimension critique. Ces droits universels se sont imposés depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, et de manière particulièrement marquée depuis les années 70, comme un vecteur principal de la justice internationale; ils seraient la dernière utopie en mesure de transcender cultures, idéologies concurrentes et frontières nationales pour favoriser l'atteinte d'un monde qui respecte la dignité égale de chaque être humain¹. C'est en plus une utopie qui exerce une autorité internationale certaine. Largement développé en réponse aux atrocités commises lors de la Seconde Guerre mondiale, le régime des droits de l'homme affirme des droits qui devraient être garantis pour chaque personne indépendamment de son appartenance nationale. En ce sens, il signale le fait que la communauté internationale ne peut demeurer silencieuse devant de graves violations de la dignité humaine et que les nations souveraines n'ont pas le dernier mot sur la manière dont elles doivent traiter leur population².

Pour soutenir ce projet, nombreux sont ceux qui soulignent le caractère consensuel de la *Déclaration universelle des Droits de l'Homme* ratifiée en 1948. La Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme, présidée par Eleanor Roosevelt, a en effet sollicité un large éventail d'opinions et de croyances pour accommoder différentes positions morales, culturelles et religieuses³. De nombreux traités et pactes se sont par la suite greffés à la déclaration de 1948 (le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966), le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966), la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (1979), la *Convention relative aux*

¹ Moyn, Samuel. 2012. *The Last Utopia : Human Rights in History*, Belknap Press.

² Voir Lauren, Paul Gordon. 2011. *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, University of Pennsylvania Press, p. 198-201.

³ *Ibid.*, p. 207-211.

droits de l'enfant (1989), etc.⁴). Parallèlement, ce régime a soutenu l'émergence d'institutions formelles (telles que les institutions issues des Nations Unies et des structures régionales) et des institutions informelles (notamment les organisations non gouvernementales (ONG)) chargées de surveiller les différents paliers de gouvernements au niveau mondial et de les tenir responsables lorsqu'ils contreviennent aux droits de leur propre population.

Les droits énoncés dans ces déclarations sont des revendications morales qui jouent un rôle critique par rapport à des situations injustes, et qui jouissent d'une reconnaissance légale institutionnalisée au niveau international. Comme le souligne Todd Landman, les États et les nations devraient être dans l'obligation de les respecter, de les protéger et de favoriser leur réalisation effective⁵. Ils devraient les respecter en évitant toute violation de ces droits; les protéger en empêchant des tierces parties, que ce soit des compagnies privées, des ONG, ou tout autre groupe non étatique, de contrevenir à ces droits; et ils devraient adopter des politiques publiques favorisant leur réalisation dans le but d'éviter qu'ils ne soient que des vœux pieux⁶.

La question des droits de l'homme est cependant confrontée à deux problématiques distinctes, mais indissociables. Il est d'abord important de ne pas surestimer le consensus apparent autour du contenu des droits de l'homme. Le régime des droits de l'homme esquissé ci-haut est composé de divers traités, pactes et conventions affirmant des droits qui ratissent larges et qui sont protégés par des institutions formelles et informelles; on y retrouve autant un droit à la vie et à l'intégrité physique qu'un droit à la démocratie en passant par l'affirmation de droits socio-économiques⁷. Pour certains, cette large diversité des droit illustre une inflation des droits humains, ce qui est

⁴ Landman, Todd. 2013. *Human Rights and Democracy: The Precarious Triumph of Ideals*, Bloomsbury, p. 34-37.

⁵ *Ibid.*, p. 31-32.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, p. 34-36.

perçu comme un problème. En appliquant le statut de droits humains à un trop grand nombre de questions, on arriverait à une dilution de ce concept et de son importance morale fondamentale.

L'enjeu ici revient à circonscrire ce qui est protégé par les droits humains. Considérant que ces droits devraient être universels, il est nécessaire de se poser la question de ce qui est partagé par tout être humain simplement du fait qu'ils sont humains. Une position extrême pourrait même défendre que les expériences humaines et les dispositions comportementales des êtres humains sont trop diverses pour permettre l'identification d'une «nature» fondamentale et universelle⁸. Il n'y aurait aucun fondement réel sur lequel appuyer ces droits. Une position plus modérée pourrait quant à elle défendre que les droits humains, pour pouvoir s'appliquer universellement, doivent être limités à des intérêts qui sont partagés par toutes personnes indépendamment de leurs contextes sociohistoriques⁹. En conséquence, affirmer un droit à l'éducation supérieure ou des droits socio-économiques serait essentiellement contestable vu que ces droits sont ancrés dans des contextes sociaux et historiques particuliers. À l'opposé, d'autres considéreront que ces derniers droits plus contingents sont indispensables à la protection d'un statut humain égal à l'intérieur d'une communauté politique donnée. Bref, les notions même de nature et de dignité humaine, qui devraient être protégées par les droits de l'homme, sont controversées.

Ensuite, la question de la réalisation institutionnelle de ces droits est également problématique. Comme il a été mentionné, le régime des droits humains vise notamment à protéger les individus contre des abus de la part de leurs propres gouvernements par l'institution de divers organismes régulateurs, que ce soit des cours internationales, des organismes des Nations Unies ou des ONG. Cette entreprise fait surgir à son tour son lot de difficultés. L'identification de droits humains

⁸ Nelson, John O. 1990. « Against Human Rights », dans *Philosophy*, Vol. 65, No. 253, pp. 341-348.

⁹ Beitz, Charles. 2009. *The idea of human rights*, Oxford: Oxford University Press, p. 4-5.

abstrait et général peut être insuffisante pour assurer leur protection réelle¹⁰. En d'autres mots, même s'il est possible d'identifier des droits universels, leur application doit prendre en compte le contexte particulier auquel on les confronte pour être véritablement efficace. Cela soulève la question de savoir s'il est toujours pertinent de parler de droits humains universels si leur application requiert nécessairement leur contextualisation.

Ces deux problématiques sont intrinsèquement reliées; non seulement la question même de l'identification des droits et de leurs fondements nécessite de confronter une pluralité de points de vue concernant ce qui fait partie de la nature humaine (surtout lorsque l'on s'inscrit dans une perspective libérale qui reconnaît que ce pluralisme est légitime), mais l'application de ces droits doit en plus prendre en compte la capacité des individus de se prononcer sur leur propre situation et sur leurs propres intérêts dans le contexte qui est le leur.

En ce sens, il est discutable de tenter d'identifier le contenu des droits de l'homme de manière a priori, car une telle tentative ne peut se défaire d'une attitude contestable en soi. Cela est d'autant plus vrai si l'on reconnaît qu'il existe un lien fort entre l'égalité de tous, concept au cœur des droits humains, et la garantie d'une participation politique dans les processus permettant l'identification et l'actualisation de ces droits. Une conception délibérative des droits humains, qui se penche explicitement sur les conditions discursives permettant d'arriver à un accord légitime sur ces questions fondamentales, sera ainsi mise de l'avant du fait qu'elle permet d'accorder ces deux problématiques, soit la question des fondements et les questions institutionnelles.

¹⁰ Pour une telle critique, voir Blattberg, Charles. 2009. «The Ironic Tragedy of Human Rights», dans *Patriotic Elaborations: Essays in Practical Philosophy*, Chapitre 3, McGill-Queen's University Press, p. 43-60.

1. Le plan du mémoire

1.1 – Les approches naturalistes et politiques

Deux grandes familles théoriques contemporaines abordent ces questions : les approches naturalistes et les approches politiques. Les deux premiers chapitres seront l'occasion de faire une revue de la littérature exposant les particularités, les difficultés et les limites de ces deux types d'approches en ce qui concerne les fondements normatifs et les conditions de réalisation des droits humains.

Le premier chapitre se penche sur l'approche naturaliste ou humaniste. Les auteurs qui s'inscrivent dans cette tradition théorique justifient les droits de l'homme en les présentant comme des protections de caractéristiques humaines essentielles. Conséquemment, ces auteurs tentent d'identifier des caractéristiques fondamentales, préinstitutionnelles partagées par toutes les personnes humaines. La capacité de raisonner, d'être autonome, ou des besoins fondamentaux comme la nécessité de se nourrir ou encore d'avoir accès à certaines ressources pour développer pleinement ses capacités sont des exemples de caractéristiques qui sont parfois présentées comme étant foncièrement humaines et dont la protection est nécessaire pour assurer le respect de chaque personne.

Comme le montre Charles Beitz, ces approches possèdent, grosso modo, quatre caractéristiques.

1) Elles identifient des droits qui sont indépendants de tout contexte particulier. 2) Les droits humains seraient en ce sens universels et intemporels vu qu'ils s'appliquent en tout lieu, à toute époque et pour toute personne. 3) De cette manière, le simple fait d'être reconnu comme une personne humaine est suffisant pour justifier la protection de ces droits. 4) Finalement, les droits

identifiés par les auteurs humanistes sont des standards critiques indépendants pour évaluer l'organisation sociale et légale d'une société donnée.¹¹

Ces approches sont néanmoins confrontées à plusieurs critiques, dont une qui identifie une difficulté de taille : les conceptions naturalistes ne peuvent que difficilement reconnaître qu'il existe une controverse légitime entourant la notion de nature humaine. Cette controverse n'est pas néfaste en soi, surtout si l'on s'inscrit dans une perspective libérale reconnaissant un pluralisme légitime concernant ce qui donne de la valeur à une vie humaine, mais il s'agit alors d'une particularité qu'il faut pouvoir confronter. Or, en cherchant à identifier un fondement normatif défini et objectif, les auteurs humanistes n'arrivent pas à aborder sérieusement la question du pluralisme raisonnable qui entoure ce fondement.

La position mise de l'avant par John Tasioulas, auteur naturaliste, permet toutefois d'éviter ce problème. Cet auteur pose la notion de dignité humaine au centre des droits de l'homme. La dignité signifie pour lui que l'on accorde un statut moral prééminent aux êtres humains simplement du fait qu'ils sont humains. Or, cette dignité égale ne présuppose pas la définition d'une nature humaine de manière a priori, mais plutôt la reconnaissance d'une phénoménologie de l'existence humaine qui demeure ouverte. Il arrive donc à proposer un fondement normatif qui est conséquent avec l'existence d'une pluralité de conceptions philosophiques et métaphysiques concernant les fondements de la valeur de la vie humaine.¹²

Néanmoins, comme il sera discuté dans le premier chapitre, la question devient alors de savoir comment il est possible d'identifier les droits qui composent les droits de l'homme. Si l'on accepte qu'il existe un flou légitime au niveau des fondements normatifs justifiant les droits

¹¹ Beitz, Charles R. 2009. *The Idea of Human Rights*, pp. 51-54

¹² Tasioulas, John. 2015. « On the Foundations of Human Rights », p. 53-56

humains, il est nécessaire d'inclure un flottement dans ces droits mêmes. De là, pour répondre à ce flottement, la reconnaissance de l'égalité de toute personne humaine justifie une inclusion politique dans l'élaboration de ces droits. Le premier chapitre permet de voir comment les fondements normatifs des droits de l'homme sont intrinsèquement liés à un droit de participation politique, participation qui est souvent ignorée par l'angle d'approche des conceptions naturalistes.

Le second chapitre aborde les approches politiques ou pratiques. Au contraire des approches naturalistes, les droits ici identifiés sont directement situés dans un contexte sociohistorique. Les auteurs qui s'inscrivent dans cette tradition théorique soutiennent d'ordinaire que les droits humains reposent sur des réclamations (*claims*) que les individus ont envers certaines structures institutionnelles (en particulier les États) en vertu d'intérêts urgents qu'ils ont dans le contexte sociopolitique qui est le leur¹³. De cette manière, à la différence des approches naturalistes, les droits humains et les intérêts et caractéristiques protégées ne sont pas préinstitutionnels, mais ils sont situés dans un contexte politique et social.

Ces approches considèrent directement la question du pluralisme légitime sur la question de la nature humaine vu qu'elles recentrent la manière de définir les droits de l'homme. Suivant les approches politiques, la légitimité institutionnelle de ces normes fondamentales repose d'abord et avant tout sur un accord politique considéré comme légitime et contraignant; les auteurs qui s'inscrivent dans cette famille théorique tentent de définir un processus politique, pratique, au travers duquel il serait possible d'arriver à un accord concernant les droits de l'homme malgré les positions divergentes et concurrentes défendues par ceux et celles qui participent au processus. On ne cherche donc plus ici à protéger une nature humaine intemporelle, mais on met davantage

¹³ Gilabert, Pablo. 2013. « The capability approach and the Debate Between Humanist and Political Perspectives on Human Rights. A Critical Survey ». p. 301.

l'accent sur les interactions entre les individus et sur les protections fondamentales que les individus doivent mutuellement s'accorder en société.

Le second chapitre visera d'abord à exposer deux démarches principales qui se dégagent au sein des approches politiques. La première approche, notamment défendue par Michael Ignatieff, tente de dégager le plus petit dénominateur commun entre les différents États et les différentes sociétés au niveau international. Cet auteur défend qu'il n'est pas pertinent, voire impossible, d'identifier des fondements normatifs qui transcendent les différentes positions au sujet des droits fondamentaux et de la nature humaine. En conséquence, il soutient qu'il faut rechercher le plus petit dénominateur commun entre les positions divergentes, ce qui ne peut se faire qu'au moyen de compromis politiques qui demeurent silencieux sur les fondements métaphysiques de ces droits.

La seconde approche vise quant à elle à dégager les bases de l'accord politique fondant les droits humains à partir de certaines conditions qui devraient garantir l'impartialité de l'accord par rapport aux positions divergentes. De telles approches sont mises de l'avant par des auteurs comme Charles Beitz et John Rawls. Ces deux auteurs tentent, chacun à leur façon, d'élaborer des théories contractualistes qui devraient justifier les droits de l'homme de manière impartiale, l'un par le biais d'une analyse systématique du discours des droits de l'homme, l'autre par la systématisation d'un principe libéral de tolérance.

Néanmoins ces deux formes d'approches, celle défendue par Ignatieff et celle défendue par les deux contractualistes, ont chacune leurs difficultés. La première peine à montrer comment elle se distingue d'un simple *modus vivendi*, alors que la seconde souffre d'un déficit critique. Beitz n'arrive pas à considérer sérieusement des questions substantielles abordant des questions de

divergences de valeurs et Rawls met de l'avant une position qui l'amène à tolérer des injustices graves et qui devraient pourtant être abordées par les droits humains. Notamment, son approche peut tolérer des inégalités significatives entre les sexes, ce qui contrevient à l'égalité de dignité de chaque personne.

La seconde partie de ce chapitre exposera par extension que la tentative politique d'arriver à un accord intersubjectif ne peut être dissocié d'une discussion réelle sur leur contenu et leur application. La recherche d'un accord entre différentes personnes suppose l'adoption de principes qui sont réciproquement justifiables en pratique pour éviter que l'accord soit en fait exclusif. On doit éviter que cet accord recouvre des injustices qui pourraient être ignorées si l'on ne porte pas une attention particulière à l'inclusion de chaque perspective pertinente, et plus particulièrement aux perspectives des groupes marginalisés, au travers d'une délibération ouverte au sujet de ces normes fondamentales.

1.2 – Vers une conception délibérative des droits de l'homme

Les deux derniers chapitres se penchent sur la possibilité de réaliser une telle délibération en ce qui concerne les droits de l'homme. Le chapitre trois aborde plus précisément le lien qui unit la délibération et la notion de droit fondamental. Ce lien est au centre de la philosophie de Jürgen Habermas et est notamment développé dans son ouvrage *Droit et Démocratie*. Il y défend la co-originarité du droit et de la morale; il soutient que la démocratie présuppose certaines catégories de droits fondamentaux qui doivent néanmoins être actualisées au travers d'un processus démocratique inclusif et égalitaire. Dans ce contexte, les droits humains sont considérés comme des conditions nécessaires au respect de tous, ce qui passe par une organisation sociale démocratique, mais ils doivent simultanément être spécifiés

démocratiquement pour être actualisés dans des droits civils au sein d'une communauté politique donnée.

La position habermassienne peine cependant à justifier des droits qui ne sont pas directement liés à la participation démocratique; ils n'ont pas de justification indépendante qui permet de les considérer pour et en eux-mêmes. La notion de délibération telle que décrite par Amy Gutmann et Dennis Thompson sera ainsi mise de l'avant pour éviter cette difficulté. Ces auteurs conçoivent la délibération comme une théorie de second ordre combinant à la fois des principes substantiels, ayant une justification indépendante, et des principes démocratiques procéduraux.

Cette approche pose la réciprocité comme principe fondamental. Ce principe est à la fois substantiel et procédural. Il est substantiel, car la reconnaissance réciproque de chaque être humain comme un sujet de droit ayant une importance morale égale et prééminente justifie l'attribution mutuelle de certaines libertés de base qui protègent les intérêts urgents des individus, d'opportunités de base permettant à toute personne de vivre une vie humaine normale, et d'opportunités équitables de participation politique afin d'assurer la légitimité des décisions communes.

De cette manière, les droits de l'homme sont définis comme des droits fondamentaux qui recourent à la fois des libertés de base et des protections nécessaires à une vie humaine digne en société ainsi que des droits politiques forts garantissant la possibilité de participer à l'élaboration de ces droits en société. La réciprocité englobe donc également des considérations procédurales. Cela signifie qu'il est nécessaire que les discussions politiques communes soient fondées sur la notion de réciprocité, c'est-à-dire que les discussions politiques publiques doivent être poursuivies en des termes qui favorisent la continuation du dialogue entre les positions

divergentes; la discussion politique doit être accessible, c'est-à-dire que le processus de prise de décision se doit d'être transparent et ouvert; finalement, les décideurs politiques doivent être responsables de leurs décisions devant leurs concitoyens.

Suite à cette discussion, le chapitre quatre aborde les implications pratiques de cette position délibérative dans le contexte international contemporain. Trois recommandations principales ressortent de ce chapitre. Premièrement, les nations demeurent des lieux privilégiés de prise de décision collective, car elles permettent de réaliser l'autonomie relationnelle des individus. Une grande attention doit ainsi être portée à l'organisation démocratique nationale et à la notion de citoyenneté pour assurer le respect effectif des droits de chacun. Deuxièmement, il est néanmoins important de tempérer cette première remarque en reconnaissant que la réalité internationale est marquée par une globalisation croissante; c'est-à-dire qu'un vaste éventail de questions échappent désormais au contrôle des nations et des États seuls, que ce soit des questions économiques, sociale, sécuritaires ou environnementales. Cela pointe vers la nécessité de mettre en place des institutions transnationales démocratiques et délibératives favorisant la coordination des différents États et nations. Finalement, il est important de souligner que les institutions formelles ne sont pas les seules qui sont en mesure de promouvoir cette coopération internationale. Suivant la conception de la délibération qui est ici défendue, il est également nécessaire de souligner l'importance de la société civile internationale. Les acteurs qui en sont issus, que ce soit des organisations non gouvernementales, des réseaux transnationaux ou des mouvements sociaux, jouent un rôle primordial pour critiquer les institutions plus formelles et pour favoriser la prise en compte réelle des intérêts des groupes et individus marginalisés.

Bref, ce mémoire est l'occasion d'aborder la question des fondements des droits de l'homme et d'explorer les implications pratiques d'une conception délibérative de ces droits. Une telle

approche permet de répondre aux principales critiques qui sont adressées au régime des droits de l'homme et d'identifier les différentes réformes nécessaires pour que ce régime soit non seulement légitime, mais aussi pour qu'il soit en mesure de confronter les problèmes transnationaux contemporains.

Chapitre 1 : Droits de l'homme et nature humaine

La question des droits humains¹ touche autant les relations internationales entre les États que la protection des individus et des communautés à l'intérieur des États eux-mêmes. Ces droits font partie inhérente d'une tentative de bâtir un monde plus juste, plus respectueux de l'égalité de tous, indifféremment du contexte particulier dans lequel ils se trouvent. Cependant, les fondements normatifs de ces droits demeurent sujets à débat. Cette question, loin d'être anodine, nous informe sur leur importance à l'intérieur des instances politiques autant nationales qu'internationales, sur la place que l'on devrait leur réserver à l'intérieur de nos sociétés démocratiques et sur la manière d'en définir le contenu et l'application.

Tel que mentionné dans l'introduction, deux grandes familles concurrentes se distinguent quant aux fondements normatifs des droits humains. En premier lieu, l'approche humaniste ou naturaliste défend que les droits humains sont des droits préinstitutionnels que tous les individus possèdent de manière égale en vertu d'intérêts fondamentaux liés à leur humanité commune.² L'enjeu ici est donc d'identifier et de définir ces intérêts intrinsèquement liés à la notion d'humanité afin d'arriver à une liste de droits qui les protège. En second lieu, l'approche politique ou pratique (traité au chapitre suivant) soutient que ces droits reposent sur des réclamations (*claims*) que les individus ont envers certaines structures institutionnelles (en particulier les États) en vertu d'intérêts qu'ils ont dans le contexte sociopolitique dans lequel ils

¹ L'expression « droits humains » pourrait être vue comme un calque de l'expression anglaise « *Human rights* » qui devrait plus fidèlement être traduite par l'expression « droits de l'homme » en français. Le choix éditorial est fait ici d'adopter la traduction « droits humains » pour reconnaître implicitement que ces droits incluent une pluralité de déclarations qui peuvent être spécifiques tels que les droits de la femme, les droits des enfants, les droits des communautés, etc. Au fil du texte, les deux expressions sont néanmoins utilisées de manière interchangeable pour limiter les répétitions fastidieuses.

² Gilabert, Pablo. 2013. « The capability approach and the Debate Between Humanist and Political Perspectives on Human Rights. A Critical Survey ». p. 301.

se trouvent³. L'enjeu ici est donc principalement de définir des moyens politiques d'identifier ces droits et de mettre en place des institutions assurant leur protection. Ces deux approches se distinguent donc, grosso modo, sur deux plans. Premièrement, les approches humanistes auront tendance à identifier des caractéristiques préinstitutionnelles qu'il faut protéger, que ce soit des intérêts humains fondamentaux ou des caractéristiques intrinsèquement humaines (par exemple la capacité de raisonner, d'être autonome, ou des besoins fondamentaux comme un besoin de se nourrir, d'avoir accès à certaines ressources pour développer ses capacités, etc.). Les approches politiques auront quant à elles tendances à considérer les intérêts qui doivent être protégés comme des intérêts qui s'inscrivent déjà dans une structure institutionnelle et politique donnée; le droit à un procès équitable ou l'accès à l'éducation supérieure sont des exemples de droits humains indissociables d'un contexte particulier.

On voit de cette manière le deuxième plan sur lequel les approches naturalistes et politiques se distinguent. Elles auront tendance à adopter des angles différents concernant la fonction pratique à accorder à ces droits fondamentaux. Les approches naturalistes vont considérer d'emblée que leur rôle premier est de protéger des caractéristiques humaines fondamentales, alors que les approches politiques vont se concentrer sur leurs effets institutionnels et politiques; ce qui compte ici c'est leur impact dans les relations internationales et sur les relations entre les gouvernants et les gouvernés. Sans être incompatibles, ces deux angles d'approches distincts vont néanmoins avoir tendance à mettre l'accent sur des aspects différents des droits de l'homme.

L'approche humaniste, traitée dans ce chapitre, fait face à certaines difficultés dénoncées par l'approche politique. Celle-ci lui reproche notamment son caractère intemporel et non institutionnel qui la rendrait problématique dans son application à la réalité politique. L'approche

³ *Ibid.*

naturaliste, en cherchant à identifier des caractéristiques universelles qui s'appliquent en tout lieu et à toute époque, serait réduite à n'identifier qu'un cercle extrêmement restreint de droits; par exemple on voit mal comment un droit d'accès à l'éducation supérieure, un droit à la syndicalisation ou un droit à un procès équitable pourraient être appliqués en dehors des États modernes. Cependant, ces critiques reposent davantage sur une caricature des approches naturalistes qui peuvent être adaptées pour répondre à ces difficultés⁴.

Ainsi, il est possible de défendre que ces approches ne sont pas problématiques en soi. Néanmoins, elles demeurent trop monistes. C'est-à-dire que les conceptions naturalistes des droits humains ont tendance à ramener leurs fondements normatifs à une conception particulière de l'être humain et de ses intérêts, ce qui est problématique dans un contexte où on devrait reconnaître l'existence d'un pluralisme raisonnable en ce qui a trait aux conceptions de ce qu'est un être humain et une vie humaine digne.

En ce sens, les approches naturalistes sont insuffisantes pour aborder le lien inhérent entre la dignité humaine et la garantie d'une participation politique. En reconnaissant une égale dignité à tous les individus, on devrait en effet les reconnaître comme des acteurs politiques ayant des points de vue sur leurs propres droits, points de vue qui doivent être considérés.

De là, il apparaît que la réduction des fondements des droits humains à une conception particulière des intérêts et de la nature humaine risque de couvrir des inégalités de pouvoir à l'intérieur même de leur définition. Cela revient à favoriser certains individus ou certains groupes au travers de conceptions faussement neutres. Il sera ainsi montré que les approches naturalistes

⁴ Etinson, Adam et Matthew S. Liao. (2012). « Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights : A False Polemic? », pp. 331-343.

sont insuffisantes par elles-mêmes et doivent être complétées par une réflexion proprement politique sur les fondements et l'application de ces droits fondamentaux⁵.

1. La perspective naturaliste des droits humains

La question des droits humains renvoie intuitivement aux conceptions des droits naturels défendus par des auteurs comme Grotius, Pufendorf, Locke, voire saint Thomas d'Aquin, qui ont tenté chacun à leur manière d'identifier des droits que tout être humain posséderait en vertu de son humanité. Droits qui seraient d'ailleurs identifiables par le seul usage de la raison naturelle. Cette raison naturelle s'oppose aux raisons conventionnelles créées à l'intérieur d'un contexte social, historique, ou institutionnel particulier⁶. Cette tradition se retrouve chez des auteurs contemporains comme John Simmons⁷ ou James Griffin. Ce dernier écrit même que : « [the] secularized notion [of a human right] that we were left with at the end of the enlightenment is still our notion today (...) a right that we have simply in virtue of being human »⁸. John Simmons, quant à lui, soutient que

human rights are rights possessed by all human beings (at all times and in all places), simply in virtue of their humanity. *Natural* rights (...) are those rights that can be possessed by persons in a 'state of nature' (i.e. independent of any legal or political institution, recognition, or enforcement). (...). Only so understood will an account of human rights capture the central idea of rights that can always be claimed by any human being.⁹

Comme le souligne Charles Beitz, suivant cette tradition, les droits humains peuvent être compris comme naturels en deux sens distincts (quoique non exclusif). Il est d'abord possible de comprendre un droit comme naturel en ce sens qu'on le possède indépendamment de nos

⁵ En parallèle, comme il sera discuté dans le chapitre suivant, les approches politiques souffrent d'un déficit lorsqu'elles doivent aborder la question des fondements normatifs des droits de l'homme. De cette manière, les approches politiques comme les approches naturalistes, possèdent leurs limites et difficultés sans que l'une soit en mesure d'englober l'autre.

⁶ Voir Cruft, Rowan, Matthew S. Liao et Massimo Renzo. 2015. « The philosophical Foundations of Human Rights: An Overview », p.4-5 et Griffin, James. 2008. *On Human Rights*. pp.9-14

⁷ Simmons, John A. 2001. « Human Rights in Kant and Locke »

⁸ Griffin James. 2008, *op. cit.*, p. 1-2.

⁹ Simmons, John A. 2001, *op. cit.*, p. 185.

relations sociales, de nos activités, de notre statut ou de notre position sociale. Conséquemment, on restreint les raisons acceptables pour considérer un droit comme un droit humain. On ne peut pas ici faire référence à des raisons ancrées dans un contexte particulier; on doit se limiter aux raisons qui pourraient être accessibles dans un état de nature où on ne retrouve aucune convention sociale établie ni aucune institution quelconque.

Ensuite, dans un second sens, on peut comprendre un droit comme étant naturel du fait qu'il s'agit de la meilleure loi accessible pour une situation donnée. C'est-à-dire que ce sont les droits auxquels arriverait «naturellement» un individu neutre et parfaitement informé. Comme l'écrit Beitz, c'est : « the law one would discover through the use of natural reason if one were perfectly reasonable and had possession of all the relevant facts, including possibly facts about the fixed ends shared by all human beings »¹⁰. Ces deux sens ne sont pas exclusifs, et coïncident parfois¹¹.

Plus précisément, comme le montre Beitz, les approches s'inscrivant dans une tradition naturaliste possèdent généralement quatre caractéristiques. Premièrement, elles identifient des droits qui sont préinstitutionnels (dans un sens logique plutôt qu'historique); leur contenu doit être concevable indépendamment de tout contexte particulier. Ce sont des droits fondamentaux qui transcendent toute organisation ou situation particulière. Deuxièmement, ces droits sont intemporels et universels au sens où ils s'appliquent à tout individu indépendamment de la société dans laquelle il vit et de la culture politique de sa société. Il découle de là, troisièmement, que ces droits sont également universels au sens où ils s'appliquent à toute personne simplement du fait qu'elle est humaine¹². Finalement, les droits identifiés sont des exigences dont la force morale ne dépend pas de conventions particulières ou de loi positives. Ils sont des principes

¹⁰ Beitz, Charles R. 2009. *The Idea of Human Rights*, pp. 51

¹¹ Simmons, John A. 2001, *op. cit.*, p. 95-102

¹² *Ibid.*, p. 52-53

critiques indépendants pour évaluer les conventions sociales ou l'organisation légale d'une société donnée. Ces différentes caractéristiques sont bien sûr interreliées. Par exemple, le fait que ces droits soient préinstitutionnels contribue à leur dimension critique¹³. Vu que les fondements de ces droits sont à trouver dans autre chose que les lois positives ou des croyances communément partagées, ils permettent la définition de normes éthiques indépendantes et transcendantes.

2. Une approche critiquée :

Cette approche est toutefois critiquée, notamment par les auteurs qui développent une conception politique ou pratique des droits humains. Ils reprochent généralement deux difficultés auxquelles les approches naturalistes font face soit 1) la dimension intemporelle des droits qu'elles identifient, ce qui serait incohérent avec le rôle effectif que jouent les déclarations de droits dans l'organisation politique internationale, et 2) le fait que ces approches ne soient pas suffisamment institutionnelles. Elles manqueraient de portée pratique pour être utiles. Ces critiques sont toutefois infondées, comme il sera montré ici-bas.

2.1 – Des droits intemporels?

La dimension intemporelle et universelle des droits humains « naturels », en ce sens qu'ils seraient invariants peu importe l'époque ou l'endroit géographique considéré, est critiquée. Ce qui est en jeu ici, c'est le fait que si l'on fonde ces normes dans le fait qu'ils protègent des aspects fondamentaux, voire nécessaires à l'existence humaine même, alors ils devraient être applicables en tous lieux et à toutes époques. Comme l'illustrent Cruft, Rowan et Liao, par exemple, de la même manière que l'on a besoin de nos jours de nourriture, les individus vivant en Rome antique aussi en avaient besoin; l'accès à la nourriture, en tant que nécessité intemporelle à l'existence

¹³ *Ibid.*, p. 53-54 et Cruft, Rowan, Matthew S. Liao et Massimo Renzo. 2015. *op cit.*, p. 5

humaine, serait donc un droit proprement humain¹⁴. Or, pour les auteurs qui développent une conception politique ou pratique des droits, cette intemporalité est absurde, car ce critère est trop restrictif. Joseph Raz, par exemple, écrit

If people have the right identified by the Universal Declaration as a right to education in virtue of their humanity alone, it follows that cave dwellers in the Stone Age had that right. Does that make sense? Recall the language of the declaration: ‘Everyone has the right to education. Education shall be free at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.’¹⁵

Cet auteur souligne que la distinction entre une éducation primaire, technique, professionnelle et supérieure n’a tout simplement pas de sens à l’âge de pierre, comme à plusieurs autres époques d’ailleurs. Considérant que ce droit n’a de sens que dans des sociétés ayant des conditions proches des nôtres, mais qu’on reconnaît qu’il s’agit d’un droit humain, il serait incohérent de soutenir que ces droits fondamentaux découlent de notre seule humanité¹⁶.

Charles Beitz développe un argument similaire. Il écrit

consider, for example, the rights to social security or, again, to free elementary education (arts. 22, 26). It is reasonably clear from examples like these that its framers could not have intended the doctrine of human rights to apply, for example, to the ancient Greeks or to China in the Ch’in dynasty or to European societies in the Middle Ages. International human rights, to judge by the contents of the doctrine, are suited to play a role in a certain range of societies.¹⁷

Pour ces auteurs, non seulement les droits humains ne sont pas des droits « naturels » vu qu’on ne peut les considérer comme intemporels, mais ils présupposent une société d’une certaine forme. Beitz souligne que ces sociétés où les droits humains peuvent s’appliquer doivent avoir les caractéristiques distinctives de la modernité, soit un système légal minimal (incluant une capacité d’application de la loi (*enforcement*)), une économie incluant une forme de travail salarié pour certains travailleurs (au moins), une participation dans une vie économique et culturelle globale,

¹⁴ *Ibid.*, p. 5

¹⁵ Raz, Joseph. 2010. « Human Rights in the Emerging World Order », p. 40

¹⁶ *Ibid.*, p. 40

¹⁷ Beitz, Charles R. 2009. *The Idea of Human Rights*, p. 57

et une capacité institutionnelle publique de lever des impôts et d'assurer des biens collectifs essentiels¹⁸. Dès lors, la notion même de droit de l'homme serait inséparable d'un contexte socio-historique particulier¹⁹. Raz et Beitz se rejoignent cependant pour affirmer que les droits humains s'appliquent tout de même universellement, quoique de manière synchronique; c'est-à-dire que tous les individus de nos jours, considérant qu'ils vivent dans des sociétés suffisamment modernes, peuvent réclamer ces droits²⁰.

2.2 – Une critique infondée

Toutefois, on peut douter que cette critique soit fatale pour les approches naturalistes. Matthew Liao et Adam Etinson soutiennent que ceux qui développent des conceptions naturalistes ont accès à au moins trois types de raisons pour contourner cette critique. D'abord, pour ces deux auteurs, il existe certains droits qui seraient réellement universels. Ils mentionnent notamment les droits à ne pas être torturé, à ne pas être assassiné, à ne pas être fait esclave, etc²¹. Il serait selon eux possible de défendre qu'au moins certains droits ne seraient pas relatifs à une période historique donnée, mais qu'ils seraient réellement inhérents aux personnes humaines. Néanmoins, en réponse, les auteurs politiques peuvent mettre de l'avant que l'on doit pouvoir s'en remettre à un système de droit minimal supporté par une instance publique ayant la force nécessaire pour faire respecter ces droits pour qu'ils soient effectifs et non pas seulement potentiels. Il est ainsi important de distinguer entre le fait que les hommes des cavernes aient un intérêt fondamental à ne pas être torturé et qu'ils aient un droit humain à l'intégrité physique et mentale entraînant des obligations et des restrictions sur les actions d'autrui. Il ne faut pas perdre

¹⁸ *Ibid.*, p. 57-58

¹⁹ *Ibid.*, p. 58

²⁰ *Ibid.*, p. 58-59 et Raz, Joseph. 2010. *op. cit.*, p. 41

²¹ Etinson, Adam et Matthew S. Liao. 2012. *op. cit.*, p. 337

de vu que les droits humains nécessitent un ensemble de mécanismes institutionnels, juridiques, voire des mécanismes fiscaux pour être effectifs.

Liao et Etnison mentionnent ensuite, qu'il existe plus d'une centaine de tribus non contactées existant encore aujourd'hui et qui ne possèdent probablement ni un système légal, ni une forme d'économie salariée, ni des institutions publiques, mais qu'il serait douteux de dire que les droits humains ne s'appliquent pas à elles²². On devrait donc reconnaître que les droits humains existent et sont applicables même en dehors des caractéristiques modernes des sociétés contemporaines.

Cette deuxième riposte semble toutefois assez faible pour attester du caractère intemporel des droits humains. On pourrait très bien souligner que si l'on peut accorder et protéger les droits humains de ces tribus, c'est justement parce qu'il existe un système international qui vise à assurer le respect de leurs droits. Ainsi, on peut soutenir que les caractéristiques de la modernité doivent s'appliquer au moins à certaines sociétés pour que les droits humains soient inscrits dans un système international et pour qu'on puisse éventuellement inclure les sociétés qui n'ont pas ces caractéristiques. Il est ainsi probable que, pour ces sociétés, on ne puisse faire la distinction entre une éducation élémentaire, technique, professionnelle, ou autre, pour reprendre l'argument de Raz²³, mais que l'on puisse néanmoins reconnaître qu'une forme de droit à l'intégrité physique et culturelle s'applique, d'où pourrait découler un respect de l'intégrité de leur territoire par exemple.

Ces deux auteurs mentionnent une troisième manière de concilier l'affirmation de l'intemporalité et les droits humains qui ne sont pensables qu'en contexte contemporain. Cette voie revient sur la position de Griffin. Ce dernier auteur, qui s'inscrit dans la tradition naturaliste, va parler des droits humains comme des droits possédés par les êtres humains en société; il développe ainsi

²² *Ibid.*, p. 337-338

²³ Raz, Joseph. 2010. *op. cit.*, p. 40

une conception naturaliste ouverte aux variations historiques²⁴. Il distingue en ce sens entre les droits humains de base et les droits humains dérivés ou appliqués²⁵.

Pour ce philosophe, les droits humains ont pour mission de protéger l'agentivité des individus (*personhood*). Il identifie trois critères pour que l'on puisse être considéré comme un agent : 1) un critère d'autonomie, c'est-à-dire être en mesure de choisir son propre chemin dans la vie sans avoir à être dominé ou contrôlé par un autre individu; 2) un critère de capacité, c'est-à-dire que nos choix de vie doivent être réels en ce sens qu'on doit être capable de poursuivre les buts qu'on s'est fixés (et donc les agents doivent avoir accès au moins à certaines ressources minimales (*minimum provision*) pour avoir la capacité réelle de le faire); et 3) un critère de liberté, c'est-à-dire qu'on doit pouvoir poursuivre ce qu'on considère comme une vie digne (*worthwhile*) sans être empêché par la simple volonté d'un autre agent qui aurait un pouvoir arbitraire sur nous²⁶.

Pour Griffin :

Rights may be expressed at different levels of abstraction. The highest level would emerge when we articulate the values that we attach to agency: as I listed them earlier, autonomy, minimum provision, and liberty. Then less abstract characterizations would come about as a result of the application of these highest-level considerations with increasing attention to circumstances. (...) We should expect abstractly formulated rights, when applied to the conditions of a particular society, to be formulated in the language of its time and place and actual concerns, and we should expect no one particularly to notice when the move down the scale of abstraction passes from global to local vocabulary. We should claim that universality is there at the highest levels.²⁷

La pertinence de fonder les droits humains dans une conception donnée de l'agentivité humaine sera discutée plus bas, mais ce qui est intéressant ici, c'est que Griffin concilie une perspective

²⁴ Griffin James. 2008, *op. cit.*, pp. 50.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Griffin James. 2008, *op. cit.*, p. 32-44

²⁷ *Ibid.*, p. 50

naturaliste avec une spécification contextuelle des droits humains sans qu'il y ait d'incohérence. Il y arrive en réservant l'universalité au plus haut niveau d'abstraction²⁸.

Les droits humains ne seraient universels que parce qu'ils servent à protéger l'agentivité humaine. Pour tout agent humain, indifféremment de son époque ou de sa situation, on devrait protéger son autonomie, sa liberté et lui assurer les ressources minimales pour se développer²⁹. Par après, la contextualisation de ces droits abstraits suppose des spécifications différentes. Par exemple, le droit à la vie privée, relié au droit à l'autonomie, prend une teneur différente dans une société où l'usage d'internet est largement répandu par rapport à une société qui n'utilise pas cette technologie.

Cependant, la réponse de Griffin est-elle convaincante? Elle a été la cible de plusieurs critiques³⁰, mais une d'entre elles mérite particulièrement d'être approfondie. Charles Beitz souligne que de proposer une séparation entre des droits primaires (*first order rights*), transcendants et universels, et des droits secondaires (*second order rights*), dérivés des premiers, mène à un dilemme. Selon Beitz :

To remain plausibly within the class of natural rights view, any such theory must build in, from the outset, some normative content, expressed in the form of first order rights with a basis that does not depend on social or institutional contingencies. This requirement exerts pressure to restrict the range of the normative content. But the more restricted the core content, the less extensive the catalog of second order (institutional) rights derivable from it. On the other hand, the desire to arrive at a catalog of second order rights with a breadth that approximates that of the contemporary doctrine of human rights exerts pressure to broaden the core content. There is no reason to doubt that a valid derivation could be produced by introducing appropriate intermediate premises, but any such strategy threatens to exceed the scope of what the underlying idea of "naturalness" will bear.³¹

Par la séparation entre l'existence de droits abstraits et de droits concrets dérivés des premiers, on risque soit de proposer une définition extensive des droits abstraits pour arriver à une liste de

²⁸ Etinson, Adam et Matthew S. Liao. 2012. *op. cit.*, p. 338

²⁹ Griffin James. 2008, *op. cit.*, p. 33

³⁰ voir Etinson, Adam et Matthew S. Liao. 2012. *op. cit.*, pp. 339-343

³¹ *Ibid.*, p. 56

droits suffisants dans un contexte particulier (ce qui nous amène à douter que les droits abstraits soient réellement naturels), soit on arrive à introduire des considérations circonstancielles, ce qui risque de remettre en cause la pertinence même d'une approche naturaliste qui identifie des droits primaires. En effet, quel intérêt ont les considérations naturelles si de toute façon des considérations politiques, sociales et historiques jouent un rôle prédominant dans l'identification de ces droits fondamentaux?

Cependant, comme le soulignent Liao et Etinson, rien n'indique que cette approche excède rompt avec ce qu'implique une approche naturaliste³². Certes, on ouvre la porte à des droits relatifs à une situation sociopolitique particulière, mais il n'en demeure pas moins que ces droits sont reliés à un fondement conçu comme naturel, universel, et qui rejoint en ce sens toute personne humaine. Le dilemme identifié par Beitz n'en serait donc pas vraiment un, tant qu'on trouve un moyen de justifier le passage de considérations naturalistes à des droits contextualisés. Or, c'est précisément que Griffin arrive à faire de manière cohérente. Rien n'indique dans cette critique que la protection d'une agentivité humaine universelle ne joue pas un rôle crucial, malgré l'importance qui est accordée aux considérations contextuelles.

La position naturaliste de John Tasioulas arrive également à surmonter cette dernière critique quoique de manière différente. Ce dernier soutient que les droits humains reposent sur une fondation double, soit une fondation morale, reconnaissant l'égale dignité des individus humains, et prudentielle, qui identifierait objectivement les intérêts humains de base universellement partagés³³. Il écrit ceci au sujet de ces intérêts fondamentaux

For all human beings within a given historical context, and simply in virtue of their humanity, having X (the object of the putative right) serves one or more of their basic

³² Etinson, Adam et Matthew S. Liao. 2012. *op. cit.*, p. 342-343

³³ Tasioulas, John. 2015. « On the Foundations of Human Rights », p. 53-54

interests, for example, interests in health, physical security, autonomy, understanding, friendship, achievement, play, etc.³⁴

Ce qui est intéressant, c'est qu'il reconnaît explicitement l'importance du contexte historique pour identifier les objets sur lesquels portent les droits humains. Dans un autre de ses textes, il va même jusqu'à définir son approche comme étant temporellement relativisée (*temporally relativized*). Dans ses mots : « when speaking about the rights possessed by all humans simply as human, it is appropriate to impose, explicitly or implicitly, constraints on the historical period to which reference is being made »; il ajoute cependant que : « [the] formal feature of universality is still retained, since human rights apply to all those properly designated "human" within the specified historical period »³⁵.

Conséquemment, les droits demeurent fondés sur des normes indépendantes (les intérêts fondamentaux et la dignité égale), bien que ces normes elles-mêmes soient reliées à un moment historique particulier. De cette manière, Tasioulas peut soutenir qu'il est vrai qu'une personne contemporaine ait des droits distincts d'un serf au moyen âge, mais que l'on peut défendre que ce serf possédait lui-aussi certains droits humains cohérents avec sa situation sociohistorique³⁶. Cet auteur, qui s'inscrit dans la perspective naturaliste, arrive à surmonter la critique de temporalité en conciliant droits humains et contexte sociohistorique en insistant sur leur interrelation. Il n'a donc pas besoin d'avoir recours à une distinction entre des droits primaires et des droits dérivés.

Pour Griffin, les droits de base demeurent les mêmes alors que leur spécification change suivant le contexte, alors que pour Tasioulas, les droits s'identifient à des intérêts objectivement partagés qui eux varient d'un contexte sociohistorique à l'autre. Chez Tasioulas ce qui sera considéré comme un droit humain pourrait donc varier, alors que chez Griffin c'est simplement leur

³⁴ *Ibid.*, p. 50

³⁵ *Ibid.*, p. 671

³⁶ *Ibid.*, p. 672

spécification contextuelle qui est relative. Bref, la critique de l'intemporalité n'est pas fatale à l'approche naturaliste étant donné qu'elle peut, dans ses formes raffinées, accommoder des droits spécifiques ou spécifiquement adaptés à une situation sociohistorique donnée tout en soutenant que les droits humains protègent un ou des aspects fondamentaux de la nature humaine.

2.3 – Une approche non institutionnelle?

Une autre critique de l'approche naturaliste des droits humains se retrouve chez Beitz. Il soutient que les droits humains ne peuvent être conçus comme extérieur à une organisation institutionnelle, et que les conceptions naturalistes ne sont donc pas en phase avec les motivations réelles qui sous-tendent le régime international des droits de l'homme³⁷. Pour lui :

Natural rights theories (...) were primarily attempts to formulate constraints on the use of a government's coercive power in circumstances of religious and moral diversity. They were theoretical devices by which legitimate and illegitimate uses of political power to limit liberty could be distinguished (...). But the motivating concern of international human rights is evidently broader (though it certainly includes) the protection of individual liberty against infringement by the state : the human rights of international doctrine, taken as a package, are in their own terms an effort to identify the social conditions necessary for the living of dignified human lives.³⁸

Le projet actuel des chartes de droits humains serait donc plus ambitieux que la simple protection des citoyens face à un gouvernement tyrannique, ambition qui ne serait pas saisie par les théories naturalistes. Considérant que les droits humains font plus que simplement protéger des décisions illégitimes de gouvernements tyranniques, et que ce rôle serait ignoré par les théories naturalistes, on pourrait douter de la pertinence de ces théories qui identifient des fondements contestables, toujours à justifier, et qui, en plus, ne sont plus nécessaires dans la pratique³⁹.

Un tel problème se retrouve chez Tasioulas. Cet auteur, comme cela a été mentionné plus haut, soutient que les droits humains sont des droits moraux partagés par tous en vertu de leur

³⁷ Beitz, Charles R. 2009. *op. cit.*, p. 55 et 57

³⁸ *Ibid.*, p. 57

³⁹ *Ibid.*, p. 72

humanité commune fondés sur leurs intérêts universellement partagés⁴⁰. Cette position s'appuie sur deux niveaux de justifications : elle fait appel à la fois à des considérations morales (la dignité égale des êtres humains) et des considérations prudentielles. De là, il soutient qu'à partir d'un certain seuil (*threshold*) on peut identifier des droits comme étant des droits humains universels. Dans ses mots : « The threshold requires an affirmative answer to the question: do the specified universal interests of human beings, all of them bearers of equal moral worth, generate in the case of each and every one of them duties to secure the object of the putative right? »⁴¹. Il ajoute que les devoirs (*duties*) en jeu ici sont des raisons morales catégoriques, exclusives, sujettes à tout un éventail de réponses morales (blâme, culpabilité, etc.) dans l'éventualité de leur violation⁴². Bref, une réponse affirmative à cette question serait nécessaire et suffisante pour établir qu'un droit humain particulier existe.

Ce seuil soutient donc que si on peut démontrer que tous les êtres humains ont un intérêt suffisant pour imposer une obligation sur tous les autres, alors ce droit existe et doit être respecté. Cependant, il soutient également qu'il faut prendre en compte la faisabilité des droits et des obligations ainsi générées; les devoirs et les droits reconnus doivent être réalisables considérant certains faits de la nature humaine et de la vie sociale dans un contexte donné⁴³.

Or, comme le fait remarquer Onora O'Neil, ce seuil est insuffisant pour identifier qui sont les acteurs responsables de la défense et de la mise en place des droits humains; en d'autres mots, il n'est pas suffisamment institutionnel. En effet, il n'est pas suffisant de dire quels droits sont des

⁴⁰ Tasioulas, John. 2015. *Op. cit.*, p 70.

⁴¹ *Ibid.*, p. 57

⁴² *Ibid.*, p. 57

⁴³ *Ibid.*, p. 51, 57-58.

droits humains, mais il faut également spécifier à qui reviennent les devoirs en contrepartie⁴⁴.

Comme elle l'affirme en parlant de la position de Tasioulas :

The way in which he poses the question leads him to consider the compossibility for duty-bearers taken together to respect or secure a given rights for all supposed rights-holders, but not the compossibility for each duty-bearer of discharging any given right, or indeed a wide range of rights, for a plurality of rights-holders.⁴⁵

Cela devient particulièrement problématique lorsque l'on considère les droits sociaux qui nécessitent non seulement une protection négative (comme les droits à la liberté d'expression ou à la liberté de déplacement), mais qui nécessite en plus une action positive particulière par certains responsables (*duty bearers*)⁴⁶. Certes, les droits comme le droit la liberté d'expression ou à la liberté de déplacement nécessitent une institutionnalisation et des actions positives, mais dans le cas des droits sociaux toute la question de l'allocation effective des biens et des services se pose de manière aigüe et sera potentiellement différenciée suivant la personne à laquelle elle s'applique ou suivant la personne qui a le devoir de l'appliquer⁴⁷. Par exemple, soutenir que c'est l'État ou la famille qui est responsable de garantir un droit à des soins médicaux ne mène pas à des situations similaires.

O'Neil montre également qu'en corollaire, l'identification de ceux qui transgressent ces droits sociaux est plus difficile et nécessite une réflexion extensive sur la dimension institutionnelle de ces droits, ce qui n'est pas inclus dans le seuil identifié par Tasioulas. Qui est à blâmer lorsqu'un village dans une région éloignée du monde manque d'eau ou ne peut garantir une éducation de base à tous? Le gouvernement? La communauté internationale? La société civile? Le fait que la défense d'un droit soit réalisable n'est pas suffisant pour identifier quel acteur ou même quel

⁴⁴ O'Neil, Onara. 2015. « Respons to John Tasioulas », p. 75

⁴⁵ *Ibid.*, p. 76

⁴⁶ *Ibid.*, p. 77

⁴⁷ *Ibid.*, p. 77

type d'acteur doit en être responsable⁴⁸. Une étape de plus, au-delà de l'identification des droits, est nécessaire, ce que n'englobent pas les approches naturalistes, dont l'approche de Tasioulas.

Or, ces difficultés ne sont pas nécessairement fatales pour l'ensemble des approches naturalistes. Tout d'abord, comme le souligne John A. Simmons, ces critiques échouent à montrer que les théories naturalistes ne sont pas nécessaires⁴⁹. Il souligne notamment que plusieurs déclarations importantes suggèrent que les droits qu'elles identifient dérivent d'idées fondatrices ou sont co-dérivées de plusieurs idées sous-jacentes.

Par exemple, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* réfère à la dignité humaine comme principe fondateur⁵⁰. Simmons montre que tout ce que les accords internationaux tentent d'accomplir, c'est d'arriver à un accord qui évite toute référence à des fondements religieux pour permettre un accord large; or, pour cet auteur, cela n'équivaut pas à évacuer toutes conceptions naturalistes séculières qui seraient (du fait de leur sécularité) plus universellement acceptables en tant que fondement possible pour les droits humains⁵¹. En ce sens, la notion de fondement n'est pas superflue, mais est plutôt complémentaire aux questions institutionnelles. Dès lors, il pourrait demeurer possible de simplement amender la position de Tasioulas, par exemple, pour arriver à faire le passage du fondement « naturel » à leur institutionnalisation politique. Il ne manquerait qu'un critère d'application politique à ajouter au seuil naturel identifiant les droits.

Ensuite, face à l'affirmation de Beitz suivant laquelle les théories naturalistes sont déphasées par rapport aux motivations réelles du régime international des droits humains, Simmons défend la thèse selon laquelle les théories naturalistes sont aussi pertinentes pour des soucis autres que la

⁴⁸ *Ibid.*, p. 77-78

⁴⁹ Simmons, John A. 2015. « Human Rights, Natural Rights, and Human Dignity ». p. 149

⁵⁰ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préambule. En ligne http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/frn.pdf. Pour une discussion plus étendue de l'usage de la notion de dignité dans la déclaration, voir Waldron, Jeremy. 2015. « Is dignity the foundation of HR ».

⁵¹ Simmons, John A. 2015. *op. cit.*, p. 149

protection envers un gouvernement tyrannique⁵². Bien qu'historiquement ces théories ce soient développées dans ce but ne signifie pas qu'elles manquent de pertinence pour identifier les conditions nécessaires pour vivre une vie humaine digne.

Prenant l'exemple de la théorie de John Locke, Simmons montre que bien que cet auteur ait été préoccupé par l'imposition coercitive d'un règne catholique sur la population anglaise, sa théorie a influencé d'autres penseurs tels que Jefferson et d'autres pères fondateurs américains pour justifier la protestation contre un gouvernement séculier. Parallèlement, on peut souligner que les théories de Griffin ou de Tasioulas peuvent très bien dépasser le domaine de la tyrannie gouvernementale pour aborder le sujet plus large de vie humaine digne, rattaché à l'agentivité humaine pour l'un et à des intérêts universellement partagés pour l'autre. Ils peuvent ainsi aborder des thèmes tels que les droits socio-économiques des individus ou l'importance d'accorder une éducation minimale à tous les agents humains pour qu'ils aient l'occasion de se développer pleinement; ces approches dépassent la seule protection envers les décisions illégitimes d'un gouvernement donné⁵³. Il est donc important de voir que cette critique repose plus sur une caricature des approches naturalistes que sur une considération réelle de leur portée et de leur importance.

De cette manière, on voit que non seulement ces théories naturalistes peuvent être pertinentes, mais qu'elles peuvent de surcroît représenter un apport inestimable, voire nécessaire à la réflexion sur les droits humains pour les justifier et les identifier. Toutefois, comme on le verra dans la section suivante, cette approche théorique, prise seule, fait face à des problèmes de taille.

⁵² *Ibid.*, p. 149

⁵³ Griffin James. 2008, *op. cit.*, p. 50

3. Des problèmes subsistent

3.1 – Le problème du monologisme

Malgré cette résilience de l'approche naturaliste, une grande faiblesse demeure : elle risque d'échouer, lorsqu'elle est prise seule, à accommoder les divergences raisonnables de points de vue concernant les fondements des droits humains, leur contenu et leur application. Un tel argument est avancé par John Rawls. Dans son ouvrage *Political Liberalism*, il reconnaît l'existence d'un pluralisme raisonnable légitime concernant les conceptions compréhensives, englobantes de la vie, que ce soit des conceptions religieuses, philosophiques, ou morales qui peuvent être fondamentalement incompatibles⁵⁴. Pour cet auteur

No one should expect that in the foreseeable future one of them, or some other reasonable doctrine, will ever be affirmed by all, or nearly all, citizens. Political liberalism assumes that, for political purposes, a plurality of reasonable yet incompatible comprehensive doctrines is the normal result of the exercises of human reason within the framework of the free institutions of a constitutional democratic regime.⁵⁵

Rawls considère que l'exercice même de la raison dans un contexte institutionnel qui permet son libre exercice mène à un pluralisme suivant le fait que tout agent rationnel a la capacité de déterminer ses intérêts, les fins auxquelles il aspire et de choisir les moyens pour y arriver⁵⁶.

Ces agents rationnels peuvent en plus être raisonnables, c'est-à-dire qu'ils peuvent être prêts à proposer des principes et des standards justes (*fair*) pour permettre la coopération de tous. Ces principes sont définis d'une manière telle que chacun peut les accepter volontairement, considérant que tous les autres en font autant⁵⁷. Il s'agit ainsi de règles de conduite réciproques qui peuvent être justifiées et acceptées par tous, à condition de vouloir prendre part à la

⁵⁴ RAWLS, John. 1999. *The law of Peoples*, p. xvi.

⁵⁵ *Ibid.*, p. xvi

⁵⁶ *Ibid.*, p. 50-51 Cela ne revient pas à dire que les agents rationnels sont égocentristes, mais seulement qu'ils sont libres de donner un sens à leur vie et à le poursuivre, sens qui peut très bien inclure l'attachement à une communauté donnée ou une générosité envers autrui.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 49

discussion autour de ces règles⁵⁸. Ainsi, bien qu'il y ait des divergences raisonnables sur les questions concernant la vie bonne⁵⁹, il est néanmoins possible, selon Rawls, de s'accorder sur les questions du juste. Il écrit,

it is by the reasonable that we enter as equals the public world of others and stand ready to propose, or to accept, as the case may be, fair terms of cooperation with them. These terms, set out as principles, specify the reasons we are to share and publicly recognize before one another as grounding our social relations. Insofar, as we are reasonable, we are ready to work out the framework for the public social world, a framework it is reasonable to expect everyone to endorse and act on, provided others can be relied on to do the same.⁶⁰

On voit donc clairement la dimension contractualiste de cette pensée qui vise à identifier des règles communes acceptables pour tous, malgré des divergences profondes en ce qui concerne les conceptions de la vie bonne.

Il développe en ce sens la notion de raison publique pour permettre la discussion entre les doctrines compréhensives divergentes, voire incompatibles, et pour arriver à une justification que chacune peut accepter sans être incohérente avec elle-même. Cette raison publique, explique Rawls, a deux rôles distincts, mais analogues suivant qu'on l'applique à une démocratie constitutionnelle ou au niveau international. Comme il l'écrit « [the] first is the public reason of equal citizens of domestic society debating the constitutional essentials and matters of basic justice concerning their own government; the second is the public reason of free and equal liberal peoples debating their mutual relations as peoples »⁶¹. Dans les deux cas, elle est publique de trois façons : 1) c'est la raison des participants à l'élaboration du contrat (que ce soit les citoyens ou les représentants des peuples) qui sont libres et égaux, c'est donc littéralement la raison du public, 2) son sujet est le bien commun vu qu'elle concerne des questions de justice politique fondamentales (soit des questions constitutionnelles ou des questions de justice de base) et 3) sa

⁵⁸ *Ibid.*, p. 50

⁵⁹ Voir Rawls, John. 1993. *Political liberalism*, p. 54-58

⁶⁰ *Ibid.*, p. 53-54

⁶¹ RAWLS, John. 1999. *The law of Peoples*, p. 55

nature et son contenu sont publics; c'est-à-dire qu'elle est exprimée suivant des conceptions politiques raisonnables qui devraient satisfaire le principe de réciprocité; son contenu devrait être exprimé dans des termes recevables par tous, indépendamment de leurs conceptions morales, philosophiques ou religieuses particulières⁶².

Cette conception des relations politiques raisonnables a des répercussions sur la question des droits humains au niveau international. En ce qui concerne les théories naturalistes, Rawls considérera qu'elles sont à exclure parce qu'elles s'inscrivent dans des doctrines compréhensives et qui ne sont donc pas justifiables pour tous les points de vue raisonnables. Cela s'explique du fait qu'elles fondent les droits humains sur des conceptions théologiques, philosophiques ou morales offrant un portrait compréhensif de la personne humaine⁶³. On ne peut donc pas les utiliser dans une discussion encadrée par la raison publique, car aucune de ces théories ne pourrait recevoir l'assentiment des tous ceux qui doivent être pris en compte au niveau international⁶⁴.

Les droits humains, qui font partie de la loi des peuples que Rawls cherche à identifier pour régir l'ordre international, ne sont donc pas légitimes s'ils sont fondés dans une conception naturaliste, car certains peuples, que l'on devrait considérer autant que tout autre, pourraient souscrire à des

⁶² *Ibid.*, p. 133

⁶³ *Ibid.*, p. 81

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 23-25 et 71-78. Rawls inclut ici les peuples libéraux et les peuples qu'il appelle les peuples bien ordonnés. Les peuples libéraux sont définis par Rawls comme les peuples possédant un gouvernement constitutionnel et démocratique qui sert leurs intérêts fondamentaux (qui est donc sous le contrôle effectif des citoyens), dont les citoyens partagent des sympathies communes (*common sympathies*) (c'est-à-dire une forme de culture commune qui les motive à continuer de s'inscrire sous le même gouvernement), et qui possèdent un certain caractère moral (c'est-à-dire qu'ils sont organisés suivant des principes et des normes raisonnables) (pp. 23-25). En ce qui concerne les peuples non-libéraux mais décents, Rawls les utilise pour montrer que suivant l'établissement des droits humains en tant que normes internationales suivant la raison publique, l'on pourrait tolérer certains peuples non-libéraux. Soit les peuples qu'il décrit comme des sociétés décentes hiérarchiques, dans lesquelles l'on retrouve des mécanismes de consultation (pp. 71-78). Il s'agit donc grosso modo, de sociétés non-libérales où les citoyens ne sont pas tous égaux, qui respectent les droits humains qu'il identifie et qui respectent les droits des autres peuples.

doctrines religieuses, philosophiques ou morales incompatibles⁶⁵. Rawls, en parlant des droits humains, écrit

[these] rights do not depend on any particular comprehensive religious doctrine or philosophical doctrine of human nature. The Law of Peoples does not say, for example, that human beings are moral persons and have equal worth in the eyes of god; or that they have certain moral and intellectual powers that entitle them to these rights. To argue in these ways would involve religious or philosophical doctrines that any decent hierarchical peoples might reject as liberal or democratic, or as in some way distinctive of Western political tradition and prejudicial to other cultures.⁶⁶

Les droits humains doivent donc être inclus, suivant la pensée de Rawls, dans la raison publique pour permettre l'accord effectif des peuples bien ordonnés autour de la loi des peuples régissant leurs interactions. C'est ainsi qu'il en vient à identifier les droits qui devraient régir la sphère internationale à partir d'une conception politique des droits humains qui sera développée en détail dans le chapitre suivant.

Bref, il n'est pas question ici d'imposer le cadre d'une approche politique aux approches naturalistes, mais plutôt de souligner qu'il existe des positions compréhensives concurrentes quant au fondement des droits humains et, par extension, quant à leur contenu. Que ce soit des approches chrétienne, musulmane, hindou, libertarienne, kantienne, utilitariste ou autre, les approches naturalistes devraient à tout le moins être en mesure de confronter ce pluralisme et d'y répondre. Cela est d'autant plus important dès lors que l'on considère, comme Rawls, que ce pluralisme est non seulement factuel, mais légitime et inévitable.

3.1.2 – Une critique méritée? : Le cas de James Griffin

Cependant, cette critique est-elle fondée? On peut voir aisément comment chez certains auteurs naturalistes, comme Hobbes par exemple, la définition du droit naturel repose sur une supposée « nature humaine » qui est en fait une définition partielle qui ne peut prétendre à

⁶⁵ *Ibid.*, p. 68

⁶⁶ *Ibid.*, p. 68

l'universalité⁶⁷. Or, cela est moins clair pour les conceptions contemporaines plus sophistiquées de James Griffin et de John Tasioulas, notamment, qui ont été développées ci-haut et qui ont résisté aux autres critiques.

Tasioulas tente explicitement d'éviter cet écueil et on verra dans la prochaine section s'il réussit dans cette tâche. Cependant, cette critique peut être adressée avec beaucoup de force à la position de Griffin. Cet auteur soutient que, par la définition de l'agentivité normative, on arrive à poser un cadre normatif suffisant pour générer le contenu des droits humains. Son approche permet ainsi de justifier tout un éventail de droits qui vont des libertés de base nécessaires aux agents aux prestations sociales minimales pour assurer leur autonomie⁶⁸. Néanmoins, on peut douter que cette position soit suffisamment pluraliste pour pouvoir être convaincante dans un contexte pluraliste.

Une première objection à adresser à la position de Griffin est de souligner que de mettre l'accent sur l'agentivité est problématique lorsque l'on considère les individus dont cette caractéristique a été systématiquement niée. Par exemple, les personnes tenues en esclavage ou les personnes vivant sous un système totalitaire sont dans un contexte tel qu'elles ne peuvent former un projet de vie autonome et libre⁶⁹; en d'autres termes il serait nécessaire de considérer plus que l'agentivité effective pour reconnaître qu'une personne est réellement humaine. Or, Griffin répond ceci à cette critique facile

⁶⁷ Hobbes, Thomas. 2000 (1651). *Léviathan*, trad. Gérard Mairet, Gallimard. Les critiques féministes de Hobbes sont particulièrement pertinentes pour faire ressortir sa dimension partielle et genrée dans sa définition de la nature humaine et des droits qui en découlent. À ce sujet, voir Tickner, J. Ann. 1988. « Hans Morgenthau's principles of political realism : A feminist reformulation », dans *Journal of International Studies* n° 17, pp. 432-436.

⁶⁸ Griffin, James. 2008. *Op. cit.*, p. 32-33

⁶⁹ Raz, Joseph. 2010b. « Human Rights Without Foundations », dans *The philosophy of International Law*, Samantha Besson et John Tasioulas (éd.), Oxford: Oxford University Press, p. 325. Une telle objection est notamment soulevée par Boylan, Michael. 2014. *Natural Human Rights : A theory*, Cambridge (UK) : Cambridge University Press, p. 145-146.

that is not the picture of agency at the heart of my account of human rights. My somewhat ampler picture is of a self-decider (i.e. someone autonomous) who, within limits, is not blocked from pursuing his or her conception of a worthwhile life (i.e. someone also at liberty). If either autonomy or liberty is missing, one's agency, on this ampler interpretation, is deficient.⁷⁰

Le problème, comme le montre Joseph Raz, est que suivant cette réponse on constate que l'approche de Griffin est soit trop faible pour être convaincante, soit trop compréhensive pour être acceptable vu qu'elle ne peut éviter d'inclure une conception de la vie bonne.

Une première avenue est en effet de comprendre l'agentivité (*personhood*) de manière très minimale pour qu'elle soit acceptable par un large éventail de positions compréhensives, soit comme la capacité de formuler des intentions. De cette manière, il serait possible de soutenir que cela s'applique à l'ensemble des êtres humains et qu'il est en conséquence possible d'identifier des droits réellement universels, largement incontestables qui vont protéger cette capacité. Ce qui est alors protégé par les droits humains est cependant à un tel point minimal qu'on peut se demander si c'est vraiment ce qui est visé par ces normes⁷¹. Par exemple, elles pourraient protéger contre la déshydratation sévère, contre l'inanition ou encore contre l'exposition à des situations qui affectent de manière sévère notre capacité à réfléchir et à formuler des intentions, mais peinent à justifier des protections plus larges⁷².

On voit mal comment cette protection minimale pourrait inclure une protection contre l'esclavage, les arrestations arbitraires ou des traitements dégradants par exemple s'ils ne portent pas atteinte à la capacité des agents de formuler des intentions⁷³. Un consensus serait donc possible autour de l'agentivité ainsi comprise, mais elle est clairement insuffisante pour assurer une protection significative des individus et des communautés contre des attaques envers leur

⁷⁰ Griffin, James. 2008. *Op. cit.*, p. 46

⁷¹ Raz, Joseph. 2010b. *Op. cit.*, p. 325

⁷² *Ibid*

⁷³ *Ibid*. Par exemple, cela pose le problème du maître bienveillant qui respecterait globalement ses esclaves, mais qui, dans les faits, demeure leur maître.

dignité physique et mentale; le standard autour duquel on pourrait s'entendre au niveau de l'agentivité est simplement trop faible.

Cependant, Griffin adopte explicitement une autre avenue qui comprend l'agentivité de manière plus large. Tel qu'il a été mentionné plus haut, cela inclurait la capacité de formuler et de poursuivre un projet de vie que l'on valorise (critère d'autonomie), d'avoir les outils minimaux pour se faire, donc d'avoir accès à des ressources minimales (critère de capacité) et d'être suffisamment libre (critère de liberté)⁷⁴. Le problème c'est que cette conception peut difficilement faire l'objet d'un consensus entre des conceptions concurrentes de la vie bonne et ne peut donc pas être présentée comme objective ou incontestable; les questions de quels droits humains devraient exister et de quelle manière il est légitime de les identifier demeure ainsi en suspens.

On peut d'abord se demander comment il faut agencer les trois dimensions fondamentales identifiées par Griffin : l'autonomie, les ressources minimales et la liberté. Comme le souligne Michael Boylan, suivant les théories de l'action, qui mettent l'accent sur les conditions nécessaires aux agents pour qu'ils puissent réellement agir dans le contexte qui leur est donné, on pourrait soutenir que c'est la question des ressources accessibles qui devraient prédominer⁷⁵. Au contraire, suivant des théories de l'esprit insistant sur les caractéristiques internes aux agents, la question des ressources pourrait être minimisée par rapport à la question de l'autonomie⁷⁶.

Plus profondément, la question même de l'agentivité est une question floue, contestable, et qui apparaît comme un fondement douteux d'une conception « naturelle » des droits humains. Raz souligne en effet que la conception de Griffin soulève de nombreuses questions et,

⁷⁴ Griffin, James. 2008. *Op. cit.*, p. 33

⁷⁵ Boylan, Michael. 2014. *Op. cit.*, p. 147. pour une description plus détaillée des théories de l'action en lien avec la questions des droits de l'homme. voir Boylan, Michael. 2014. *Op. cit.*, p. 149-195

⁷⁶ *Ibid.*, p. 147-148

malheureusement n'offre pas de piste pour y répondre. Prenons par exemple la condition suivante : « one must [be capable to] choose one's own path through life – that is, not be dominated or controlled by someone or something else »⁷⁷. Cette notion même de contrôle est un seuil dont la définition varie suivant notre conception de la vie bonne; est-ce que vivre dans une famille particulièrement sévère ou contrôlante, ou encore le fait de signer un contrat d'une dizaine d'années pour un employeur en contrepartie du financement d'études postsecondaires devrait nous amener à conclure que certaines personnes sont moins des agents que d'autre vus qu'elles se retrouvent dans ces situations⁷⁸?

Griffin doit mettre de l'avant une conception riche de la personne pour pouvoir répondre à ces questions et, de cette manière, sa théorie va trop loin et ne peut plus échapper à des débats légitimes entourant la nature de la personne et les conditions nécessaires à la protection de l'individualité. Cependant, Griffin ne fournit pas de méthode pour répondre à ces questions pourtant légitimes⁷⁹. On voit ici toute la difficulté de définir d'avance les critères suffisants et nécessaires à la fondation de droits humains. Comme le montre l'exemple de Griffin; soit on doit se limiter à des protections triviales qui sont clairement insuffisantes pour assurer une protection significative des individus, soit on arrive à des fondements qui risquent d'être, en eux-mêmes, contestables⁸⁰.

⁷⁷ Griffin, James. 2010. *Op. cit.*, p. 33

⁷⁸ Raz, Joseph. 2010b. *Op. cit.*, p. 325-326

⁷⁹ *Ibid.*, p. 326-327

⁸⁰ Cette discussion sera développée lors de la discussion autour de l'approche Rawlsienne au prochain chapitre.

4. La dignité humaine comme fondement?

4.1 – Dignité et intérêts : la position de John Tasioulas

Face à ces difficultés, Tasioulas, quant à lui, centre sa position autour de la notion de dignité humaine. Bien sûr, il y a plusieurs manières de tenter de définir ce qu'est la dignité. On peut vouloir rechercher une définition politique où la dignité n'est que la possession de certains droits, ou on peut vouloir la définir comme une capacité de réaliser une dimension fondamentale de notre humanité⁸¹. Tasioulas défend cependant une approche sensiblement différente. Pour lui, la dignité humaine est associée à un statut moral particulier, mais qui ne consiste pas dans le fait de posséder certains droits ou une capacité réalisable en soi. Il décrit en ce sens son approche de la dignité comme étant fondé dans la nature humaine. Il écrit

What it is to be a human being, the ontological basis of human dignity, is an inexhaustible topic. But in broad outline it consists in the fact that human belong to a species which is in turn characterized by a variety of capacities and features: a characteristic form of embodiment; a finite life-span of a certain rough duration; capacities for physical growth and reproduction; psychological capacities, such as perception, self-consciousness, and memory; and, specifically rational capacities, such as the capacities for language-use, for registering a diverse range of normative considerations (including evaluative considerations, prudential, moral, aesthetic, and others besides), and for aligning one's judgments, emotions, and actions with those considerations. Call this the human nature conception of human dignity, insofar as it grounds the value of human dignity in the characteristic elements that constitute human nature.⁸²

Or, il ajoute que cette liste hétérogène est subsumée dans une conception phénoménologique de la vie humaine qui n'implique pas nécessairement une conception philosophique ou métaphysique invariante, voire essentialiste de l'humain.

L'auteur retire deux conséquences de cette position. D'abord, elle ne fait qu'affirmer l'égalité morale des êtres humains en affirmant leur importance égale, sans, par soi-même, supporter un

⁸¹ Tasioulas, John. 2015. *Op. cit.*, p. 49-50

⁸² *Ibid.*, p. 54

statut social, politique ou légal défini à conférer à ces individus moralement égaux⁸³. Ensuite, la possession de ce statut égal est relative au fait qu'un individu possède une « nature » humaine. Conséquemment, la dignité humaine est également partagée par tout être humain indépendamment d'autres caractéristiques triviales, comme le sexe, l'ethnicité, ou des caractéristiques personnelles telles que la vertu morale ou le mérite⁸⁴. Tasioulas est ainsi en mesure d'éviter la problématique dans laquelle nous entraîne la position de Griffin en laissant ouverte la définition exacte de la nature humaine tout en lui assignant une dignité certaine.

Tasioulas soutient qu'une fois qu'on ajoute cette dignité égale aux intérêts universellement partagés par les individus, alors on peut voir comment les droits identifiés à partir de son seuil décrit plus haut peuvent résister à un marchandage utilitariste. Considérant que les individus possèdent ces droits en vertu de leur valeur morale égale du fait qu'ils font partie de l'espèce humaine, alors ces droits humains ne peuvent être subsumés sous des considérations utilitaristes englobantes⁸⁵.

Il concède également que la notion de statut moral égal peut être utilisée pour établir d'autres standards moraux, reliés aux droits humains par le biais des intérêts. Il illustre son point avec l'interdiction morale de traiter certains groupes de manières discriminatoires, que ce soit les femmes, les homosexuels, les minorités religieuses, etc., du fait que ce traitement odieux transmet l'idée que ces groupes compteraient moins que d'autres⁸⁶. Or, selon Tasioulas, c'est seulement lorsqu'un tort tangible est fait à un intérêt fondamental qu'on peut parler d'atteinte aux droits humains. Pour lui, un standard qui ne considérerait que la dignité humaine serait porté à se pencher simplement sur certaines sortes de torts purement symboliques, soit des attitudes ou des

⁸³ *Ibid.*, p. 54

⁸⁴ *Ibid.*, p. 55

⁸⁵ *Ibid.*, p. 55-56

⁸⁶ *Ibid.*, p. 56

conduites qui ne font qu'exprimer l'idée selon laquelle un groupe est inférieur à un autre, sans porter atteinte à des intérêts réels, à la qualité de vie des individus⁸⁷. C'est pourquoi il rejette cette possibilité pour mettre de l'avant un standard centré sur les intérêts concrets des individus.

Un problème surgit cependant considérant que notion de tort elle-même risque d'être une notion contestable suivant différentes doctrines philosophiques ou religieuses. Bref, cet auteur n'arrive pas, même en ajoutant la notion de dignité égale, à éviter des désaccords raisonnables sur le contenu des droits humains, alors même qu'il prétend identifier un seuil objectif pour les déterminer.

Ce point peut être illustré par un exemple de l'auteur. Tasioulas prend l'exemple d'un voyou (*thug*) néonazi qui profanerait un cimetière juif pour exprimer l'idée selon laquelle les juifs seraient inférieurs. Selon lui, ceci n'a pas à être considéré comme un tort digne d'être subsumé sous la notion des droits humains puisqu'il est purement symbolique. Il écrit

But it is hardly a coincidence that *arguably* no human rights violation is perpetrated in this case and the reason for this is the difficulty of regarding the dead as having interests capable of being harmed. There is no compulsion to resolve the question either way, however. The key point is that human dignity has an indispensable role in justifying human rights, but that it characteristically plays this role in intimate alliance with universal human interests⁸⁸.

Il semble assez curieux que l'auteur considère qu'il n'y ait pas de besoin de trancher la question, alors que des droits humains, des droits fondamentaux qui touchent à l'égalité morale entre les individus, pourraient être en jeu (comme semble le concéder Tasioulas lui-même). En effet, cet acte haineux particulier pourrait être considéré comme une violation des droits de la communauté juive visée, qui voit sa liberté religieuse et son statut d'égal brimés par cet acte.

Il est important de voir qu'il est possible de dépasser les seuls intérêts des victimes directement identifiables (soit les morts dont les sépultures ont été vandalisées) pour considérer le droit plus

⁸⁷ *Ibid.*, p. 56

⁸⁸ *Ibid.*, p. 56. Nous soulignons.

large de la communauté de ne pas être l'objet d'actes visant à attaquer sa dignité. D'ailleurs, ce genre d'acte peut être condamné sur la base du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, document de l'ONU adopté en 1966 complétant la charte des Droits de l'homme; en effet l'article 20.2 stipule que : « [tout] appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi »⁸⁹. Ce pacte incite ainsi les législations nationales à adopter des lois interdisant de tels actes⁹⁰.

La question des actes et des discours haineux (*hate speech*) est une question délicate. La délimitation exacte de la haine ou de l'expression d'une hostilité demeure complexe, notamment du fait que cela fait jouer des dimensions psychologiques, émotionnelles et contextuelles⁹¹. Mona Elbahtimy, qui étudie l'évolution légale de ce droit international dans le temps, souligne également qu'il est difficile de prouver le lien causal entre l'acte haineux et les torts qui en découlent, preuve d'autant plus difficile qu'elle touche souvent des communautés partageant une identité raciale, religieuse ou autre plutôt que des individus particuliers à proprement parler⁹².

Il est en effet difficile de trancher pour ce genre de droit pour décider si on protège seulement les intérêts des membres individuels de torts qui pourraient découler d'actes haineux, ou si on protège les groupes en tant que tels contre des torts collectifs attaquant leur dignité. De plus, comme le souligne Elbahtimy : « [drawing] a sharp dividing line between the two categories of protection (the individualized and the collective) entails an evident difficulty given that hate speech targets people based on their group-defining characteristic(s) or identity »⁹³. La notion de dignité elle-même peut donc nécessiter de dépasser une phénoménologie individualiste telle que

⁸⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ONU, 1966, article 20.2.

⁹⁰ Waldron, Jeremy. 2012. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 13

⁹¹ Elbahtimy, Mona. 2014. « The Right to be Free from the Harm of Hate Speech in International Human Rights Law ». Centre of Governance and Human Rights, University of Cambridge. En ligne : http://www.cghr.polis.cam.ac.uk/publications/cghr_working_papers/wp7. p. 7

⁹² *Ibid.*, p. 7-8

⁹³ *Ibid.*, p. 8

celle exposée ci-haut par Tasioulas, centrée sur les caractéristiques humaines individuelles, pour inclure des questions collectives : que ce soit l'importance de croyances religieuses communes ou d'une identité ou de caractéristiques partagées.

Bref, il apparaît dès lors que la définition des intérêts offerte par Tasioulas, fondamentalement reliée à sa conception de la dignité, est contestable. Dans ses mots : « [something] is an interest of a person if its fulfilment enhances an aspect of their well-being; in other words, it makes that person's life better in some respect, for the person living it, than it would have been but for the fulfilment of that interest »⁹⁴. Or, la question de la dignité peut justement impliquer qu'on dépasse une perspective individuelle centrée sur les intérêts vécus par une personne particulière pour voir les intérêts ou le statut d'une communauté ou d'un individu en tant que membre d'une communauté. Certes, le fait de profaner une tombe ne cause pas de torts à la personne décédée qui ne verrait pas sa qualité de vie augmentée par le respect de sa sépulture. Cependant, l'acte haineux de nier l'égalité de statut par des actes faisant la promotion explicite de conceptions antisémites, racistes, sexistes ou autre, peut porter atteinte à la dignité égale qui devrait être accordée aux groupes discriminés.

4.2 – Dignité, droits et groupes minoritaires ou défavorisés

On touche ici à la question difficile de la dignité des minorités et des groupes défavorisés ainsi qu'à la manière de leur garantir une dignité égale par le biais des droits humains. Il peut être pertinent de préciser ce qu'on entend par minorité et groupe défavorisé. Trois types de groupes principaux sont distingués ici suivant la typologie utilisée par Amandine Catala : les minorités nationales, les minorités ethniques et les minorités sociales⁹⁵. Ces trois groupes ont chacun leurs particularités. Une minorité nationale renvoie à un groupe « territorialement concentré qui (le

⁹⁴ Tasioulas, John. 2015. *Op. cit.*, p. 51

⁹⁵ Catala, Amandine. 2015. « Droits humains et minorités culturelles », dans *Philosophiques* vol. 42, no. 2, p. 234.

plus souvent) était autonome (se gouvernait lui-même) avant d'être incorporé au sein de l'État dont il fait actuellement partie, et qui vit en parallèle du groupe national dominant »⁹⁶. Une minorité ethnique, quant à elle, désigne

un groupe qui résulte de l'immigration d'individus ou de familles, le plus souvent suivant des liens historiques coloniaux ou militaires, ou des programmes de travailleurs invités (...) qui, à la différence des minorités nationales, vit intégré à la société d'accueil (...) dans une mesure plus ou moins grande.⁹⁷

Finalement, une minorité sociale est : « un groupe qui est le produit de certaines relations de pouvoir à l'œuvre au sein d'une société, qui le place en position subordonnée par rapport au groupe social dominant issu de ces mêmes relations de pouvoir »⁹⁸. Comme le souligne Catala, les groupes sociaux peuvent être définis autant par le genre, la race, la classe, l'orientation sexuelle, les capacités physiques, etc.⁹⁹ Les membres appartenant à ces groupes sont issus de processus historiques ou sociopolitiques particuliers ; il est ainsi justifié de corriger ces situations injustes en accordant des protections particulières à ces groupes afin de protéger leur statut d'égal en société¹⁰⁰.

Il serait donc légitime d'accorder des droits différenciés par exemple pour confronter les obstacles particuliers auxquels les minorités nationales, ethniques ou sociales font face¹⁰¹. En ce sens, ces droits seront de nature diverse; ils assurent différents types de protection à des titulaires variables selon le contexte et ils peuvent prendre des formes diverses (que ce soit l'exemption de certaines lois, un droit d'assistance pour atteindre des objectifs déterminés (la discrimination positive en serait un exemple), l'octroi d'une certaine autonomie gouvernementale, assurer une

⁹⁶ *Ibid.*, p. 234. Cette définition est fortement influencée par Kymlicka, Will. 1995. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, New York: Oxford University Press.

⁹⁷ *Ibid.*, Catala est particulièrement influencée ici par Kymlicka, Will. 2002. *Op. cit.* et Higgins, Peter. 2013. *Immigration Justice*, Edinborough : Edinborough University Press.

⁹⁸ *Ibid.*, Catala base cette définition sur les travaux d'Iris Marion Young, principalement dans Young, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 235

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 238-239

représentation ou des protections spéciales, etc.)¹⁰². Cependant, la reconnaissance et la mise en place de tels droits ne sont pas sans problèmes. Catala relève deux sources de tension entre les deux différents types de droits en jeux ici, soit les droits qui s'appliquent universellement à tous les individus et les droits différenciés, qui ne s'appliquent qu'à certains groupes particuliers. Cependant, cette tension n'est qu'apparente.

La première source de tension concerne les titulaires des droits qui sont dans l'un des individus et, dans l'autre, des groupes¹⁰³. Cette tension peut être résolue de plusieurs manières. On pourrait d'abord souligner que la distinction entre les droits individuels et les droits collectifs est en fait une fausse distinction; des droits considérés comme collectifs peuvent être réinterprétés comme des droits fondamentalement individuels (un droit protégeant une communauté contre l'apartheid ou le génocide pourrait par exemple être ramené à un droit individuel contre la discrimination ou le meurtre)¹⁰⁴.

Ensuite, on pourrait faire remarquer que les droits différenciés ne renvoient pas nécessairement à des droits proprement collectifs; les exemptions à l'obligation, par exemple, de porter un uniforme prédéfini pour accorder la liberté de porter un signe religieux peuvent être ramenées à un droit individuel (c'est bien à l'individu que s'adresse l'exemption au final)¹⁰⁵.

Troisièmement, on pourrait faire valoir que les droits collectifs se justifient du fait de l'importance primordiale qu'a le groupe pour les individus; le groupe serait donc instrumental dans les considérations morales justifiant les droits humains¹⁰⁶. Bref, les droits individuels universels et différenciés ne seraient pas en tension, mais bien plutôt complémentaires dans la

¹⁰² *Ibid.*, p. 239. À ce sujet, voir aussi Kymlicka, Will. 1995. *Op. cit.*, et Levy, Jacob. 2000. *The Multiculturalism of Fear*, New York : Oxford University Press.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 240

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 240 et Levy, Jacob. 2000. *Op. cit.*, p. 125-126

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 240 et Song, Sarah. 2014. «Multiculturalism», dans *The Stanford encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (éd.)

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 241

protection des intérêts et de l'égal statut des individus par une attention plus grande portée aux membres des minorités en tant que minorités.

La seconde tension quant à elle pourrait émerger entre l'aspect universaliste des droits individuels, qui s'appliquent à tous les individus sans distinction, et l'aspect particulariste des droits différenciés, qui s'appliquent à certains groupes circonscrits. Catala illustre encore que cette tension n'est qu'apparente et qu'elle peut être résolue. Dans ses mots

[ce] point de tension peut être résolu en soulignant le contexte particulier dans lequel se trouvent les minorités culturelles [(Catala désigne de cette façon les trois groupes identifiés plus haut)] par défaut, à savoir une situation d'inégalité. Dans ce contexte, l'attention particulière portée aux minorités culturelles par le biais des droits différenciés se justifie comme correcteur d'un statu quo inégalitaire où l'attention est par défaut portée à la majorité

Les communautés politiques, les États peuvent avoir une langue, une histoire voire une religion particulière « véhiculées et représentées à travers leurs différentes institutions (gouvernements, enseignement, lois, symboles, congés légaux, etc.) »¹⁰⁷. Dans un tel contexte, la volonté de traiter des minorités ou des groupes défavorisés avec un statut égal à celui de la majorité implique d'accorder des droits différenciés, ou à tout le moins de leur porter une considération plus grande. Il n'y a donc pas de contradictions de fond, mais seulement un même but entre les droits individuels et les droits différenciés : assurer l'égale dignité de tous, soit de s'assurer que tous ont un statut égal en société.

4.3 – Dignité et procédure :

Pour pousser la définition de la dignité donnée par Tasioulas plus haut, la notion de dignité humaine renvoie donc non seulement à une importance morale égale relativement au fait de posséder une nature humaine, mais c'est l'idée sous-jacente qui permet de mettre en forme cette égalité morale. La position de Jeremy Waldron permet de particulièrement bien illustrer

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 243

cela. Cet auteur, auquel Tasioulas se réfère pour sa propre définition¹⁰⁸, défend une approche déontologique de la dignité qui récuse son traitement instrumentaliste. D'abord liée au rang qu'occupait une personne dans les sociétés hiérarchisées, à la noblesse, la dignité démocratise cette noblesse à tous¹⁰⁹. Dans ses mots

[dignity] expresses the idea of the high and equal rank of every human person – then we should look first at the bodies of law that relate status to rank (and to right and privilege) (...). Dignity is intimately connected with the idea of rights – as the ground of rights, and the content of certain rights, and perhaps even the form and structural character of rights.¹¹⁰

La dignité, qui généralise la noblesse à l'ensemble des êtres humains, constitue une société n'ayant qu'une classe particulièrement élevée dont les privilèges et les protections fondamentales sont affirmés par les droits humains¹¹¹.

Le statut des individus est ainsi étroitement lié à une conception légale de la personne. Waldron mentionne explicitement la protection contre des traitements dégradants, cruels ou inhumains, la protection contre les attaques publiques significatives contre le statut égal d'un groupe ou d'un individu et la protection contre la discrimination. Bref, dignité, droits individuels et, comme on l'a vu ci-haut, droits différenciés sont des notions étroitement liées au sein de la notion de droits humains.

Ce qui est intéressant dans cette conception de la dignité qui lie explicitement les droits humains et leur signification légale, c'est qu'elle implique une réflexion sur la manière de traduire ces droits légalement. La loi respecte la dignité égale des individus de différentes manières pour Waldron. D'abord, elle leur reconnaît une capacité d'autodétermination, d'auto-législation en ce qu'ils peuvent appliquer les normes édictées à leur comportement sans nécessairement avoir

¹⁰⁸ Tasioulas, John. 2015. *Op. cit.*, note 17

¹⁰⁹ Waldron, Jeremy. 2009. *Dignity, Rank, and Rights. Tanner Lectures on Human Values*, p. 215-216.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 210

¹¹¹ *Ibid.*, p. 231-232.

recours à une intervention coercitive de la part de l'État¹¹². Ensuite, la loi n'est pas seulement un ensemble de règles qui se doit d'être appliqué mécaniquement; elles identifient au contraire des standards, des normes ou un cadre à l'intérieur duquel il faut évoluer¹¹³. Comme Waldron l'indique : « in many areas of life, law proceeds without (...) definitive elaboration »¹¹⁴.

Revenir à l'exemple des discours et des actes haineux peut s'avérer utile ici; les notions de haine, d'hostilité et d'incitation à la violence sont floues et contextuelles, tout comme la dimension émotionnelle de ce droit. Il est aussi important de souligner que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* laisse une grande discrétion aux États dans l'actualisation du droit à ne pas être exposé à des appels à la haine¹¹⁵. Cela s'expliquerait notamment par l'importance du contexte dans l'implémentation de ce droit¹¹⁶.

Ce flou n'a pas à être considéré comme une difficulté insurmontable, mais bien plutôt comme une caractéristique de la loi avec laquelle il faut travailler dans son application. Il faut juger au cas par cas pour voir s'il est raisonnable de considérer qu'un appel à la violence, où la profanation d'une sépulture, dans un contexte donné, doit être prohibée du fait qu'il constitue une attaque significative au statut égal d'un individu ou d'une communauté.

Une analogie peut être faite avec un cas donné par Waldron. Il prend l'exemple du fait que, dans le brouillard, la loi s'attend à ce que les automobilistes conduisent à une vitesse raisonnable¹¹⁷. Ici, énoncer une règle qu'il faudrait appliquer mécaniquement serait contre-productif, voire impossible, puisque la vitesse raisonnable est laissée à l'appréciation du conducteur par rapport

¹¹² *Ibid.*, p. 237

¹¹³ *Ibid.*, p. 238

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 238

¹¹⁵ Elbahtimy, Mona. 2014. *Op. cit.*, p. 11

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 11

¹¹⁷ Waldron, Jeremy. 2009. *Op. cit.*, p. 238

au contexte dans lequel il se trouve. Dans certains cas l'application de la loi ne peut se faire sans une part de jugement contextuel qui nécessite un certain flou préalable des normes légales.

On arrive ici au centre de l'argument qui illustre l'insuffisance de l'identification d'un seuil objectif pour identifier le contenu et la nature des droits humains. C'est que dans certains cas, si ce n'est tous les cas, des désaccords peuvent surgir quant à la manière d'appliquer ou d'identifier un droit donné. Dans de tels cas, la reconnaissance de l'égalité de tous pointe vers l'inclusion effective des points de vue concernés pour résoudre le conflit ou le désaccord. Comme le soutient Waldron

[law], we can say, is a mode of governance that acknowledge that people likely have a view or perspective of their own to present on the application of a social norm to their conduct. Applying a norm to a human individual is not like deciding what to do about a rabid animal or a dilapidated house. It involves paying attention to a point of view. As such it embodies a crucial dignitarian idea – respecting the dignity of those to whom the norms are applied as *beings capable of explaining themselves*.¹¹⁸

De cette manière, la reconnaissance même de la dignité égale de tous implique de considérer les points de vue concurrents pour régler les divergences au niveau de la définition et de l'application des droits humains.

4.4 – Inclusion et groupes minoritaires :

Le cas des groupes minoritaires ou défavorisés exemplifie très bien l'importance de cette inclusion. Tel que défendu, les minorités nationales, ethniques et sociales ont ceci en commun qu'elles sont particulièrement vulnérables par rapport aux groupes majoritaires et favorisés. Comme le souligne Catala, on ne peut ignorer les risques associés à la construction d'un monologue concernant les droits humains issus de la majorité qui exclurait les opinions des

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 239

minorités et plus précisément l'image que les groupes minoritaires ou défavorisés ont d'eux-mêmes¹¹⁹. Pour elle :

l'exclusion des minorités des débats les concernant résulte en une construction unilatérale d'un certain discours à leur sujet : certaines cultures comme étant naturellement oppressives et inégalitaires; certains de leurs membres comme étant essentiellement opprimés et subordonnés.¹²⁰

Catala souligne par exemple que ce monologue peut rapidement donner lieu à une « colonisation discursive » qui assigne des identités figées aux minorités, par exemple de « la » femme ou de « la » culture musulmane¹²¹. Elle ajoute : « ontologiquement, cela suppose que la catégorie "femme musulmane" est une réalité fixée d'avance, qui préexiste à ses membres individuels et qui, par définition, leur retire toute agentivité, y compris leur agentivité délibérative »¹²². La dignité inhérente aux individus suivant laquelle on devrait leur reconnaître la capacité de s'expliquer et de prendre part aux discussions entourant les droits humains, leurs droits, est ainsi niée.

5. Conclusion

Bref, c'est cette difficulté qui peut difficilement être saisie par une approche naturaliste des droits. Pour revenir aux caractéristiques principales de ces approches telles que définies au début de ce chapitre, on voit très bien comment, à la lumière des problèmes exposés dans la section précédente, l'identification de droits préinstitutionnels indépendants et précédant tout contexte particulier est problématique. Des considérations contextuelles sont inévitables lorsque l'on aborde des questions concernant les droits humains dès lors qu'on cherche à défendre l'égalité de dignité de toute personne humaine. Comme il a été montré, la dignité est profondément liée à la position relative qu'occupe un individu, un groupe ou une communauté dans une société donnée.

¹¹⁹ Catala, Amandine. 2015. *Op. cit.*, p. 245-247.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 247

¹²¹ *Ibid.*, p. 247

¹²² *Ibid.*, p. 247

On devrait donc accepter un flottement non seulement au niveau du fondement normatif justifiant ces droits (la nature humaine, comme l'exemplifie Tasioulas), mais aussi au niveau de la manière de les actualiser, d'en spécifier le contenu et l'étendue.

Cependant, cela ne revient pas à dire que les approches naturalistes sont inutiles. Il n'y a pas nécessairement de contradictions entre le fait d'identifier des droits largement au préalable, pour ensuite les appliquer à un contexte particulier. Par exemple, Liao et Etinson soulignent les contributions formelles (les critères nécessaires pour distinguer entre des revendications qui touchent aux droits humains et celles qui ne les concernent pas) et substantielles associés des approches naturalistes. Pour eux : « [a] substantive account (...) provides criteria for generating the content of human rights. A Naturalistic Conception typically provides us with not just a formal, but also a substantive, account of human rights »¹²³. Cette dimension substantielle n'est pas à négliger; engager une réflexion sur les intérêts fondamentaux sur la question de la dignité ou même de la nature humaine est une manière pertinente d'engager la discussion autour de ces droits.

Or, comme il a été montré, les positions de Griffin et Tasioulas, qui résistent pourtant aux critiques habituelles dirigées contre les approches naturalistes, demeurent problématiques. D'un côté la position mise de l'avant par Griffin n'arrive pas à définir un standard satisfaisant pour identifier des droits humains universels, et de l'autre il manque à Tasioulas une réflexion sur l'actualisation politique de la dignité égale de tous et de la spécification institutionnelle de ces droits fondamentaux. Les approches politiques ou pratiques des droits de l'homme se penchent toutefois directement sur ces questions. Toutefois, comme il sera discuté dans le prochain chapitre, ces approches rencontrent elles aussi des difficultés.

¹²³ Liao, Matthew et Adam Etinson. 2012. *Op. cit.*, p. 347

Chapitre 2 : Des Droits de l'homme politiques?

Suivant ce qui a été dit au chapitre précédent, on voit qu'il est problématique de vouloir identifier un seuil objectif ou un fondement défini pour fonder les droits de l'homme et en déduire le contenu. Cette tentative, au cœur des approches naturalistes, risque de mettre de l'avant une conception partielle de ces droits fondamentaux et de passer à côté de l'importance de reconnaître que la diversité de point de vue sur ces questions est légitime.

Les conceptions politiques des droits humains considèrent quant à elles directement la problématique du pluralisme. Pour les approches politiques ou pratiques, les approches naturalistes n'arrivent pas à accommoder la pluralité sociale et son inapte à saisir l'importance pratique, effective que ces droits occupent dans les relations internationales. Pour les approches politiques, les droits humains ne sont plus compris comme des revendications fondées dans une nature humaine commune, mais ils sont intrinsèquement liés à une réalité institutionnelle.

Non seulement les approches politiques vont recentrer les droits humains autour de leur rôle institutionnel plutôt que sur leurs fondements « naturels », mais elles vont aussi revoir la manière de leur donner leur légitimité institutionnelle; ils développent des manières d'arriver à un accord politique légitime sur ces questions. Les droits humains deviennent de cette manière des normes sur lesquelles il est possible de s'accorder dans une communauté donnée, au travers d'une procédure politique, au-delà des divergences qui affectent cette communauté. En conséquence, les droits humains deviennent les conditions nécessaires pour garantir le statut de membre à part entière d'une personne au sein d'une communauté politique.

Dans ce chapitre, deux démarches seront discutées en particulier. La première vise à obtenir le plus grand consensus possible au niveau des droits humains en recherchant le plus petit

dénominateur commun entre les différents États et les différentes sociétés au niveau international. Cette approche a cependant comme principal défaut de restreindre les droits humains à un nombre très limité sur la base d'un statu quo contestable. La seconde démarche tente quant à elle de fonder les bases d'un accord politique large sur le contenu de ces droits fondamentaux à partir de certaines conditions devant garantir l'impartialité. Ici, une première approche soutenue par Charles Beitz vise à extraire une perspective normative à partir d'une analyse du discours entourant la pratique des droits humains. Il cherche à trouver leurs fondements normatifs dans le rôle international qu'on leur accorde. Une démarche similaire est adoptée par John Rawls, qui tente de montrer comment un monde plus juste est possible en définissant un cadre raisonnable régissant les relations entre les peuples. Pour ce faire, il adopte une démarche contractualiste qui devrait être impartiale par rapport aux positions plurielles qu'on retrouve au niveau international concernant les droits de l'homme.

Toutefois, comme il sera montré, les approches de Beitz et de Rawls n'arrivent pas à confronter les questions substantielles concernant les droits de l'homme. Cela découle du fait qu'elles remplacent les questions morales par des questions politiques ou procédurales, sans ainsi offrir de standard éthique convaincant pour évaluer les droits qu'elles identifient.

Ce chapitre se sépare en deux parties distinctes. Dans la première, différentes approches politiques des droits de l'Homme seront critiquées quant à leurs limites concernant leur capacité de considérer les questions substantielles qui concernent ces droits. Dans la seconde partie, il sera discuté la relation directe qui doit exister entre la reconnaissance du pluralisme légitime et d'un droit de participation politique direct dans l'élaboration des droits et libertés à partir d'une discussion de l'approche de John Rawls. Comme il sera discuté, la tentative rawlsienne de prédéfinir les droits humains au travers d'une discussion fictive, qui n'a pas recours à une

délibération inclusive réelle, risque de couvrir des inégalités de pouvoir en société et échoue à promouvoir un ordre international fondamentalement juste. Cette discussion montre ainsi qu'il est nécessaire de reconnaître le lien fort qui unit la notion de droit de l'homme et l'importance de mettre en place un ordre politique délibératif inclusif.

1. Une approche institutionnelle

Les approches politiques se sont développées en opposition aux approches dites naturalistes. Dans le chapitre précédent, les différentes critiques suivant lesquelles les droits naturels seraient trop intemporels et insuffisamment institutionnels pour bien saisir la signification contemporaine des droits humains ont été discutées. Face à ces difficultés, plusieurs auteurs ont développés des approches qui se concentrent sur la place qu'occupent les droits de l'homme dans les institutions politiques nationales et internationales contemporaines.

En général, les approches politiques prennent comme point de départ le traitement qu'on réserve aux droits humains dans les discours existants et leur importance pratique¹. Conséquemment, le but de cette approche est, grosso modo, de clarifier la compréhension ou les différentes compréhensions possibles des droits humains par rapport aux buts et aux objectifs qui leur sont attribués d'ordinaire².

Il y a donc une rupture par rapport à la compréhension naturaliste, plus classique de ces droits. On ne cherche plus à voir les intérêts partagés par l'ensemble des êtres humains ou leurs caractéristiques inaliénables de manière directe, mais les droits de l'homme sont ici compris comme des normes internationales dont le but premier est de garantir l'opportunité de chacun

¹ Baynes, Kenneth. 2009. « Toward a political conception of human rights », dans *Philosophy and Social Criticism*, vol. 35, no. 4, p. 374

² *Ibid.*

d'être membre à part entière d'une communauté politique³. C'est ici qu'on voit émerger l'apport critique de cette approche. Comme le souligne Kenneth Baynes, ces normes internationales sont comprises comme un standard pour évaluer la conduite d'institutions gouvernementales et d'organisations non gouvernementales; les auteurs liés à l'approche politique ne se contentent pas d'une simple description, mais ils en font ressortir la dimension normative et critique du régime international des droits de l'homme⁴. Ce régime, compris de manière normative, visent donc à encadrer les actions des sociétés et communautés politiques en assurant la protection de certains intérêts jugés fondamentaux.

Suivant Kenneth Baynes, les nombreux auteurs qui s'inscrivent dans cette perspective partagent au moins trois caractéristiques générales. Les droits humains y sont d'abord compris comme des revendications (*claims*) que les individus peuvent adresser à des institutions politiques et les représentants officiels qui y sont associés plutôt que des revendications envers d'autres individus⁵. Ensuite, une plus grande attention est portée dans ces approches aux conditions de base pour garantir la pleine appartenance (*membership*) d'un individu à une communauté politique⁶. Les intérêts fondamentaux des individus, leur bien-être ou leurs capacités à raisonner, à formuler une opinion, etc. ne sont pas prêt en eux-mêmes, mais ils sont prêt comme des conditions de participation politique.

Finalement, les droits humains sont considérés comme des droits politiques puisque le type de justification développé pour les défendre est déterminé par leur rôle ou leur fonction à l'intérieur de certaines institutions. Comme l'écrit Baynes : « Since they are norms for the assessment or evaluation of political societies and, possibly, even for the justified imposition of sanctions on

³ *Ibid.*, p. 375

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

them, it is important that the norms be ones that it is reasonable for political societies to acknowledge »⁷. Les arguments développés pour les justifier et les fonder ne reposent plus ici sur la définition des intérêts fondamentaux ou de la nature humaine, mais sur la manière d'arriver à un accord politique en incluant une pluralité raisonnable de conception concernant la nature humaine.

Les approches politiques reposent de cette manière sur une conception sociale des individus; les droits humains y sont compris comme les droits fondamentaux d'individus engagés dans des relations associatives spécifiques. On considère dès le départ la dimension et l'importance sociales de ces droits, ce qui n'est pas le cas des approches naturalistes qui se penchent davantage sur leurs fondements dans les caractéristiques des personnes humaines. En d'autres mots, on met davantage l'accent sur la dimension interactionnelle des relations humaines telle qu'on l'observe dans notre contexte contemporain plutôt que sur des caractéristiques individuelles ou sur une compréhension globale de l'individu humain et de ses caractéristiques essentielles.

L'affirmation suivant laquelle cette approche est particulièrement appropriée pour comprendre l'importance, la signification et le rôle de ces normes fondamentales dans le contexte contemporain n'est conséquemment pas exagérée. Il est important de voir que les institutions politiques sont centrales dans les questions qui touchent les droits humains, que ce soit dans le rôle qu'elles jouent dans la promotion de ces droits ou dans leur capacité à les transgresser. Leur accorder une place de premier plan permet de confronter ces questions directement⁸.

De cette manière, l'approche politique va soulever des problèmes distincts. Par exemple, elle est mieux équipée pour reconnaître l'importance de l'autodétermination nationale et d'en penser l'interrelation avec les normes internationales. Cet argument est mis de l'avant par Pablo

⁷ *Ibid*

⁸ Gilabert, Pablo. 2011. « Humanist and Political Perspective on Human Rights », dans *Political Theory*, p.442.

Gilbert. Il souligne que de mettre l'accent sur l'environnement institutionnel d'une société donnée permet de mettre en lumière le lien qui unit l'autodétermination politique et la définition de ses propres droits. Comme il l'écrit : « [where] there are institutions that incorporate forms of political self-determination, agents can identify the kinds of rights whose implementation has priority given their historical circumstances, and decide in an autonomous fashion what specific implementation to undertake »⁹. La question de l'autodétermination et le problème de garantir des droits universels à tous sans tomber dans une forme de colonialisme paternaliste hante les discours sur les droits humains. Sans nécessairement régler la question, le fait de prendre les institutions et de considérer les agents comme des acteurs politiques dès le départ permet, comme il sera abordé plus bas, de considérer directement ces questions.

Le principal avantage de cette approche est d'identifier de quelle manière les responsabilités et devoirs doivent être attribués au sein d'une organisation institutionnelle donnée. C'était, comme on l'a vu dans le premier chapitre, un des problèmes de l'approche naturaliste qui peine à identifier, par elles-mêmes, les acteurs responsables de l'actualisation des droits¹⁰. Au contraire, cela apparaît comme un souci central des approches politiques. Les réflexions politiques sont plus souvent préoccupées par la faisabilité de leurs propositions. Suivant ces approches, il n'est pas suffisant de critiquer les lacunes de certains arrangements institutionnels à partir d'une position idéale, mais il doit être possible de joindre des prescriptions pratiques, réalisables à la dimension évaluative de la théorie pour atteindre une situation plus juste¹¹.

Il ne suffit donc pas d'avoir les bases normatives pour identifier certains droits dont la réalisation serait moralement désirable, mais il faut également voir de quelle manière il est possible de les actualiser dans un contexte institutionnel stable sans imposer un coût exagéré à ceux qui sont

⁹ *Ibid.*, p. 452

¹⁰ O'Neil, Onora. 2015. « Response to John Tasioulas », p. 77-78

¹¹ Gilbert, Pablo. 2011. p. 458

touchés par ces droits. Les approches politiques, qui opèrent dans des cadres économiques, institutionnels et culturels particuliers qu'elles prennent en compte, sont ainsi plus à même d'apporter une réflexion indispensable sur ces questions. Non pas que les approches naturalistes soient incapables de considérer de tels problèmes, mais bien plutôt qu'elles mettent l'accent sur la dimension des fondements des droits humains plutôt que sur leur actualisation politique.

2. Une approche centrée sur le *statu quo*?

2.1 – Michael Ignatieff et l'identification du plus petit dénominateur commun

Les approches politiques risquent cependant de trop insister sur l'aspect politique de l'accord nécessaire pour que les droits humains qu'elles identifient soient acceptables pour le plus grand nombre d'individus et, par extension, de cultures en présence. Ce faisant elles risquent de réduire le régime des droits humains à un simple *modus vivendi*. Cela est illustré notamment par la position défendue par Michael Ignatieff. Cette position échoue à proposer une conception réellement critique des droits de l'homme du fait qu'elle repose sur un critère moral trop minimal. Elle illustre comment la recherche d'un consensus politique autour de ces droits fondamentaux risque de neutraliser leur portée critique.

Ignatieff, à partir d'une réflexion sur la signification de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* à l'occasion du cinquantième anniversaire de sa proclamation, veut éviter deux extrêmes qu'il juge problématiques. Il veut d'abord éviter la suggestion suivant laquelle les droits de l'homme sont devenus comme une religion séculière universelle¹². Il veut ainsi éviter que les droits humains se transforment en simples croyances que l'on idolâtre sans regard critique¹³.

¹² Cela est notamment suggéré par Elie Wiesel (Wiesel, Elie. 1999. « A tribute to Human Rights », dans *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, Y. Danieli et al (éd.), NY: Baywood.) et par Michael Perry (Perry, Michael. 1998. *The Ideas of Human Rights*. NY: Oxford University Press.)

¹³ Ignatieff, Michael. 2000. « Human Rights as Idolatry », *Tanner Lectures on Human Values*, Princeton University. En ligne http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/Ignatieff_01.pdf, p. 320.

Ensuite, il rejette toute approche qui reposerait sur des lois morales transcendantales. Ignatieff écrit

[it] may be tempting to relate the idea of human rights to proposition like the following: that human beings have an innate or natural dignity, that they have a natural and intrinsic self-worth, that they are sacred. The problem with these propositions is that they are not clear and they are controversial.¹⁴

Cette idée serait floue puisqu'elle confondrait ce qu'on souhaiterait que les êtres humains soient et ce qu'ils sont en réalité; l'auteur souligne que bien que certaines personnes puissent se comporter de manière digne, il est faux qu'empiriquement tous possèdent une dignité innée ou qu'ils sont en mesure de l'illustrer. De là, le fait de confondre ce qu'on souhaiterait que les êtres humains soient et ce qu'ils sont en réalité ouvre la porte à la controverse parce que ces positions devraient, selon Ignatieff, recourir à des présupposés métaphysiques¹⁵.

Il tente d'éviter ces difficultés en illustrant comment la *Déclaration universelle des droits de l'homme* n'insiste pas sur des fondements normatifs justifiant les droits qu'elle identifie. Il défend dès lors la thèse selon laquelle nous nous entendons sur les droits humains parce que nous nous entendons sur leur rôle pratique, sur ce qu'ils accomplissent pour les êtres humains qu'ils protègent, pas parce qu'on s'entend sur leurs fondements¹⁶. Il souligne que l'aspect séculaire du document et son silence sur ses fondements normatifs sont une nécessité pratique pour permettre l'accord lui-même¹⁷.

Il soutient en conséquence que les droits humains reposent sur ce que Cass Sunstein a appelé un accord incomplètement théorisé (*incompletely theorized agreement*)¹⁸. Ici, chaque participant à la

¹⁴ *Ibid.*, p. 320

¹⁵ *Ibid.*, p. 320-321

¹⁶ *Ibid.*, p. 321

¹⁷ *Ibid.*, p. 328 Il écrit : « the secular ground of the document is not a sign of European cultural domination so much as a pragmatic common denominator designed to make agreement possible across the range of divergent cultural and political viewpoints ».

¹⁸ Baynes, Kenneth. 2009. p. 375-376. Voir aussi, Sunstein, Cass R. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York : Oxford University Press, p. 35-61.

négociation est en mesure d'accepter le même texte, quoique pour des raisons différentes. C'est bien sûr considéré ici comme une force de l'accord, car cela permettrait d'éviter la controverse quant aux fondements métaphysiques ou moraux des principes adoptés.

Pour Ignatieff, les droits identifiés ne sont pas, dans l'esprit de l'auteur, des fins non négociables qui l'emportent sur toutes autres considérations. Au contraire, l'auteur va parler d'un cadre commun (*common framework*) qui permet à différentes parties de délibérer¹⁹. Pour lui

[the] idea of rights as trumps implies that when rights are introduced into a political discussion, they serve to resolve the discussion. In fact, the opposite is the case. (...) Compromise is not facilitated by the use of rights claim language. (...) At best, rights create a common framework, a common set of reference points that can assist parties in conflict to deliberate together.²⁰

Ces droits représentent en conséquence une manière d'approcher un débat et d'arriver à un compromis équitable. Plus profondément, les droits eux-mêmes seraient politiques. Ignatieff met de l'avant le fait que ces droits entrent parfois en conflit et qu'il n'y a pas de manière évidente pour les ordonner pour éviter ces tensions. Or, puisqu'il n'y a pas de fondements transcendants auquel il serait possible de se référer pour régler ces questions, il faut s'en remettre à l'idée qu'on ne peut les régler dans l'abstrait, dans le royaume des fins (pour reprendre le vocabulaire kantien qu'il utilise), mais qu'il faut les régler dans le royaume des moyens.

C'est donc seulement face à des questions pratiques qu'on peut tenter de réconcilier les fins morales que représentent les droits humains sur lesquels on s'est préalablement entendu, ce qui peut occasionner des compromis douloureux non seulement entre les moyens utilisés et les fins visées, mais aussi entre différentes fins elles-mêmes. Ignatieff défend conséquemment une position politique pure en ce sens qu'il rejette à la fois la possibilité d'identifier des fondements

¹⁹ Ignatieff, Michael. 2000. p. 299-300

²⁰ *Ibid.*, p. 300

normatifs transcendants et la possibilité de régler les conflits entre les normes fondamentales identifiées autrement que de manière politique, par des compromis pratiques.²¹

Une telle approche n'est pas sans problèmes importants puisqu'elle identifie plus un *modus vivendi*, un compromis temporaire, potentiellement instable et minimal, plutôt qu'un accord moral solide²². En effet, un corollaire de cette approche est qu'Ignatieff est contraint de se replier sur un régime des droits de l'homme dont le contenu est très minimal.

Considérant que son approche vise à élargir la communauté qui peut souscrire à un accord concernant les droits fondamentaux autant que possible, il en vient à rechercher le plus petit dénominateur commun qu'il est possible d'identifier entre les différentes cultures principales au niveau international²³. Ignatieff écrit : « Human rights can command universal assent only as a decidedly 'thin' theory of what is right, a definition of the minimum conditions for any kind of life at all »²⁴. Il limite ainsi les droits humains à une protection minimale de l'agentivité suivant grosso modo les grandes lignes tracées par Isaiah Berlin dans sa définition de la liberté négative²⁵. Les droits humains sont limités à un agenda de libertés négatives, une trousse à outils (*tool-kit*) que les individus sont libres d'utiliser pour se protéger de l'oppression et qu'ils sont libres d'utiliser à l'intérieur du cadre culturel ou religieux dans lequel ils s'inscrivent²⁶.

2.2 – une approche politique de la « mauvaise façon »

Deux problèmes principaux de l'approche d'Ignatieff sont relevés par Kenneth Baynes. D'abord, si une telle approche vise à atteindre un consensus empirique ou *de facto* sur la question des droits fondamentaux en incluant les principales traditions internationales, cette stratégie a peu

²¹ *Ibid.*, p. 300

²² Baynes, Kenneth. 2009. p. 376

²³ *Ibid.*, p. 376

²⁴ Ignatieff, Michael. 2000. p. 322

²⁵ *Ibid.*, p. 322

²⁶ *Ibid.*, p. 323

de chance de réussir puisque rien ne garantit qu'un tel consensus existe ou que son contenu soit particulièrement attrayant²⁷. Cet argument a été également mis de l'avant par Joshua Cohen, à qui Baynes se réfère. Cohen souligne le fait que la position d'Ignatieff repose sur la tolérance des différentes manières de vivre sa vie par la reconnaissance du pluralisme éthique pour justifier un minimalisme quant au contenu des droits humains²⁸. Or, un tel argument passe trop rapidement de la tolérance à l'accord empirique justifiant les droits.

Rechercher un certain minimalisme au niveau des raisons justifiantes les droits humains pour assurer une forme de tolérance n'entraîne pas nécessairement une position anti-fondationaliste²⁹.

Comme l'écrit Cohen

it simply does not take position for or against any particular foundational view, whether religious or secular, about the content and importance of human rights, nor does it make any claims about whether such views can (or cannot) be known to be true. It is *unfoundational*, rather than anti-foundationalist.³⁰

Cohen reverse ainsi la position d'Ignatieff. Reconnaître un pluralisme moral légitime ne signifie pas nécessairement rechercher les points communs entre les différentes positions, car il est également possible de définir les droits de manière à ce qu'ils transcendent ce pluralisme. Cohen défend la thèse suivant laquelle non seulement la Déclaration des droits de l'homme ne s'inscrit pas à l'intersection de différentes traditions, mais surtout qu'elle n'a pas puisé ses droits à l'intérieur de traditions morales ou religieuses distinctes. Au contraire, selon Cohen la déclaration est écrite dans un langage tel qu'elle laisse les adhérents provenant d'horizons divers le soin d'accorder leurs conceptions compréhensives et la déclaration des droits de l'homme³¹. Bref, la

²⁷ Baynes, Kenneth. 2009. p. 377

²⁸ Cohen, Joshua. 2004. « Minimalism about human rights: The most we can hope for? », dans *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, no. 2. p. 191.

²⁹ *Ibid.*, p. 199

³⁰ *Ibid.*, p. 199

³¹ *Ibid.*, p. 199-200

déclaration des Nations Unies laisse aux traditions spécifiques la liberté d'accorder leur conception avec les droits transcendants qui y sont identifiés.

De plus, les traditions religieuses ou philosophiques ne sont pas des entités figées. Au contraire, la grande majorité des traditions philosophiques ou religieuses ont des formulations concurrentes et il est conséquemment difficile d'identifier *la* bonne formulation³². La recherche du plus petit dénominateur commun au niveau international pour identifier le contenu des droits humains risque dès lors de refléter davantage un compromis politique entre des conceptions religieuses ou morales influentes plutôt qu'un réel accord politique légitime et englobant.

En d'autres termes, et pour reprendre une expression de Rawls, l'approche politique d'Ignatieff est politique de la mauvaise façon (*political in the wrong way*³³). C'est le deuxième problème de cette approche relevé par Baynes. Comme il l'écrit : « [such] an approach would be (...) a compromise with the status quo or existing power relations and (...) objectionable for that reason »³⁴. Rien ne garantit que ce compromis, que ce *modus vivendi* sera juste ou stable vu qu'il repose sur des considérations de pouvoir et d'influence arbitraires. Par exemple, sous cette approche il est plus que probable que la tolérance religieuse, l'égalité légale des femmes par rapport aux hommes, ou le choix libre d'un conjoint ou d'une conjointe ne soient pas considérés comme faisant partie des droits humains puisque ce ne sont pas des droits que l'on retrouve dans tous les systèmes moraux significatifs au niveau mondial³⁵.

L'approche politique minimale défendue par Ignatieff n'arrive donc pas à fonder une pratique internationale des droits humains qui puisse être attrayante, vu qu'elle n'arrive pas à montrer la nécessité d'avoir recours à un accord empirique entre différentes conceptions de la vie bonne et

³² *Ibid.*, p. 200.

³³ Rawls, John. 1993. *Political Liberalism*, p. 39-40 et 142.

³⁴ Baynes, Kenneth. 2009. p. 377

³⁵ Ce point est soulevé par Charles Beitz, voir Beitz, Charles. 2009. *The idea of human rights*, p. 75.

que cet accord, précisément du fait qu'il est empirique, risque de renforcer un statu quo injuste et potentiellement instable.

3. Une approche politique et critique?

À l'opposé de l'approche défendue par Michael Ignatieff, d'autres auteurs vont tenter de conserver une distance critique par rapport au *statu quo* dans le but d'arriver à concevoir les droits humains comme des normes pouvant être réellement critiques face à des lois nationales ou des actions foncièrement injustes. Par exemple, Charles Beitz défend une approche contractualiste qui vise une convergence progressive entre les différentes visions du monde que l'on retrouve au niveau international. Il propose un modèle à deux niveaux illustrant la fonction des droits humains et les conditions sous lesquelles la communauté internationale peut intervenir de manière justifiée dans les décisions d'un état particulier. Néanmoins, cette approche n'offre qu'une conception formelle des droits qui n'arrive pas à soutenir une conception substantielle, ce qui apporte son lot de problèmes.

3.1 – Charles Beitz et l'approche « pratique » des droits de l'homme

Charles Beitz est critique à la fois des approches naturalistes, des approches qui défendent qu'il faut un accord pratique pour fonder les droits humains et de l'approche rawlsienne du consensus par recoupement (développée plus bas). Il est néanmoins très influencé par cette dernière. Beitz suit en effet ce qu'il considère être l'idée centrale de Rawls, soit l'idée selon laquelle il est pertinent d'orienter notre compréhension des droits humains par l'identification du rôle que jouent ces normes dans la pratique discursive internationale³⁶. De cette manière, son approche considère la doctrine et la pratique de droits de l'homme telle qu'elle est présente au niveau international sont les matériaux de base pour élaborer une réflexion normative sur les

³⁶ Beitz, Charles. 2009. *The Idea of Human Rights*, p. 102.

droits humains³⁷. Suivant cette approche, les droits de l'homme correspondent à une entreprise collective, une pratique, à laquelle sont associés des modes d'action et des buts distinctifs.

Cependant, Beitz se défend de se limiter à une pure lecture sociologique qui n'aborderait pas la dimension normative de ces droits. Pour ce faire, il dit aborder la question des droits de l'homme comme une pratique sociale. Il définit la notion de pratique sociale comme un ensemble de normes gouvernant la conduite des agents qu'elles encadrent pour réaliser certains objectifs particuliers³⁸. Dans ce contexte une théorie de cette pratique sociale vise non seulement à comprendre ces objectifs, mais aussi à en évaluer l'importance et à étudier les actions qu'elle justifie³⁹.

L'approche pratique développée par Beitz a donc pour objectif de comprendre les buts et les modes d'action qui sont associés aux droits de l'homme et de vérifier la concordance entre les normes et les buts affirmés par cette pratique ou entre les buts et les actions typiquement poursuivis pour les réaliser. De cette manière, l'aspect critique se situe principalement au niveau de la cohérence entre les principes ou les buts affirmés dans ce discours international et les actions qu'il permet de légitimer.

Beitz imagine un modèle à deux niveaux pour décrire de manière générale les rôles attribués aux droits humains dans le discours normatif de la politique globale. Les deux niveaux expriment une « division du travail » entre les États, premiers responsables de respecter et de protéger ces droits fondamentaux, et la communauté internationale ou les agents agissant en son nom, qui visent à assurer cette responsabilisation des États⁴⁰. Ce modèle est, en plus, composé des trois éléments. Premièrement, les droits humains sont ici compris comme des normes protégeant les intérêts

³⁷ *Ibid.*, p. 102

³⁸ *Ibid.*, p. 105

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 108

individuels urgents contre des dangers prévisibles⁴¹. L'auteur définit plus précisément ces intérêts urgents comme ceux qui seraient reconnus comme importants par un grand éventail de vies typiques que l'on rencontre dans les sociétés contemporaines⁴². Deuxièmement, ces droits s'adressent en première instance aux institutions politiques des États, incluant leur constitution, leurs lois et leurs politiques publiques⁴³. Finalement, malgré l'accent porté sur les institutions politiques nationales, les questions de droits humains sont néanmoins des questions pertinentes au niveau international.

Beitz écrit : « [a] government's failure to carry out its first level responsibilities may be a reason for action for appropriately placed and capable "second level" agents outside the state in three overlapping kinds or circumstances »⁴⁴. Beitz mentionne plus précisément que la communauté internationale peut tenir les États pour responsable de réaliser leurs responsabilités énoncées dans les premiers éléments mentionnés ci-haut; que les États et les agents non étatiques qui en ont les moyens doivent agir, dans les limites de leurs moyens, pour assister les États individuels qui n'en ont pas les moyens pour qu'ils puissent satisfaire les standards internationaux des droits humains; et, finalement, que les États et les agents non étatiques qui en ont les moyens ont la responsabilité

⁴¹ *Ibid.*, p. 109

⁴² *Ibid.*, p. 110 Charles Beitz mentionne ainsi notamment des intérêts pour une sécurité et une liberté personnelle de base, une nutrition adéquate, un certain degré de protection contre l'usage arbitraire du pouvoir étatique, etc. Il précise : « An urgent interest is not necessarily an interest possessed by everyone or desired by everyone: to recognize an interest as urgent, we must be able to understand why it would be reasonable to regard its satisfaction as important within some range of normal lives but we need not believe that all persons value the interest or care about its satisfaction in their own cases ». Conséquemment, un intérêt urgent n'est pas nécessairement un intérêt universel vu qu'il peut être particulier à un contexte ou à certains individus en particulier. Beitz demeure cependant vague sur la nature du seuil identifiant le moment auquel un intérêt devient suffisamment urgent pour être couvert par des droits humains. Il mentionne seulement que ce seuil devrait englober non seulement l'urgence de l'intérêt, mais également la possibilité réelle de la menace qui pèse sur lui, la faisabilité de l'implémentation d'une protection donnée et le coût effectif d'une protection efficace. p. 110.

⁴³ *Ibid.*, p. 109

⁴⁴ *Ibid.*

d'interférer dans un État particulier pour assurer la protection des droits humains dans les cas où l'État en question n'a pas la volonté de les respecter⁴⁵.

3.2 – Conceptions formelles et substantielles

L'approche pratique développée par Beitz est ainsi centrée sur des questions pragmatiques; par une analyse du discours entourant les droits humains, il construit ce modèle qui devrait permettre d'attribuer blâme et responsabilité aux États, à la communauté internationale et aux agents non étatiques pertinents quant à la protection des droits de l'homme. Cependant, cela se fait au prix d'avoir une réflexion substantielle convaincante. Il met explicitement de côté la question du contenu substantiel des droits (il récuse les approches qui visent à établir une liste de tous les droits humains) pour se concentrer sur une présentation formelle. C'est-à-dire qu'il se concentre, dans son modèle, sur un critère pour distinguer les réclamations qui doivent être considérées comme touchant à des droits humains, d'autres réclamations moins urgentes. Au contraire, une réflexion substantielle vise à établir le ou les critères à partir desquels on peut générer le contenu de ces droits, comme le font les approches naturalistes discutées dans le précédent chapitre.⁴⁶

Cette distinction est subtile, mais fondamentale. La notion d'urgence mise de l'avant par Beitz devrait permettre d'identifier les réclamations touchant aux droits humains, mais demeure floue lorsqu'on tente de voir quels droits découlent de cette notion. On peut dire la même chose du rôle public que Beitz attribue à ces droits fondamentaux, ce qui est problématique. Pour Beitz :

a social practice is a pattern of norm governed conduct whose participants understand it to serve certain purposes. (...) In the case of human rights, surely the most important consideration is that a doctrine of international human rights should be suited to the public

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Etinson, Adam et Matthew S. Liao. (2012). « Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights : A False Polemic? », p. 347

political role it is expected to play. An understanding of this public role constrains the content of the doctrine.⁴⁷

Il mentionne au moins trois manières dont le rôle public qu'on attribue à ces droits, résumé dans son modèle à deux niveaux, limite leur contenu. D'abord, il mentionne que cette compréhension a pour conséquence d'exclure, probablement, la protection d'intérêts qui ne sont pas considérés comme étant dignes d'être protégés par la plupart des membres des sociétés existantes. Ensuite, il écrit qu'on devrait également exclure les intérêts dont la négation n'est pas suffisante pour justifier l'intervention d'acteurs extérieurs⁴⁸. Finalement, la doctrine exclut les valeurs dont la dépravation ne peut être palliée par une forme permisible d'action internationale ayant des chances raisonnables de réussir⁴⁹.

Charles Beitz nous offre ainsi une définition formelle en identifiant les critères qui seraient pertinents pour classer les réclamations qui concernent les droits humains et celles qui ne les concernent pas. Or, comme le soulignent Liao et Etinson, cela ne fournit pas beaucoup d'informations pour s'orienter de manière a priori⁵⁰; on ne peut pas déterminer à l'avance le contenu de ces droits, mais on devrait se limiter à l'importance particulière de certains intérêts dans un contexte donné.

Cette position décrit en conséquence les droits humains d'une manière réductrice. Pour que la position de Beitz soit cohérente, il est nécessaire que les critiques qu'il adresse à la doctrine et la pratique des droits humains soient des critiques immanentes plutôt que des critiques fondés sur des perspectives normatives qui ne seraient pas influentes en pratique⁵¹. Le corollaire de cela, c'est que bien que l'approche pragmatique ici identifiée puisse dégager les justifications

⁴⁷ Beitz, Charles. 2009. *The Idea of Human Rights*, p. 105.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 106

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Etinson, Adam et Matthew S. Liao. (2012). « Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights : A False Polemic? », p. 349

⁵¹ Waldron, Jeremy. 2013. « Human Rights : A Critique of the Raz/Rawls Approach ». *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 405, p. 7.

inhérentes au régime des droits humains tel qu'il existe, elle n'offre que peu d'outils pour permettre une justification des droits humains en eux-mêmes⁵². En prenant le régime tel qu'il est et en le critiquant de l'intérieur, on passe à côté de la question de savoir si ce régime est légitime par lui-même.

Cela est problématique puisqu'une réflexion sur les fondations normatives des droits humains est nécessaire pour les justifier et, de là, éviter que la pratique dérive en un projet dominateur. Beitz reconnaît lui-même ce risque. Il reconnaît que la pratique des droits humains se déploie dans un contexte global marqué par de grandes inégalités de pouvoir. Dès lors, la doctrine des droits de l'homme peut parfois sembler être un mécanisme au travers duquel les acteurs plus puissants au niveau international favorisent leurs intérêts particuliers et, ainsi, la doctrine risque de devenir plus un instrument de domination qu'un instrument de protection, voire d'émancipation⁵³.

Beitz résume cette objection ainsi

The way this is usually put combines empirical and normative claims: first, that human rights are in some significant sense Western in content and origin and lack a foundation in the world's other moral culture; second, that when outside agents take action to enforce human rights, they express an arrogant and therefore objectionable disregard of the moral beliefs and ways of life of the ostensible beneficiaries of their action.⁵⁴

Il souligne, pour la deuxième partie de l'objection, qu'il n'est pas arrogant de viser à protéger des intérêts objectivement urgents qu'ont certains individus dans une situation, même s'ils ne reconnaissent pas eux-mêmes qu'ils ont ces intérêts. Ce qui est davantage en jeu, ce serait les actions prises pour protéger les intérêts menacés comparés aux bénéfices réels de ces actions. Beitz soutient qu'il faut non seulement prendre en compte les actions institutionnelles prises et leur compatibilité avec des valeurs morales largement acceptées dans une société particulière,

⁵² Chilton, Adam S. 2012. « Book Review (reviewing Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights*) ». dans *Harvard Human Rights Journal* 237, p. 239.

⁵³ Beitz, Charles. 2009. *The Idea of Human Rights*, p. 201-202.

⁵⁴ Beitz, Charles. 2009. *The Idea of Human Rights*, p. 203.

mais également la probabilité qu'ont les actions stratégiques disponibles de réussir sans causer de torts significatifs lors de leur implémentation⁵⁵. Il prescrit en conséquence la prudence lorsque la communauté internationale prend des mesures pour protéger des individus sans leur assentiment pour éviter toute forme de colonialisme.

Cependant, sa réponse à la première partie de l'objection est moins éloquente. Beitz écrit

It is plainly not the case, for example, that human rights to physical security, the essentials of personal liberty, and basic material goods like adequate nutrition and health care derive from parochially Western values. However one understands the normative significance of differences among the moral outlooks prevailing in various cultures, these differences are not so extensive as to impeach the entire human rights enterprise.⁵⁶

Or, les droits humains ne se limitent pas à de telles protections; ils sont sujets à être spécifiés face à un contexte particulier qu'on ne peut connaître d'avance. Comme Beitz le reconnaît lui-même, le discours soutenant les droits humains est un discours dynamique qui est sujet à changer et à s'adapter à des situations nouvelles et uniques. Comme il l'écrit: « [their] normative content is to some extent open ended and their application is frequently contested ». Plus loin il ajoute

What a theory of human rights [can] hope to accomplish is to clarify the uses to which they may be put in the discourse of global of global political life and to identify and give structure to the considerations it should be appropriate to take into account, in light of these uses, in deliberating about their content and application.

C'est ici que le bât blesse. Comme son approche se concentre sur les caractéristiques formelles des droits humains, elle ne peut confronter sérieusement les questions substantielles alors même qu'il serait nécessaire de les aborder pour avoir une réflexion sérieuse dans une délibération concernant leur contenu et leur application. Certes, cela est peu problématique pour des questions telles qu'assurer une nutrition de base ou une sécurité minimale, mais le contenu peut aussi toucher à des questions plus sensibles comme la peine de mort, la protection de la vie privée ou la protection contre des actes haineux.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 204-205.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 203-204

Le contenu même des droits ne peut échapper à des questions de valeurs; tout dépendant des valeurs que l'on considère fonder les droits humains, on aura tendance à considérer certaines questions comme touchant ou non à des questions de droits fondamentaux. Il ne suffit pas de voir si des intérêts sont urgents, mais il faut aussi se poser la question de savoir quels intérêts possèdent une force normative justifiant l'urgence, ce qui ne peut se faire sans des considérations morales fondatrices.

La délibération concernant le contenu et l'application des droits humains ne peut reposer seulement sur des normes immanentes au discours pratique les soutenant, mais elle doit pouvoir faire face à des désaccords profonds concernant les valeurs fondant les droits; désaccords ayant une incidence sur leur contenu et leur application. Bref, la position de Beitz, quoiqu'efficace sur les questions formelles, est problématique, car elle met de côté les valeurs morales qui peuvent être considérées comme fondant les droits humains ou pouvant être opposés au discours pratique justifiant habituellement ces droits. En d'autres mots, les questions substantielles ne peuvent être complètement englobées par des considérations formelles, d'où la faiblesse de l'approche pratique défendue par Beitz.

4. Rawls et le consensus par recoupement

La position rawlsienne concernant les droits de l'homme diffère sensiblement des approches d'Ignatieff et de Beitz. Elle vise à dépasser un simple accord reposant sur le statu quo et les relations de pouvoir existantes par le biais d'une méthode supposément impartiale pour déterminer le contenu des droits humains; de cette manière Rawls tente de répondre aux questions substantielles par une conception politique qui devrait être critique du *statu quo*.

Tel que mentionné dans le premier chapitre, Rawls part du principe du pluralisme raisonnable pour fonder les droits de l'homme. Cette reconnaissance du pluralisme dépasse un simple état de

fait; elle s'inscrit dans une lecture libérale des capacités humaines de raisonnements dans un contexte constitutionnel favorable (c'est-à-dire où il n'y a pas d'institutions sociales coercitives qui empêchent le déploiement de ces capacités). Face aux désaccords légitimes entre les individus qui résultent de cette situation, il en vient à développer un cadre structurant les relations internationales autour de valeurs politiques.

Logiquement, l'attention du philosophe porte en conséquence sur la manière d'arriver à un accord international autour des valeurs politiques que sont les droits humains. Rawls théorise un modèle contractualiste au niveau international à partir des fictions heuristiques de la position originelle et du voile d'ignorance. Néanmoins, ces notions sont utilisées d'une manière différente que dans *Théorie de la justice*. Au niveau international, Rawls souligne l'importance de tolérer ce qu'il appelle les peuples non libéraux, mais décents, et d'assurer une forme de respect entre les peuples.

Ce que Rawls désigne être un peuple libéral renvoie aux sociétés possédant un gouvernement constitutionnel et démocratique qui sert ses intérêts fondamentaux (et qui est donc sous le contrôle effectif des citoyens). De plus, ces citoyens partagent des sympathies communes (*common sympathies*), c'est-à-dire une forme de culture commune qui les motive à continuer de s'inscrire et à travailler ensemble sous le même gouvernement, et un certain caractère moral marqué par des principes et des normes raisonnables. En d'autres mots, les citoyens de peuples libéraux sont prêts à travailler ensemble suivant des règles acceptables par tous.⁵⁷

Le corollaire de cette description est que les peuples libéraux doivent être prêts à tolérer certains peuples non libéraux, les peuples bien ordonnés. Rawls décrit ces peuples comme des sociétés décentes hiérarchiques dans lesquelles on retrouve des mécanismes de consultation. Bien que ce

⁵⁷ Rawls, John. 1999. *The law of Peoples*, pp. 23-25.

ne soient pas des sociétés démocratiques à proprement parler, les citoyens peuvent malgré tout participer de manière minimale aux prises de décisions communes. Il s'agit également de peuples pacifiques qui respectent et contribuent à la stabilité des relations internationale.⁵⁸

Selon Rawls, les peuples libéraux doivent respecter ces peuples décents pour éviter d'être incohérents avec le fait qu'ils considèrent, à l'interne, le respect des divergences raisonnables comme une nécessité. Pour cet auteur

We recognize that a liberal society is to respect its citizens' comprehensive doctrines – religious, philosophical, and moral – provided that these doctrines are pursued in ways compatible with a reasonable political conception of justice and its public reason. Similarly, we say that, provided a nonliberal society' basic institutions meet certain specified conditions of political right and justice and lead its people to honor a reasonable and just law for the Society of Peoples, a liberal people is to tolerate and accept that society.⁵⁹

C'est donc précisément parce qu'on reconnaît un pluralisme raisonnable entre les citoyens qu'on doit aussi en tolérer un au niveau des peuples, à condition que les peuples en questions soient minimalement justes et raisonnables.

La tolérance, dans ce contexte, n'est pas seulement de s'abstenir d'avoir recours à des sanctions (qu'elles soient militaires, économiques ou diplomatiques) contre ces peuples décents, mais également de les reconnaître comme des partenaires égaux de la Société des Peuples. Ce respect mutuel entre les sociétés libérales et les sociétés non libérales, mais décentes, devrait structurer les relations internationales⁶⁰.

Face à ces considérations, Rawls va développer sa loi des Peuples, les normes régissant les relations internationales, à partir d'une position originelle et d'un voile d'ignorance qui prend en compte le respect de certains peuples non libéraux. Il décrit ainsi la position originale comme un

⁵⁸ *Ibid.*, p. 71-78.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 59-61

⁶⁰ *Ibid.*, p. 62

modèle qui permet de se représenter quelles normes pourraient raisonnablement être adoptées⁶¹. Dans ce modèle, Rawls décrit cette discussion fictive comme impliquant les représentants légitimes des peuples derrière un voile d'ignorance mince. C'est-à-dire un voile qui fait abstraction de la taille du territoire qu'occupe le peuple, de la taille de la population ou leur puissance relative par rapport aux autres peuples, etc., bien que les représentants soient au courant de la conception particulière du bien commun au sein de leur société et qu'ils soient explicitement à la recherche de principes cohérents avec l'autodétermination des démocraties libérales⁶².

Cette discussion inclut tour à tour seulement les représentants des peuples libéraux, puis les représentants des peuples libéraux et des peuples bien ordonnés, où il devrait être possible d'arriver à un consensus par recoupement. Rawls se distingue de cette manière de penseurs comme Ignatieffs ou Beitz. Le but ici n'est plus de faire ressortir les accords réels entre les principales conceptions du bien au niveau international ou d'abstraire les normes des droits humains du discours international les soutenant, mais bien plutôt de se demander quelles normes sont en mesure de structurer les relations internationales de manière raisonnable; c'est-à-dire de manière suffisamment tolérante et juste⁶³.

Les normes recherchées se trouvent cependant à un niveau politique. La méthode rawlsienne, notamment théorisée dans *Political Liberalism*, vise à éviter les désaccords raisonnables. Suivant Rawls, les différents participants seront prêts à s'accorder sur un même ensemble de normes, quoiqu'ils les acceptent pour des raisons différentes suivant leur doctrine compréhensive particulière⁶⁴. Ces normes transcendent ainsi les conceptions philosophiques ou religieuses

⁶¹ *Ibid.*, p. 32

⁶² *Ibid.*, p. 32-33

⁶³ *Ibid.*, p. 172.

⁶⁴ Rawls, John. 1993. *Political Liberalism*, p. 144-145.

compréhensives du bien. Cela est possible puisqu'elles ne font référence à aucune doctrine compréhensive en tant que telle, mais plutôt à des normes raisonnables. La raison publique, détaillée dans le chapitre précédent, est ainsi appliquée au niveau international pour établir les normes raisonnables de coopération entre les peuples.⁶⁵

On devrait ainsi arriver à un consensus stable pour les bonnes raisons. Contrairement à la position d'Ignatieff, on ne vise pas un simple *modus vivendi*; les différents représentants sont amenés à définir des principes de justice au niveau international qui dépassent leurs positions particulières pour réellement encadrer leurs relations. Au terme de cette discussion fictive entre les différents représentants, Rawls soutient qu'ils devraient adopter 8 principes pour fonder le droit international qui caractérise les limites de la tolérance entre les peuples. Les nations qui ne respectent pas ces principes seront considérées comme déraisonnables et donc condamnables par la communauté internationale. Dans ses mots :

1. People are free and independent, and their freedom and independence are to be respected by other peoples.
2. Peoples are to observe treaties and undertakings.
3. Peoples are equal and are parties to the agreements that bind them.
4. Peoples are to observe a duty of non-intervention.
5. Peoples have the right to self-defense but no right to instigate war for reasons other than self-defense.
6. Peoples are to honor human rights.
7. Peoples are to observe certain specified restrictions in the conduct of war.
8. Peoples have a duty to assist other peoples living under unfavorable conditions that prevent their having a just or decent political and social regime.⁶⁶

Ces principes sont à la base de la conception rawlsienne de la justice internationale. On se concentrera ici sur la question particulière de la signification et du contenu des droits humains dans cette approche.

Pour Rawls ces droits sont distincts des droits civils que l'on retrouve à l'intérieur d'une société libérale. Suivant sa position, les droits humains établissent un standard nécessaire, quoique non

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 54-58 et 154-158.

⁶⁶ Rawls, John. 1999. *The law of Peoples*, p. 37

suffisant, pour assurer la décence des institutions politiques et sociales domestiques. De là, Rawls soutient que ces droits internationaux possèdent en fait trois rôles : 1) le respect de ces droits est nécessaire pour permettre la décence des institutions politiques et de l'ordre légal d'une société donnée; 2) leur respect est suffisant pour exclure toute possibilité d'interventions diplomatiques, économiques ou armées dans un État donné; 3) les droits humains établissent une limite au pluralisme acceptable entre les peuples.

Les droits humains chez Rawls servent à la fois à définir des limites à l'autonomie interne des États et à identifier les peuples indécentes qui n'ont pas à être considérés comme des participants égaux à la société des peuples. En contrepartie, les droits qu'il identifie comme étant des droits humains sont très minimaux. Il identifie spécifiquement 1) un droit à la vie (donc un droit aux moyens d'existence et à une sécurité minimale), 2) un droit minimal à la liberté (soit un droit de ne pas être esclave, de ne pas être en état de servage ou d'être forcée d'avoir une occupation particulière en plus d'une liberté de conscience suffisante pour permettre la liberté de religion et la liberté de pensée), et 3) une égalité formelle (c'est-à-dire que les cas similaires doivent être traités de manière similaire en justice). Rawls soutient que ces droits ne peuvent pas être dénoncés et conséquemment rejetés, car on ne peut dire qu'ils reposent sur une conception libérale compréhensive propre à l'occident.⁶⁷

4.1 – Une proposition trop tolérante?

Le problème principal avec la position rawlsienne c'est qu'on a de la difficulté à voir pourquoi il faut inclure certains peuples et pas d'autres lors de l'élaboration de la loi des peuples; cet auteur n'offre pas de justifications suffisantes à la tolérance forte de l'autodétermination des peuples qui, au final, sous-tend une conception trop minimale des droits de l'homme.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 65

Il est important de souligner que les droits humains identifiés par Rawls ont une importance bien au-dessous de celle qui leur est donnée dans les déclarations contemporaines. Comme le remarque Beitz, Rawls ne considère pas que les droits humains sont des droits qui devraient être imposés (*enforceable*) aux constitutions nationales⁶⁸. Par extension, il ne considère pas les droits humains comme des raisons suffisantes pour que la communauté internationale entreprenne des actions favorisant des réformes politiques chez des États récalcitrants⁶⁹.

Parallèlement, comme le fait remarquer Kok-Chor Tan, on peut se demander pourquoi il faudrait se contenter des droits très minimaux identifiés par Rawls. Les droits humains issus de la tradition libérale sont en effet davantage préoccupés par le bien-être des individus, ce qui implique des droits plus étendus que les droits humains identifiés par Rawls. Dans ce contexte Tan demande : « why should [the liberals] (...) tolerate regimes whose institutions sustain domestic inequality and are antithetical to any liberal aspiration citizens of these regimes may have? »⁷⁰. On peut en effet se demander pourquoi il faudrait mettre l'accent sur les représentants des peuples plutôt que sur les citoyens eux-mêmes, alors que certains d'entre eux pourraient avoir des aspirations plus libérales que le peuple, ou plutôt que les représentants de peuples auxquels on les rattache.

Ce point est très bien exposé par Martha Nussbaum. Elle écrit

a people may win respect in the community of peoples even if property rights, voting rights, and religious freedom are unequally assigned to different actors within the society. The stringent requirements of political democracy, the equal worth of liberty, and universal suffrage are replaced by the far weaker requirement of a “reasonable consultation hierarchy”.⁷¹

⁶⁸ Beitz, Charles. 2009. *The Idea of Human Rights*, p. 101

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Tan, Kok-Chor. 1998. « Liberal Toleration in Rawls's Law of Peoples », dans *Ethics*, vol. 108, no 2, p. 282.

⁷¹ Nussbaum, Martha. 2002. « Women and the law of people », *Politics, Philosophy and Economics*, p. 291.

Le problème avec l'approche tolérante défendue par Rawls c'est qu'elle tend à ignorer les inégalités de pouvoirs réelles que l'on peut constater entre un groupe dominant et un groupe dominé au sein d'un peuple qui pourrait être considéré comme décent. Pour Nussbaum, cela est particulièrement significatif lorsque l'on considère la place des femmes au sein de différents peuples.

Elle prend l'exemple du Kerala, province indienne catholique qui, si elle était un pays, pourrait être considérée comme une nation décente⁷². Cet exemple lui permet de montrer une incohérence de la position rawlsienne. Le Kerala en tant que province ne peut raisonnablement conserver une inégalité entre les hommes et les femmes sans être critiqué par les autres doctrines indiennes raisonnables, puisqu'il fait partie d'un État libéral englobant. Cependant, le Kerala, en tant que nation au niveau international, échappe soudainement aux critiques, car il serait néanmoins décent en respectant les droits humains minimaux et la loi des peuples, malgré cette inégalité fondamentale. Pourquoi permettre cette différence? Nussbaum cible la différence entre le cas national et international ainsi

In the domestic case, it appears that Rawls's principle of toleration is actually a person-centred principle: it is a principle about the importance of respecting persons and their comprehensive conceptions of the good. In the transnational case, although Rawls depicts himself as applying the same principle, it appears that the principle is fundamentally different: it is a principle that respects groups rather than persons, and that actually shows deficient respect for persons, in so far as it allows their course to be dictated by that of the dominant group in their vicinity, whether they happen to like or belong to that group or not.⁷³

Il y aurait donc un problème entre sa méthode du voile d'ignorance appliqué au niveau national dans *Théorie de la justice*, où il critique justement les théories utilitaristes de ne pas suffisamment se pencher sur l'importance intrinsèque des personnes et de leur vie⁷⁴, alors que dans sa théorie

⁷² *Ibid.*, p. 291-292

⁷³ *Ibid.*, p. 293

⁷⁴ Rawls, John. 1971 [1997]. *Théorie de la Justice*, trad. Catherine Audard, Éditions Points, p. 52-53.

internationale il est prêt à sacrifier une bonne partie de l'inviolabilité des personnes au nom d'un principe de tolérance appliqué aux groupes.

Cette incohérence reposerait sur une analogie défectueuse entre le niveau national et international. Comme il a été mentionné plus haut, Rawls part du principe de tolérance des États libéraux qui doivent respecter les doctrines compréhensives raisonnables de leurs citoyens pour justifier par extension la tolérance des sociétés non libérales⁷⁵. Ce problème est souligné à la fois par Kok-Chor Tan⁷⁶ et Martha Nussbaum qui se rejoignent sur ce point. Cependant, Nussbaum a l'avantage d'illustrer cette incohérence avec le cas particulier de la place des femmes dans plusieurs nations, ce qui permet de voir l'incohérence clairement.

Nussbaum souligne que cette analogie est défectueuse pour trois raisons principales⁷⁷. D'abord il est douteux de soutenir que dans les nations décentes, comme dans toutes nations, on retrouve un véritable consensus autour d'une doctrine compréhensive, surtout si celle-ci est inégalitaire. Conséquemment, le fait qu'une doctrine soit prédominante sur un territoire géographique déterminé semble un fondement contestable pour justifier le sacrifice d'une conception plus extensive des droits humains.⁷⁸

Ensuite, il est important de souligner qu'une organisation hiérarchique et la subordination de certaines personnes est fondamentalement inéquitable. Si l'on considère, comme Rawls le fait pour les nations libérales, que la structure de base d'une société doit respecter la dignité des personnes, alors il est curieux qu'on puisse accepter des inégalités fondamentales entre les femmes et les hommes parce qu'un groupe masculin est prédominant dans une nation donnée. Ce

⁷⁵ Ce glissement de la tolérance entre concitoyens à la tolérance de sociétés entières est particulièrement visible dans Rawls, John. *The Law of Peoples*, p. 59-60.

⁷⁶ Tan, Kok-Chor. « Liberal Toleration in Rawls's Law of Peoples », p. 282.

⁷⁷ Nussbaum, Martha. 2002. « Women and the law of people », p. 294-297

⁷⁸ *Ibid.*, p. 296

qui, troisièmement, est particulièrement problématique du fait que cela affecte justement la structure de base du peuple en question; cela signifie que les inégalités peuvent être profondément ancrées dans le fonctionnement institutionnel de la nation sans que ce soit considéré suffisant pour recevoir ne serait-ce qu'une forme de reproche de la communauté internationale.

Nussbaum souligne par exemple le manque de recours qu'ont les femmes pour améliorer leurs conditions de vie et pour dénoncer les injustices dont elles sont victimes. La position rawlsienne passe à côté de droits qui pourraient et qui sont d'ordinaire considérés comme fondamentaux du fait qu'ils sont déterminants pour améliorer le statut des femmes dans certaines nations. Nussbaum mentionne par exemple un droit égal à la propriété privée et un droit à être sur un pied d'égalité lors d'un divorce comme des conditions nécessaires pour assurer la dignité égale des femmes par rapport aux hommes et pour leur donner les moyens d'améliorer leur position sociale⁷⁹.

Il apparaît ici que la tolérance internationale soutenue par Rawls échoue à promouvoir la protection égale de la dignité de tous et qu'elle pourrait même soutenir, de bonne foi, des situations foncièrement injustes. Cela expose une tension forte au sein du libéralisme, soulignée par Tan, entre le fait de vouloir tolérer les groupes non libéraux raisonnables, mais d'également soutenir les individus dissidents qui pourraient avoir des aspirations plus libérales⁸⁰. Sans vouloir définitivement régler cette question ici, il est néanmoins important de souligner que de mettre l'accent sur le respect des nations non libérales, au détriment de la dignité de certains individus et de certains groupes, apparaît comme une réponse peu convaincante.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 296

⁸⁰ Tan, Kok-Chor. « Liberal Toleration in Rawls's Law of Peoples », p. 290.

4.2 – Les limites de la raison publique

Cependant, on peut se demander si cette application par Rawls d'un concept de tolérance fort au niveau des peuples n'est pas qu'un simple accident de parcours qu'il serait possible de corriger en appliquant sa méthodologie de la position originelle, du voile d'ignorance et de la raison publique, toujours au niveau international, mais entre les individus pour rescaper son approche politique⁸¹. Cette utilisation pourrait justifier des droits humains plus extensifs et une approche plus critique des nations inégalitaires. Cependant, comme il sera montré, la notion de raison publique telle que présentée par Rawls présente de nombreux problèmes qui risquent de couvrir des situations portant atteinte à la dignité des personnes les plus vulnérables en plus d'avoir un aspect communicationnel limité, ce qui en fait un outil contestable pour aborder la question des droits humains.

La démarche rawlsienne de la position originelle et du voile d'ignorance n'échappe pas au problème du monologisme. Ce problème est notamment relevé par Stéphane Courtois. Il souligne que le processus de justification au travers duquel on arrive aux normes publiques raisonnables n'est jamais conçu par Rawls comme un processus de discussion publique réel entre les citoyens, mais renvoie plutôt à un processus interne, privé⁸². Comme il l'écrit, l'équilibre réfléchi⁸³ atteint au terme de sa méthode : « n'est pas "intersubjectif" : il n'est que la coïncidence "heureuse" des démarches de justification entreprises par chacun individuellement autour d'une conception publique de la justice, mais il ne tient pas compte du *processus intersubjectif* de justification des

⁸¹ Par exemple Joseph Carens a appliqué la méthode rawlsienne au niveau international et a obtenu des résultats beaucoup plus individualistes que ceux mis de l'avant dans *The Law of Peoples*. Voir Carens, Joseph H. 2007. « Étrangers et citoyens : un plaidoyer en faveur de l'ouverture des frontières », dans *Raisons politiques*, Vol. 23, no. 26, pp. 16-27.

⁸² Courtois, Stéphane. 2003. « Droit et démocratie chez John Rawls et Jürgen Habermas : Fondationnalisme des droits ou démocratie délibérative? », *Politique et Sociétés*, vol. 22, no 2, p. 121.

⁸³ L'équilibre réfléchi est atteint au moment où les normes politiques raisonnables reconnues sont accordées avec les conceptions compréhensives particulières. C'est à ce moment que les normes générales identifiées et nos jugements particuliers sont mutuellement ajustés. voir Rawls, John. *Political Liberalism*, p. 28.

croyances des uns à l'endroit des autres »⁸⁴. La discussion réelle qui pourrait fonder les normes de justice publique vient après et est dérivée de ce moment privé prédominant.

Ce point est approfondi par Maeve Cooke. Rawls, dans sa description de la raison publique, ne fait référence à un raisonnement intersubjectif qu'indirectement par la notion de réciprocité; les participants doivent vérifier (*check*) la compatibilité des principes qu'ils proposent avec les doctrines compréhensives des autres participants. En ce sens, les participants devraient pouvoir se justifier mutuellement les principes de justice auxquels ils arrivent. Cependant, comme le souligne Cooke,

public reasoning is presented by Rawls as an essentially “*monological*” or *private* process in which citizens work out for themselves whether the advocated political principles are reasonable in the sense of capable of being reasonably accepted by all. What is missing from the Rawlsian conception of public reasoning is its dynamic, transformatory dimension: for Rawls, public reason is not a dynamic process of reasoning that *generates* normative agreement through the transformation of preferences but an idea imposing a *constraint* on publicly acceptable political principles.⁸⁵

Bref, la raison publique n'est pas chez Rawls l'occasion de transformer et d'évaluer les principes de justice communs, mais bien des contraintes qui encadrent ce qui peut apparaître comme juste.

Cela peut être problématique puisque les contraintes imposées par ce monologisme risquent de passer outre certaines formes d'injustices fondamentales. Le fait que Rawls demande qu'on aborde les questions constitutionnelles essentielles avec des raisons publiques « faisant intervenir des valeurs politiques dont on présume qu'elles pourraient être acceptées par les autres selon l'exigence de réciprocité », et donc qui ne font intervenir aucune conception compréhensive, est exclusif⁸⁶.

⁸⁴ Courtois, Stéphane, op.cit., p. 122.

⁸⁵ Cooke, Maeve. 2000. « Five Arguments for Deliberative Democracy », *Political Studies*, vol. 48, p. 958. Voir Aussi Benhabib, Seyla. 1996. « Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy », dans Seyla Benhabib (dir.), *Democracy and difference*, Princeton NJ: Princeton University Press, p. 76.

⁸⁶ Courtois, Stéphane. « Droit et démocratie chez John Rawls et Jürgen Habermas :Fondationnalisme des droits ou démocratie délibérative? », p. 119.

Il est parfois nécessaire de faire appel à des doctrines compréhensives au travers de discussions réelles pour confronter des désaccords profonds pour arriver à des normes fondamentales réellement équitables pour tous. Sur des sujets comme l'avortement, la peine de mort ou la pornographie des raisons publiques acceptables par toutes les parties font souvent défaut⁸⁷.

Ce qui nous intéresse ici plus particulièrement, c'est la position qu'occupent les personnes et les groupes marginalisés qui font souvent les frais de cette prétention à l'impartialité affirmée par la méthode rawlsienne. Un des buts de la théorie rawlsienne est de trouver une méthode impartiale pour trouver des normes justes pour régir les interactions non seulement entre des concitoyens, mais aussi au niveau international entre les nations. Toutefois, la définition même des normes justes, raisonnables peut nécessiter une participation au travers d'une discussion réelle pour permettre une réflexion profonde et informée sur les normes qui régissent nos interactions.

Il est donc important de voir que la notion même de réciprocité sous-tend une forme plus forte d'inclusion démocratique dans la définition des normes fondamentales, dont les droits humains; la recherche des droits peut difficilement être réalisée « dans la tête » de citoyens idéaux et imaginés. Cela est bien saisi par Melissa Williams qui souligne l'importance d'inclure une pluralité de perspectives au cours d'une délibération ouverte pour permettre une prise de décision réellement informée. Pour elle

la présence d'une pluralité de points de vue ou d'opinions dans la discussion politique améliore, sans doute, nos jugements et nos décisions en nous permettant d'anticiper certaines faiblesses et certains pièges associés à toute perspective particulière. Elle permet aux décisions d'être plus complètes, d'inclure un plus grand éventail de possibilités sociales et politiques et de prévoir un plus grand ombre de conséquences sociales et politiques de nos décisions.⁸⁸

⁸⁷ *Ibid.*, p. 119

⁸⁸ Williams, Melissa S. 2002. « Représentation de groupe et démocratie délibérative : une alliance malaisée », *Philosophiques*, vol. 29, no 2, p.224

Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on considère la perspective des groupes marginalisés qui profitent particulièrement des protections garanties par les droits humains. Williams défend que ces groupes sont dans une posture privilégiée pour discerner « des aspects des forces sociales qui ne sont pas évidents aux autres »⁸⁹. Ils peuvent en outre mieux percevoir comment des pratiques existantes contribuent à perpétuer leur marginalisation et donc de mettre en lumière les dimensions injustes d'un arrangement social donné⁹⁰. Leur permettre d'exprimer leur critique dans un langage compréhensif est une condition nécessaire à la mise en place et la réalisation de droits fondamentaux, qui garantissent le respect de l'égalité de dignité de chaque personne.

Pour revenir à l'exemple des femmes dans l'État supposé du Kerala, on peut voir comment le principe de tolérance de Rawls est trop englobant et peut soutenir des arrangements injustes notamment envers les femmes, mais on voit également que l'inclusion politique directe de ces dernières est un moyen privilégié d'éviter ces problèmes et de mettre en lumière les droits humains fondamentaux qui sont particulièrement urgents dans leur contexte. La méthodologie de la position originelle et du voile d'ignorance n'arrive pas à considérer les apports transformatifs liés à une discussion réelle. Potentiel pourtant approprié pour aborder la question de la protection égale de toute personne dont les plus marginalisées, qui demeurent plus à risque de voir leur dignité attaquée.

5. Conclusion

Ce tour rapide des principales approches politiques des droits humains mène à un problème singulier. Certes ces approches sont particulièrement efficaces pour identifier les dimensions institutionnelles des droits, mais la définition politique des droits humains est problématique. D'un côté, on voit pourquoi il faut éviter de tomber dans la simple identification

⁸⁹ *Ibid.*, p. 224-225.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 224-225.

d'un *modus vivendi* empirique et que, pourtant, les critiques de la perspective pragmatique de Beitz et de la méthodologie Rawlsienne pointent vers la pertinence de l'inclusion réelle, empirique des différents points de vue dans la discussion entourant la question du contenu et de l'application des droits humains. Comme il sera discuté dans les prochains chapitres, une conception délibérative de la discussion permet de développer une approche qui évite à la fois le risque du *modus vivendi* et qui puisse considérer sérieusement les perspectives des groupes marginalisés. Conséquemment, un fondement délibératif des droits de l'homme devrait permettre de voir comment il est possible de favoriser la dignité égale de chaque personne humaine.

Chapitre 3 : Délibération et droits fondamentaux

Il ressort deux conclusions principales des chapitres précédents. D'abord, suivant la discussion sur les approches naturalistes, il ressort que non seulement ces approches peinent à identifier la responsabilité institutionnelle liée à la question des droits de l'homme, mais leur intention première même doit être tempérée. La tentative d'identifier des caractéristiques humaines fondamentales à protéger ou un seuil objectif permettant de fonder ces droits fondamentaux se heurte à la fois au problème du pluralisme légitime et risque de donner lieu à une colonisation discursive où l'on écarte les points de vue des groupes marginalisés. En ce sens, la protection de la dignité inhérente à chaque individu et la considération effective des intérêts des personnes et des groupes marginalisés s'avère être centrale à la mise en place d'un régime des droits de l'homme respectueux de chaque personne.

Ensuite, la discussion autour des approches politiques a problématisé cette considération effective des différents points de vue en ce qui concerne les fondements et le contenu des droits de l'homme. Considérer simplement les différents points de vue existants, sans distance critique, risque de limiter ces droits fondamentaux à un simple *modus vivendi*, comme l'illustre la position de Michael Ignatieff. Paradoxalement, l'analyse critique de la position de John Rawls montre que de tenter de trouver cette distance critique au travers d'une méthode qui exclue les positions compréhensives concurrentes pour les dépasser risque aussi d'être le vecteur d'exclusions. Ce faisant, l'approche rawlsienne peine à confronter des inégalités de pouvoir qui devraient pourtant être dénoncées par les droits de l'homme.

Une approche délibérative des droits de l'homme permet de répondre à ces deux défis. Une telle approche est en mesure de proposer un standard critique pour fonder les droits humains et de

montrer comment il est possible d'inclure des perspectives concurrentes dans une discussion réelle sans se limiter à un *modus vivendi*. Cet argument se décline en deux étapes. En premier lieu, il est nécessaire de faire un détour du côté des théories délibératives pour illustrer comment cette approche qui insiste sur la discussion pour fonder des décisions politiques légitimes est apte à définir des droits fondamentaux. À partir d'une réflexion critique des thèses habermassienne mises de l'avant dans *Droit et Démocratie*, nous défendrons qu'il est possible d'identifier des normes fondamentales assurant une justice de base entre les personnes tout en considérant ces normes comme provisoires et révisables. Ensuite, le chapitre suivant explorera ce que cette délibération implique lorsqu'appliquée au niveau transnational.

1. Droits et délibération : la co-originarité du droit et de la morale

Il est d'abord important de se pencher sur la relation qui lie la démocratie et le droit. Face à la question du lien unissant la discussion politique et l'affirmation de droits fondamentaux, Habermas développe la notion de la co-originarité du droit et de la morale; il théorise une manière d'imbriquer la notion de droit et un principe de discussion. Cet auteur met en lumière l'interrelation profonde entre l'autodétermination des individus et la nécessité d'une détermination démocratique de la loi. Suivant sa lecture de Kant, Habermas soutient que ce dernier emprunterait à Rousseau l'idée d'une « législation publique », réalisée démocratiquement¹. Législation qui permettrait de faire le lien entre la notion d'autonomie privée, renvoyant à la capacité kantienne innée qu'a chaque individu de déterminer par lui-même ses actions subjectives (ce qui leur permet d'être des personnes morales), et la notion des droits objectifs qui régissent une société donnée².

¹ Habermas, Jürgen. 1992 [1997]. *Droit et Démocratie : Entre faits et normes*, trad. Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Gallimard, p. 108-110.

² *Ibid.*

Habermas constate cependant un manque de clarté dans la relation entre le principe du droit, le principe moral propre à chaque personne et le principe démocratique chez ces deux auteurs. Il associe ce flou au fait que : « chez Kant comme chez Rousseau, il existe entre les *droits de l'homme* fondés moralement et le *principe de la souveraineté populaire* une *relation de concurrence* inavouée »³. Il y aurait une tension entre les droits de l'homme, qui devraient être innés à chacun, et l'organisation politique et légale d'une communauté qui s'organise selon la volonté souveraine du peuple qui la constitue⁴; deux dimensions qui ne sont pas réconciliées par les théories de Kant et de Rousseau du fait que leurs théories n'arrivent pas à trouver un pont normatif convaincant entre la volonté subjective du sujet et la volonté collective de la communauté politique⁵.

Pour sa part, Habermas trouve ce pont dans le principe de la discussion où les questions collectives sont résolues de manière rationnelle au travers d'une discussion publique. Le point central de l'approche d'Habermas est que les institutions politiques et les décisions pratiques peuvent être gouvernées par une rationalité discursive et des affirmations publiques qui prétendent être valides⁶. Il découle de là que les questions de justice, comme les questions qui abordent ce qui est «vrai», vérifiable, peuvent être résolues de manière discursive dans des processus communicationnels institutionnalisés au travers desquels il serait possible d'arriver à des décisions collectives rationnelles et légitimes⁷. Habermas tente de cette manière de fonder la rationalité, et de là la légitimité, de toute décision collective sur la base d'un principe de

³ *Ibid.*, p. 110

⁴ *Ibid.*, p. 115. On retrouve donc ici la tension déjà observée entre les droits de l'homme et la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination aux communautés politiques. Habermas se base sur les analyses de Frank Michelman pour cette observation. Voir Michelman, Frank I. 1988. « Law's Republic », *The Yale Law Journal*, vol. 97.

⁵ *Ibid.*, p. 115-120. Pour un résumé de ces critiques, voir Leclerc, Arnauld. 2014. « La thèse habermassienne de l'interrelation entre droits de l'homme et démocratie : perspectives critiques », dans *Klesis*, vol. 29, pp. 36-38.

⁶ Bohman, James F. 1990 « Communication, Ideology, and democratic Theory », dans *The American Political Science Association*, vol. 84, no. 1, p. 94

⁷ *Ibid.*

discussion, le principe D, intrinsèquement lié à un principe démocratique. Ces deux principes sont centraux par rapport à l'établissement des normes juridiques qui doivent régir objectivement une communauté⁸. Les deux principes devraient permettre au droit de ne pas être un simple outil de domination de l'État sur la société qu'il chapeaute, mais d'être légitime, rationnel et donc moral.

Le principe de discussion pose que : « [sont] valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles »⁹. Ce principe devrait permettre de montrer que les normes d'actions peuvent être « fondées en raison de manière impartiale »¹⁰. Il est en plus intrinsèquement lié un principe démocratique qui permet de réconcilier morale et droit juridique. Pour Habermas

le principe démocratique doit établir une procédure d'institution légitime du droit. Ce principe dit en effet que seules peuvent prétendre à une validité légitime des lois juridiques qui sont à même, dans un processus d'institution du droit par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique, de trouver l'adhésion de tous les sociétaires juridiques. Il élucide, en d'autres termes, le sens performatif de la pratique d'autodétermination mise en œuvre par des sociétaires juridiques qui se reconnaissent les uns les autres comme membres libres et égaux d'une association qu'ils ont librement approuvée.¹¹

On arrive ici à l'entrelacement entre la discussion, la pratique démocratique et le droit. La discussion pratique, la recherche intersubjective d'un accord légitime pour tous peut, démocratiquement, légitimer le droit, mais en contrepartie le droit est lui-même nécessaire pour s'assurer que la discussion démocratique ait un impact objectif. Il y a donc chez le philosophe de

⁸ Habermas, Jürgen. 1992 [1997], *Op. cit.*, p. 151.

⁹ *Ibid.*, p. 123.

¹⁰ *Ibid.*, p. 125

¹¹ *Ibid.*, p. 126

Francfort une certaine circularité entre les droits reconnus aux citoyens et le principe démocratique lui-même; ils sont co-originares¹².

Comme le souligne Arnauld Leclerc, il est pertinent d'approcher cette question en soulignant que la genèse logique des droits fondamentaux et de la démocratie, telle que présentée par Habermas, suit deux étapes. Soit 1) la présupposition nécessaire d'un code juridique pour permettre la démocratie et 2) l'élaboration d'une procédure délibérative démocratique pour définir le code juridique.

D'abord, pour Habermas, la démocratie présuppose nécessairement le droit; il faut que les citoyens conçoivent cet outil comme l'aboutissement logique de leur délibération. Les citoyens d'une société donnée doivent pouvoir se considérer à la fois comme les auteurs et les sujets des droits qui les encadrent¹³. L'auteur de Francfort souligne que la conjonction du principe de discussion et du droit comme médium social implique nécessairement les trois catégories de droits suivantes

- (1) des droits fondamentaux qui résultent du développement, politiquement autonome, du *droit à l'étendue la plus grande possible de libertés subjectives d'action égales* pour tous, ce qui requiert comme corrélats nécessaires :
- (2) des droits fondamentaux résultant du développement, politiquement autonome, du *statut de membre* dans une association volontaire de sociétaires juridique;
- (3) des droits fondamentaux résultant de manière immédiate de l'*exigibilité* des droits et du développement, politiquement autonome, de la *protection juridique* individuelle.¹⁴

Ces trois catégories résultent de l'application du principe de la discussion au médium du droit.

Plusieurs choses ressortent ici, mais il est important de souligner quelques éléments en particulier. D'abord, de manière logique, en liant la notion de droit et de discussion démocratique, il est nécessaire que le droit s'applique également à tous les citoyens; la sphère du droit, qui tire sa légitimité d'une discussion démocratique, doit se déployer de manière telle que

¹² Leclerc, Arnauld. 2014. *Op. cit.*, p. 41.

¹³ Habermas, Jürgen. 1992 [1997], *Op. cit.*, p. 138.

¹⁴ *Ibid.*, p. 140.

chaque citoyen possède les mêmes droits fondamentaux. D'où l'importance de la reconnaissance réciproque des citoyens qui se désignent mutuellement et volontairement, dans l'idéal, comme des co-sociétaires. En d'autres mots, les citoyens doivent se reconnaître mutuellement comme des participants égaux au débat démocratique au sein d'une même collectivité. En plus, ces droits sous-tendent certains mécanismes de protection juridique qui s'appliqueront aussi de manière égale à tous les citoyens. Bref, ancrer la notion de droit dans un principe de discussion démocratique suppose que chaque participant à la discussion soit l'égal de tout autre, qu'ils s'accordent mutuellement les mêmes droits fondamentaux et que ces droits les protègent de manière uniforme.¹⁵

Ensuite, il faut définir le contenu de ces droits très abstraits. Or, comme l'écrit Leclerc : « Habermas suggère de réarticuler le lien entre le droit positif et les libertés individuelles en comprenant le droit d'une manière pragmatique et donc purement procédurale »¹⁶. Cette accusation de procéduralisme pur sera tempérée ci-dessous, mais c'est bien le principe discursif qui va définir rétroactivement le contenu spécifique des droits fondamentaux. Cette spécification n'est toutefois pas une remise en question, mais bien plutôt une actualisation par rapport à un contexte donné; les droits fondamentaux sont ouverts à une spécification contextuelle, bien que, dans l'abstrait, ils soient transcendants et intemporels.

Pour Habermas

les droits inscrits dans le code juridique lui-même demeurent encore à ce stade, pour ainsi dire, *non saturé*. Il est nécessaire qu'ils soient, selon les circonstances, *interprétés* et *développés* par un législateur politique. Le code juridique ne peut être institué *in abstracto*, mais seulement de manière que les citoyens qui veulent régler leur vie en commun de façon légitime au moyen du droit positif s'attribuent les uns les autres certains *droits*.¹⁷

¹⁵ Leclerc, Arnauld. 2014. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁶ *Ibid.*, p. 43

¹⁷ Habermas, Jürgen. 1992 [1997], *Op. cit.*, p. 147.

Cet auteur donne des exemples concernant le sens contemporain qu'ont pris ces droits au sein du libéralisme. Il mentionne des droits variés qui englobent la liberté de choisir sa profession, un droit à l'inviolabilité de sa personne et de son domicile, jusqu'au droit d'asile¹⁸. Cette spécification doit cependant reposer sur l'autonomie politique de citoyens égaux devant la loi et passer au travers d'une procédure démocratique légitime. Cette importance de l'égalité intersubjective dans la spécification de la loi amène Habermas à spécifier deux autres catégories de droits abstraits traitant davantage de la procédure légitime pour établir les droits *saturés*. Il écrit

Ce n'est qu'au stade suivant que les sujets de droit acquièrent aussi le rôle d'*auteurs* de leur ordre juridique, et ce par :

(4) Des droits fondamentaux à participer à chances égales aux processus de formation de l'opinion et de la volonté constituant le cadre dans lequel les citoyens exercent leur *autonomie politique* et à travers lequel ils instaurent un droit légitime.¹⁹

Et il ajoute :

Les droits politiques fondent, en effet, le statut de citoyens égaux et libres, lequel est autoréférentiel dans la mesure où il permet aux citoyens de transformer leur position juridique matérielle en fonction du but que représentent l'interprétation et le développement concret d'une autonomie publique et privée. Compte tenu de ce but, les droits énumérés jusqu'ici *impliquent* donc en dernier lieu :

(5) des droits fondamentaux à l'octroi de conditions de vie qui soient assurées aux niveaux social, technique et écologique, dans la mesure où cela peut s'avérer nécessaire, dans des conditions données, à la jouissance à égalité de chance des droits civiques énumérés de (1) à (4).²⁰

Ces droits affirment donc un droit égal pour tous les co-sociétaires de contester ou d'affirmer la validité de certains droits, de certaines normes juridiques et de jouir de conditions de vie telles qu'ils doivent être en mesure de participer, comme tout autre, à la procédure démocratique.

Bref, Habermas propose un modèle délibératif inclusif pour rendre compte, dans l'idéal, de la manière dont les droits fondamentaux peuvent être actualisés et affirmés. Cela passe par un droit

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 140

²⁰ *Ibid.*, p. 140

de participation égal aux débats politiques pour tous les concitoyens d'une société. Droit de participation qui explique que, pour Habermas, l'arrangement constitutionnel et légal d'une société lui apparaissent comme un projet ouvert, toujours à réactualiser²¹.

1.1 – La face de Janus des droits humains

Cette approche logique qui pose la co-originarité du droit et de la morale l'amène à avoir une position originale à propos des droits humains. Habermas souligne que la légitimité d'une société démocratique repose sur deux choses : la souveraineté populaire et les droits humains. Il caractérise la relation désirée entre ces deux notions d'une manière telle que les droits de l'homme devraient garantir les conditions nécessaires à la formation d'une volonté commune raisonnable²². Cependant, il ajoute que ces droits ne peuvent être simplement imposés comme des contraintes extérieures au souverain populaire ni être simplement instrumentalisés pour soutenir l'autodétermination démocratique vu qu'ils possèdent une valeur intrinsèque²³. Il s'ensuit une tension entre les deux notions qui n'est pas aisément soluble.

Il est en premier lieu important de souligner la dimension légale de ces droits qui est réitérée par Habermas. Il met en effet de l'avant la face de Janus des droits de l'homme; dualité qui découle de leur dimension à la fois morale et légale. Il écrit

[because] the *moral premise* of equal respect for everybody is supposed to be cashed out in *legal currency*, human rights exhibit a Janus face turned simultaneously to morality and to law²⁴. Notwithstanding their exclusively moral *content*, they have the *form* of enforceable subjective rights that grant specific liberties and claims. They are designed to be *spelled out in concrete terms* through democratic legislation, to be *specified* from case to case in adjudication, and to be *enforced* in cases of violation. Thus, human rights circumscribe

²¹ *Ibid.*, p. 147

²² Habermas, Jürgen. 1998 [2001]. *The Postnational Constellation : Political Essays*, (trad.) Max Pensky, Cambridge, MA : The MIT Press, p. 117.

²³ *Ibid.*, p. 116-117.

²⁴ Habermas fait ici directement référence aux études de Georg Lohmann. Voir Lohmann, Georg. 1998. «Menschenrechte zwischen Moral und Recht », dans *Philosophie der Menschenrechte*, Francfort-sur-le-main : Suhrkamp, p. 62-95.

precisely that part (and only that part) of morality which *can* be translated into the medium of coercive law and become political reality in the robust shape of effective civil rights.²⁵

Les droits humains occupent ainsi une position particulière : à la fois nécessaires à l'ordre démocratique lui-même, ils doivent néanmoins être spécifiés démocratiquement pour être actualisés au sein d'un contexte donné par leur affirmation dans des droits civils.

De surcroît, le lien entre le contenu moral et leur forme juridique est motivé par le fait que ces droits fondamentaux ont pour fonction de protéger la dignité égale des individus, d'assurer leur *respect égal*. Il est important de souligner ici que cet auteur considère que la notion de dignité joue le rôle de catalyseur motivant le passage de normes morales à des normes légales, juridiques, coercitives²⁶. Il écrit : «[the] idea of human dignity is the conceptual hinge that connects the *morality* of equal respect for everyone with positive *law* and democratic lawmaking in such a way that their interplay could give rise to a political order founded upon human rights»²⁷. C'est la notion même de dignité humaine qui justifie de faire le pont entre moralité et droits positifs, coercitifs, légalisés. Les droits humains sont de cette manière intrinsèquement reliés à la garantie d'une participation démocratique égale au sein d'une collectivité discursive donnée.

On voit donc le problème avec lequel Habermas doit composer lorsque l'on considère simultanément ces précisions sur les droits humains et sa discussion sur la co-originarité du droit et de la morale : les droits humains sont posés comme des normes morales universelles et individuelles, mais qui doivent être actualisées pour être rendues effectives dans un contexte particulier. Actualisation qui passe par l'organisation sociale dialogique et délibérative qui a été esquissée plus haut. Or, on peut se demander si cette co-originarité des droits est convaincante

²⁵ Habermas, Jürgen. 2010. « The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights », dans *Metaphilosophy* vol. 41, no 4, p. 470.

²⁶ *Ibid.*, p. 473-474

²⁷ Habermas, Jürgen. 2010. *op. cit.*, p. 469.

pour fonder des droits aussi fondamentaux que sont les droits humains. Suivant les critiques fondées qui sont formulées contre cette perspective, il sera nécessaire d'adopter une approche délibérative amendée pour pouvoir assurer une protection réelle de la dignité de toute personne.

1.2 – Délibération et fondements

On peut d'abord douter que l'approche délibérative habermassienne soit apte à fonder des droits aussi cruciaux que les droits de l'homme. Cette critique est avancée par Carol Gould. Selon cette théoricienne, la délibération est un fondement impropre aux normes fondamentales que sont les droits humains, car elle permet la contestation de normes qui, justement, devraient être incontestables. Pour cette auteure, il n'est pas possible de soutenir que des normes sont ouvertes à la discussion sans à la fois voir que, ce faisant, il est possible de les rejeter. Elle souligne de cette manière que si l'on considère des normes comme étant réellement fondamentales, il est nécessaire de les considérer comme prééminente par rapport à la discussion publique. Suivant sa position, il y a une contradiction entre le fait poser certaines normes comme fondamentales tout en permettant, par la bande, de les rejeter en les soumettant aux aléas d'une discussion publique; en d'autres mots, elle soutient qu'Habermas n'offre des garanties suffisantes pour assurer la continuité du respect des droits fondamentaux dans le temps.

Parallèlement, Frank Michelman soutient que la co-originarité du droit et de la morale nous confronte au problème de la régression. Non seulement il pourrait être inévitable de devoir accepter la remise en compte des droits fondamentaux, mais on peut douter qu'une approche délibérative soit réellement en mesure de seulement fournir un fondement quelconque. Ici, c'est

le caractère procéduraliste attribué à la position de Habermas qui est problématique²⁸. Le problème en question peut être résumé ainsi

les pratiques de discussion publique sur lesquelles insistent les partisans de la démocratie délibérative doivent présupposer, ne serait-ce que pour avoir un sens, cela même qu'elles ambitionnent de fonder, à savoir : l'existence d'un système de droits fondamentaux, d'un ordre politique légitime.²⁹

Il y aurait un paradoxe dans le fait de soutenir que les droits fondamentaux doivent être justifiés par la délibération, alors que la délibération elle-même présuppose l'existence des droits qu'elle devrait fonder. De cette manière, les droits sont ouverts au débat public, mais ce débat lui-même présuppose les droits qu'il discute; un processus délibératif qui ne reconnaîtrait pas l'égalité politique de chacun ne serait tout simplement pas réellement délibératif. Pour Michelman, cela est la preuve que la délibération ne se suffit pas à elle-même pour proposer un fondement convaincant aux droits humains et, par extension, aux droits civils qui encadrent la délibération. Il faudrait en plus avoir recours, logiquement, à un certain fondationnalisme des droits; c'est-à-dire qu'il serait nécessaire d'adjoindre à la théorie délibérative un critère indépendant du principe de la discussion pour fonder les droits fondamentaux, dont les droits humains, qui sont indispensable à son bon fonctionnement.

Néanmoins, Habermas répond à ces critiques. Comme le souligne Stéphane Courtois, sa réponse se résume en gros à ceci

le problème de la régression ne nous conduit aucunement à affirmer un fondationnalisme des droits. Il nous fait plutôt prendre conscience du fait que toute pratique délibérative ne peut partir de zéro. Les pratiques délibératives menées par les citoyens sont toujours situées historiquement et peuvent s'appuyer sur un certain héritage démocratique, par exemple celui des deux Révolutions, Française et américaine.³⁰

²⁸ Voir notamment Michelman, Frank I. 1998. «Constitutional Authorship», dans *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Larry Alexander (éd.), p. 89

²⁹ Courtois, Stéphane. 2003. *Op. cit.*, p. 107-108.

³⁰ *Ibid.*, p. 108. Courtois résume ainsi les réponses d'Habermas et de Kenneth Baynes qui est aussi visé par Michelman. Voir Habermas, Jürgen. 2000. «Le paradoxe de l'État de droit démocratique», dans *Les Temps modernes* no 601, p. 76-94; et Baynes, Kenneth. 1992. *The Normative Grounds of Political Criticism : Kant, Rawls, Habermas*, Albany : Suny Press, p. 1.

Si fondationnalisme il y a, il n'est pas à trouver dans une seconde théorie affirmant des bases transcendantes, mais dans l'évolution historique des institutions qui posent des bases démocratiques. Bases que la théorie d'Habermas ne tente pas de refonder, mais simplement d'actualiser au travers d'un processus démocratique inclusif. Les citoyens engagés dans ce processus n'ont pas à être présentés comme les premiers créateurs des fondements démocratiques, quoiqu'ils puissent en être les auteurs justement parce que le processus délibératif permet la réappropriation critique, réflexive des normes juridiques encadrant leurs interactions et délimitant leurs libertés respectives³¹.

Par ailleurs, il faut souligner le fait que l'individu occupe une place centrale dans la théorie habermassienne du droit en tant qu'il est l'élément premier générateur du droit et son unique dépositaire sur le plan moral³². Conséquemment, Habermas ne rompt pas avec le contractualisme libéral, mais s'en fait le fier héritier. Les droits fondamentaux identifiés ci-haut (garantir un maximum de libertés individuels, assurer l'égal statut de membre dans une association politique et juridique ainsi qu'une protection juridique égale pour tous) sont compris comme des contraintes internes, logiques, inhérentes au processus de délibération; la délibération doit les saturer, leur donner un contenu effectif, mais ne peut pas les remettre en question sans être incohérente avec elle-même. De cette manière Habermas impose malgré tout des contraintes à la délibération.

Ces contraintes devraient permettre d'inscrire la délibération dans une histoire constitutionnelle et de garantir l'actualisation des droits fondamentaux. Il serait donc possible d'avoir des droits qui, par leur inscription dans une délibération encadrée, sont garantis tout en étant laissés ouverts à une actualisation démocratique. De cette manière, on voit que la théorie délibérative pourrait être

³¹ *Ibid.*, p. 108-109.

³² *Ibid.*, p. 109

en mesure de réconcilier à la fois fondement et considération effective des points de vue des citoyens pour offrir une théorie complète des droits de l'homme. Par une réactualisation de l'héritage démocratique au travers de processus délibératifs accessibles à tous, il pourrait être possible d'à la fois défendre la dignité de tous et de permettre une réappropriation critique de ces normes fondamentales pour éviter et critiquer des situations injustes ou abusives.

1.3 – Des droits instrumentalisés?

On peut néanmoins se demander s'il n'y a pas une trop grande prédominance accordée à la dimension communicative, intersubjective de la délibération, importance qui prendrait le pas sur des dimensions non communicatives de certains droits humains; la théorie habermassienne aurait en conséquence de la difficulté à leur reconnaître une valeur intrinsèque. Ce point est encore soulevé par Carol Gould. Elle fait ressortir le fait que, pour Habermas, les droits humains sont d'abord compris comme des droits civils et politiques. Tel que mentionné, l'auteur de Francfort soutient que les droits humains doivent rendre possible l'exercice de la souveraineté populaire. Or, la défense des droits humains en tant que droits fondamentaux est ainsi davantage plausible pour les droits de communication et de participation, mais plus difficiles pour les autres qui dépassent cette dimension communicative³³.

Comme le montre Gould, Habermas est contraint de considérer les droits économiques et sociaux comme des droits secondaires, compris à la lumière de leur effet démocratique plutôt que comme des droits répondants à des besoins humains fondamentaux³⁴. Par exemple, on voit difficilement

³³ Habermas, Jürgen. 1998 [2001]. *Op. cit.*, p. 117.

³⁴ Gould, Carol C. 2015. *Op. cit.*, p. 189.

comment des droits tels que la protection de la vie privée ou la liberté religieuse peuvent avoir une valorisation intrinsèque, indépendante de la démocratie dans cette théorie³⁵.

Cette difficulté découle de la conception habermassienne de la dignité humaine. Comme il a été mentionné plus haut c'est bien la notion de dignité qui doit être protégée par les droits humains et qui permet de faire le pont entre moralité et droits positifs, coercitifs, légalisés. Or, cette notion est comprise exactement et seulement de cette manière : comme un catalyseur entre la morale et la loi par la protection d'une participation démocratique³⁶. Le problème tient justement à sa défense d'une co-originarité du droit et de la morale, la dignité se trouvant prise dans une représentation limitée de l'égalité de tous comme une égalité de participation au processus public de prise de décision juridique. De là, il est difficile de voir comment l'approche délibérative permet de justifier les droits sociaux et économiques pour eux-mêmes (par exemple, il est douteux de s'accorder le droit de rejeter la liberté religieuse de certaines personnes s'il est possible de montrer que cette interdiction ne nuit pas à leur capacité de participation politique).

Le problème n'est pas directement associé à cette égalité participative, mais plutôt au fait qu'en subsumant la dignité à la participation politique on arrive à une notion limitée de la dignité qui ignore certains pans fondamentaux de l'existence humaine. La dignité est certes ce qui devrait être protégé par les droits fondamentaux, mais ces droits sont médiatisés par la co-originarité du droit et de la morale inscrite au travers du principe démocratique. La dignité n'est donc pas tant le principe fondamental qui se doit d'être protégé, mais plutôt un élément subsumé sous la notion de délibération, ce qui est problématique. Tout indique que si l'on veut réellement protéger l'égalité de dignité de tous et toutes, il soit nécessaire lui accorder un statut prédominant.

³⁵ Leydet, Dominic. 2002. «Introduction», dans *Philosophiques* vol. 29, no 2, p. 179.

³⁶ Habermas, Jürgen. 2010. *op. cit.*, p. 469.

En ce sens, il est douteux de soutenir qu'on peut éviter ce problème en situant la discussion dans une histoire constitutionnelle. Il n'est pas seulement question de réactualiser des droits démocratiques historiques, mais de considérer sérieusement et pour elle-même une notion centrale dans la protection des personnes humaines : la dignité. Les critiques de Gould et de Michelman ne sont donc pas infondées. Certes les droits fondamentaux, et par extension les droits humains, peuvent demeurer ouverts à une actualisation historique, mais il manque ici un fondement normatif indépendant pour établir et défendre les droits de l'homme pour eux-mêmes.

2. La délibération comme théorie de second ordre

Une définition de la délibération qui établit la co-originarité du contenu des droits et de la procédure démocratique doit donc composer avec le problème de la justification de normes fondamentales qui ne sont pas directement reliées à la procédure démocratique elle-même. En ce sens, il est nécessaire de séparer la notion de substance et de procédure, ce qui est possible en définissant la délibération comme une théorie de second ordre. Cette approche est notamment adoptée par Amy Gutmann et Dennis Thompson.

Ces deux auteurs développent leur conception de la délibération dans le but explicite de trouver comment arriver à des décisions politiques contraignantes face à des désaccords moraux non seulement persistants, mais légitimes. Ils considèrent que ces désaccords découlent de principes moraux divergents qu'il n'est pas raisonnable de vouloir accorder à tout prix. Pour eux, ces divergences trouvent leur source dans la nature humaine même qui doit composer avec l'incompatibilité profonde de certaines valeurs morales et avec la compréhension nécessairement incomplète du monde qui nous entoure.

Ils soutiennent en ce sens que l'incompatibilité de certaines fins morales en société (par exemple la tentative de concilier la préservation de la vie d'un fœtus et la défense du droit des femmes d'avoir un contrôle sur leur propre corps) va de pair avec une incertitude profonde quant à la possibilité de trouver une résolution qui satisfait toutes les parties. Ils écrivent

[we] do not know whether, if we enjoyed perfect understanding, we would discover uniquely correct resolutions to problems of incompatible values, such as those that divide us in the abortion debate. But we should be able to recognize that all of us lack that kind of understanding at present. Even if everyone were completely benevolent, some would reasonably give different weight to the many complex factors, moral and empirical, that affect the choice of public policies.³⁷

Bref, ils soutiennent que nos communautés politiques doivent composer et arriver à des décisions contraignantes sur des questions morales sur lesquelles il n'y a pas de consensus possible.

Pour résoudre ce problème, Gutmann et Thompson soutiennent que la délibération démocratique est une théorie de second ordre. Les théories de premier ordre ont comme particularité de chercher à résoudre les conflits moraux. Une telle théorie réussit si elle arrive à être la seule théorie en mesure de résoudre l'ensemble des conflits moraux selon ses propres termes³⁸. Au contraire, une théorie de second ordre ne cherche pas tant à résoudre le désaccord qu'à en prendre acte et à concilier les positions divergentes. Suivant Gutmann et Thompson ces théories

mesurent leur succès par leur capacité à justifier leurs conclusions à tous ceux qu'elles engageraient - que ces conclusions résolvent le désaccord ou montrent qu'il ne saurait être résolu (pour l'instant). Ces théories sont dites de "second ordre" parce qu'elles portent sur d'autres théories : elles réfèrent aux principes de premier ordre sans en affirmer ou en rejeter la validité ultime.³⁹

La question devient donc comment est-ce qu'une théorie de second ordre, qui ne prend pas parti et n'affirme pas d'étalon définitif pour juger de tous les désaccords moraux, peut arriver à une

³⁷ Gutmann, Amy et Dennis Thompson. 1996. *Democracy and disagreement : Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, p. 25

³⁸ Gutmann, Amy et Dennis Thompson. 2002. «Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente?», *Philosophiques* vol. 29, no 2, p. 194-195. On peut penser ici à l'utilitarisme, aux théories libertariennes, à l'égalitarisme libéral, au communautarisme, etc. qui sont toutes des théories visant établir une base suffisante pour la résolution des dilemmes moraux.

³⁹ *Ibid.*, p. 195

décision moralement justifiable. Leur réponse particulière pointe la manière de concilier fondement et ouverture concernant des normes fondamentales, mais débattues, telles que les droits humains. Pour éviter le problème des théories purement procédurales qui n'arrivent pas à justifier substantiellement les décisions auxquelles elles arrivent⁴⁰, il faut que la théorie de la délibération conjugue principes substantiels et principes procéduraux.

Ils écrivent

La démocratie délibérative ne recherche pas un principe ou un ensemble de principes fondateurs qui, précédant l'activité politique concrète, déterminent si une procédure ou une loi est justifiée. Elle adopte à la place une conception dynamique de la justification politique, dans laquelle la modification avec le temps des principes justifiables constitue une de leurs caractéristiques essentielles. Les principes de la démocratie délibérative se distinguent de deux manières significatives : ils sont moralement provisoires (sujet à changement en réponse à de nouveaux arguments moraux); et ils sont politiquement provisoires (sujets à changement en réponse à de nouveaux arguments politiques).⁴¹

En décrivant la délibération comme une théorie de second ordre contenant à la fois des éléments procéduraux et substantiels, ces auteurs offrent les outils nécessaires pour penser l'évolution légitime des droits humains dans le temps tout en étant compatible avec l'affirmation de principes substantiels distincts pour offrir un fondement normatif aux droits fondamentaux.

2.1 – Les principes substantiels : une dignité humaine ouverte

Comme il a été discuté dans le premier chapitre, la définition de la nature humaine est complexe et risque de tomber dans un essentialisme contestable. Cela est très bien saisi par John Tasioulas qui arrive à lier dignité humaine et statut moral tout en accommodant une certaine ouverture de la définition de la nature humaine. Le gros de sa démarche consiste, comme on l'a vu, à proposer une compréhension phénoménologique de l'être humain.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 197-199.

⁴¹ *Ibid.*, p. 200.

Cette approche accorde une dignité inhérente au statut de personne humaine qui découle simplement du fait d'être humain, d'appartenir à une même espèce à laquelle on accorde une importance singulière. Cette nature est cependant ouverte et est un sujet inépuisable, bien qu'elle possède grosso modo certaines caractéristiques objectives : une vie limitée, une capacité de croissance physique, un besoin de se nourrir, des capacités psychologiques telles que la perception, la possession, d'ordinaire, de certaines capacités intellectuelles, etc⁴².

C'est cette appartenance à l'humanité qui justifie une considération égale. Cette approche permet d'éviter de tomber dans le piège de l'essentialisme et d'affirmer que les droits humains ne sont pas de simples artefacts culturels⁴³ vu qu'ils visent à protéger des caractéristiques fondamentales d'une vie humaine. Or, la question de savoir comment pouvoir identifier ce qui fait partie de ces droits reste ouverte. Ici, c'est la notion de réciprocité qui joue un rôle essentiel.

La réciprocité est le principe délibératif central qui motive une justification mutuelle, intersubjective des principes de justice. Comme l'écrivent Gutmann et Thompson,

[la] prémisses fondamentale de la réciprocité est que [l'on se doit] les uns les autres une justification des institutions, lois et politiques publiques qui [nous] engagent collectivement. La réciprocité propose comme but la recherche de l'accord, sur la base de principes pouvant être justifiés à ceux qui partagent l'objectif d'atteindre un accord raisonnable.⁴⁴

On se distingue donc du seuil naturaliste identifié par Tasioulas où l'important était d'identifier un intérêt suffisant pour imposer une obligation sur tous les autres, notamment parce que l'identification même de ces intérêts ne peut se faire indépendamment d'une démarche politique inclusive. Une version amendée de ce seuil par la notion de la réciprocité pose ainsi que l'on doit

⁴² Tasioulas, John. 2015. *op. cit.*, p. 54

⁴³ Cette position est notamment mise de l'avant par Richard Rorty, voir Rorty, Richard. 1993. «Human Rights, Rationality, and Sentimentality», *The Amnesty Lectures*, Oxford. et Gilbert, Margaret. 2010. «Rorty and Human Rights», *Rorty and Human Rights Series*, University of California Irvine.

⁴⁴ Gutmann, Amy et Dennis Thompson. 2002. *Op. cit.*, p. 200

traiter un droit comme un droit humain s'il est possible de se justifier mutuellement qu'il protège une dimension cruciale d'une vie humaine digne⁴⁵.

La réciprocité, principe fondamental de la délibération justifie de cette manière, en prenant en compte la notion de l'égle importance morale de chaque être humain, des libertés de base telles que la protection de l'intégrité physique et psychologique de chaque personne, qui sont garanties par des protections comme la liberté d'expression, la liberté de religion et de conscience, la garantie d'une procédure légale régulière et une protection égale devant la loi, etc. en tant que ces libertés sont indispensables à la protection de l'égle dignité de tous et qu'elles protègent des caractéristiques foncièrement humaines⁴⁶.

Cette considération réciproque ne sous-tend pas nécessairement les mêmes droits pour tous, mais peut accommoder certaines différences justement au nom de l'égalité morale. Par exemple, il peut être nécessaire d'accorder des droits différenciés ou des droits collectifs à certaines communautés pour s'assurer que ces communautés et leurs membres aient un statut moral égal dans un contexte donné. Cela s'affirme notamment dans la nécessité d'offrir à chacun la possibilité d'avoir les opportunités de base indispensables à l'exercice de leur choix autonome concernant la manière de mener leur vie. Priver certaines personnes de cette autonomie sur la base de leur identité ou de certaines caractéristiques arbitraires (que ce soit le sexe, l'ethnicité, la foi religieuse, etc.) ne peut être réciproquement justifiable. Ainsi, non seulement la garantie d'opportunités sociales de base, égales à tous, peut justifier des soins de santé minimaux, une éducation minimale garantie et des études supérieures accessibles, la sécurité de leur personne,

⁴⁵ Une justification mutuelle est sensiblement différente d'un consensus. Des désaccords peuvent persister, l'important c'est que tous reconnaissent que le droit sur lequel on s'est entendu est légitime, notamment parce qu'il a été adopté au travers d'un processus politique inclusif. Ces questions devraient être éclairées plus bas.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 203-204.

l'accès à un travail et à un revenu de base adéquat⁴⁷, etc., mais elle pourrait également supporter des politiques d'emploi préférentielles ou certains accommodements religieux dès lors que l'on comprend ces politiques différenciés comme des correctifs à apporter à un statu quo inégalitaire⁴⁸.

Finalement, la dignité morale égale des êtres humains sous-tend un statut égal au sein de leur communauté qui passe par l'affirmation d'un même statut légal. C'est ici que transparaît de manière particulièrement claire l'interrelation entre les droits humains et la nécessité d'une délibération démocratique. Comme il a été mentionné dans les chapitres précédents, le respect de l'égale dignité des personnes présuppose leur capacité à l'autodétermination et nécessite, pour garantir une prise en compte réelle de leurs intérêts et de leur situation une inclusion directe dans la discussion démocratique.

Cette dernière dimension peut nécessiter de favoriser l'inclusion de points de vue normalement défavorisés dans la délibération publique. Cette inclusion devrait permettre de favoriser la prise en compte effective d'une pluralité de points de vue, ce qui favorise non seulement une prise de décision informée, mais également la protection des plus vulnérables et des groupes marginalisés qui sont ceux qui profitent davantage des protections fondamentales garanties par les droits humains⁴⁹. La participation effective de ces groupes est en effet la meilleure manière de faire parvenir des revendications concernant les droits à la délibération publique⁵⁰. Il apparaît donc que la notion de dignité humaine est intrinsèquement reliée à des arrangements institutionnels

⁴⁷ *Ibid.*, p. 204.

⁴⁸ Pour une discussion plus élaborée sur ce sujet, voir Gutmann, Amy et Dennis Thompson. 1996. *Op. cit.*, p. 307-345.

⁴⁹ Williams, Melissa S. 2002. « Représentation de groupe et démocratie délibérative : une alliance malaisée », *Philosophiques*, vol. 29, no 2, p.224-225.

⁵⁰ Ce point est particulièrement bien défendu par Seyla Benhabib. Voir Benhabib, Seyla. 2011. *Dignity in Adversity : Human Rights in Troubled Times*, Polity Press, p. 77-93.

démocratiques, inclusifs, qui apparaissent comme une condition nécessaire à la correction de situations injustes niant la dignité de certains. Ce point important sera développé dans les sections suivantes.

Bref, à partir de l'affirmation générale de l'égle dignité de toute personne humaine, il est nécessaire de garantir des libertés de base protégeant les intérêts urgents des individus et leurs statuts égaux dans une communauté donnée, des opportunités des bases pour leur permettre de vivre une vie humaine normale ainsi que des opportunités équitables pour assurer la légitimité des décisions politiques, ce qui passe par la prise en compte effective de leurs intérêts et de leurs points de vue.

2.2 – La délibération : entre substance et procédure

Cette importance de la prise en compte des points de vue réciproquement justifiables illustre le fait qu'ici les principes substantiels et procéduraux interagissent bien qu'ils soient distincts. La délibération favorise l'actualisation des droits humains par la promotion d'une réflexion critique à leur sujet, mais elle doit leur reconnaître un fondement indépendant qui n'est pas seulement historique. Cela sous-tend deux choses. D'abord la délibération permet ici, comme chez Habermas, de spécifier le contenu des normes fondamentales. Gutmann et Thompson reconnaissent en effet que les principes fondamentaux eux-mêmes doivent être interprétés et actualisés à la lumière de discussions et de délibérations abordant ces questions morales et juridiques. Ensuite, La délibération devrait permettre de déterminer non seulement le contenu de ces normes, mais aussi leur application dans des situations concrètes souvent marquées par la rareté des ressources.

Les droits humains sont donc ouverts et modulables suivant le contexte. Cette capacité d'adaptation est particulièrement bien saisie par Seyla Benhabib qui développe la notion de politique jurisgénérative. Cette notion, initialement proposée par Robert Cover, désigne la capacité qu'a la loi de créer un univers normatif de signification qui échappe à la provenance souvent formelle du processus législatif⁵¹. Les lois et les préceptes juridiques n'ont pas un sens figé, mais ils acquièrent une signification par leur interprétation dans un contexte donné.

Seyla Benhabib écrit

Law's normativity does not consist in its grounds of formal validity, that is in its legality alone, though this is crucial. Law can also structure an extra-legal normative universe by developing new vocabularies for public claim-making; by encouraging new forms of subjectivity to engage with the public sphere, and by interjecting existing relations of power with anticipations of justice to come.⁵²

La loi n'est pas qu'un instrument de domination ou un appareil purement coercitif, mais elle permet de favoriser des situations sociolégales plus justes et respectueuses de l'égalité morale de tous. Les droits humains et le vocabulaire qui l'accompagne peuvent ainsi permettre l'expression de revendications juridiques pour affirmer cette égalité dans un contexte particulier; les droits humains ne peuvent être simplement imposés, mais ils doivent être interprétés, saturés, vernacularisés pour devenir une partie prenante de la culture des États et des nations démocratiques⁵³. Les droits humains permettent ainsi d'outiller les individus et les communautés marginalisés et vulnérables pour qu'ils puissent défendre leur dignité dans un contexte où ils se sentent lésés⁵⁴.

⁵¹ Dans Cover, Robert. 1982. «The Supreme Court 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative» *Harvard Law Review* vol. 97, no 4, p. 18.

⁵² Benhabib, Seyla. 2011. *Op. cit.*, p. 125

⁵³ *Ibid.*, p. 125-126.

⁵⁴ À ce sujet, voir particulièrement Waldron, Jeremy. 2013. «Democracy and human rights : good companions», dans *Human Rights Old Problems, New Possibilities*, David Kinley, Wokciech Sadurski et Kevin Walton (éd.), Edward Elgar Publishing, p. 151-161.

2.3 – Une procédure délibérative encadrée

La délibération doit donc être elle-même limitée par des principes procéduraux. Une décision sera légitime à condition qu'elle satisfasse à la fois le contenu et la procédure délibérative. Les principes substantiels permettent d'évaluer les résultats de la procédure et la procédure elle-même, mais il est important de voir que la procédure peut aussi aborder le contenu des normes substantielles.

Dans cette optique, la délibération idéale est organisée suivant trois conditions. Premièrement, la délibération est fondée sur la notion de réciprocité; c'est-à-dire que la discussion est poursuivie en des termes raisonnables qui font l'économie du désaccord moral. On cherche d'abord et avant tout à obtenir des termes équitables de collaboration sociale qui considèrent également l'ensemble des co-sociétaires⁵⁵. Suivant ce qui a été dit ci-haut, la réciprocité justifie également l'inclusion de tous les électeurs moraux associés à une décision, en portant une attention particulière aux groupes et individus marginalisés, pour s'assurer de la prise en compte de tous les intérêts en jeu⁵⁶. L'inclusion doit également être réelle lors de prise de décision commune; notamment, les participants doivent être en mesure de remettre l'agenda discursif en question⁵⁷. On vise ici à garantir une égalité réelle dans la capacité de participer aux décisions.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 201.

⁵⁶ Benhabib, Seyla. 2011. *Op. cit.*, p. 151. Les électeurs moraux se distinguent des électeurs réels. En effet, l'électorat moral englobe non seulement ceux qui ont dans les faits participés à la nomination d'un représentant, mais également tous ceux et celles qui sont sujets à une coercition directe issue des décisions collectives. Un représentant peut ainsi être redevable devant ceux qui sont directement sujet au pouvoir de l'état et qui sont affectés par les décisions prise par lui. Ce point et ses implications seront détaillés dans la section suivante.

⁵⁷ Il est ici décrit une situation idéale. Or, comme le discute un auteur comme Archon Fung, la notion de délibération n'est pas mise en échec face à des situations politiques foncièrement injustes ou qui ne font qu'inclure différentes parties de manière purement esthétique alors que la décision est dictée d'avance par un contexte inéquitable et injuste. Comme il le montre, la délibération n'est pas nécessairement irréconciliable avec des moyens politiques plus activistes qui pourraient sembler exclus ici. À ce sujet, voir Fung, Archon. 2005. «Deliberation before the Revolution : Toward an Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World», dans *Political Theory* vol. 33, no 3, pp. 397-419.

Deuxièmement, la discussion doit être publique. Cela requiert que le processus soit transparent et ouvert⁵⁸. De même, l'offre de raison doit être réalisée publiquement afin de s'assurer que les arguments avancés lors de la délibération sont mutuellement acceptables. Cela signifie que les raisons avancées le sont dans un esprit de respect mutuel. En ce sens : « [les raisons] s'appuient sur des principes moraux (comme celui de la liberté de base ou de l'opportunité égale) que les citoyens, qui souhaitent trouver des termes équitables de coopération, peuvent raisonnablement accepter »⁵⁹. On ne demande pas ici aux participants à la délibération d'être complètement neutres par rapport aux débats moraux ou de tenter de transcender leur position, mais simplement de s'inscrire dans une coopération continue où l'on tente de trouver des terrains d'entente en justifiant sa position à autrui et en étant ouvert à être convaincu⁶⁰.

Finalement, la délibération devrait être organisée d'une manière telle que si les décisions sont prises par des représentants, alors ils doivent être imputables devant ceux qui appartiennent à leur électorat moral⁶¹. Cela signifie que les agents publics responsables de la prise de décision doivent pouvoir se justifier non seulement devant les personnes qui les ont élus ou celles considérées comme étant leurs concitoyens, mais tous ceux qui sont sujets à une coercition directe de la part des agents publics (cette problématique est davantage développée dans le chapitre suivant).

Bref, une délibération organisée de cette façon devrait permettre d'arriver à des décisions mutuellement justifiables quant au contenu et à l'application des droits fondamentaux face à un

⁵⁸ à ce sujet voir Gutmann, Amy et Dennis Thompson. 1996. *Op. cit.*, p. 7-8 et 95-127.

⁵⁹ Gutmann, Amy et Dennis Thompson. 2002. *Op. cit.*, p. 1994

⁶⁰ *Ibid.*, p. 201-202. La question de savoir quels raisons et quels arguments sont ainsi recevables risque ainsi de varier suivant les questions qui sont abordées et dépasse le cadre de cette étude. Cependant, il peut être important de préciser qu'ici on ne peut pas exclure certaines raisons de manière *a priori* à moins qu'elles ne soient en contradiction flagrante avec les principes substantiels encadrant la délibération. De cette manière des arguments foncièrement racistes ou misogynes par exemple ne sont pas recevables. Cependant, le type de raisons recevables demeure extensif et l'on considère que c'est au cours d'une délibération publique ouverte qu'il est possible, idéalement, de faire ressortir des raisons mutuellement justifiables.

⁶¹ *Ibid.*, p. 202.

contexte particulier. Parallèlement, il est important de souligner qu'il n'est pas ici défendu une conception procédurale de la démocratie, mais que les procédures démocratiques et ses résultats peuvent toujours être évalués à la lumière des principes substantiels qui encadrent la délibération. En d'autres mots, on peut toujours remettre une décision ou une procédure démocratique en cause du fait qu'elle ne permet pas d'assurer le respect de l'égalité de tous.

Par exemple, une prise de décision majoritaire pourrait être une méthode légitime de prise de décision, mais il s'agit néanmoins d'une méthode plus ou moins fiable. Il serait donc possible de remettre en cause une décision majoritaire du fait qu'elle ne respecte pas les droits fondamentaux de certains individus ou groupes. C'est dans l'interrelation entre les principes procéduraux et les principes substantiels mis de l'avant simultanément qu'il faut tenter d'arriver à des décisions acceptables pour tous les citoyens et pour favoriser un ordre national juste et respectueux de l'égalité de toute personne.

Dans ce contexte, les droits humains en tant que droits fondamentaux qui devraient être accordés à toute personne sont toujours orientés dans le but moral prééminent d'assurer l'égalité de toute personne. Bien sûr, cette protection se doit d'être contextualisée pour être effective, ce qui suppose la participation politique des co-sociétaires ou de leurs représentants. Néanmoins, ce fondement indépendant des droits permet de voir comment ils représentent un standard distinct qui peut être utilisé pour juger des décisions politiques effectives. Dans ce contexte, on évite la difficulté liée à une présentation co-originale du droit et de la morale, soit de subsumer la dignité des individus à la délibération.

3. Conclusion

Bref, il ressort de cette discussion qu'une conception délibérative des droits peut être acceptable à condition de reconnaître comme fondement l'égalité morale de toute personne humaine sur la base de leur seule humanité. Reconnaissance réciproque qui justifie que l'on s'accorde des libertés de base, des opportunités égales et un respect mutuel. De là, il est en plus nécessaire de s'accorder une capacité de participation politique égale au travers d'une délibération qui vise l'atteinte de décisions justes et mutuellement justifiées. Dans le prochain chapitre, ce sera l'occasion de voir comment ce cadre théorique peut être appliqué à des problèmes transnationaux contemporains pour offrir des pistes de solutions et favoriser l'actualisation de l'égalité morale fondamentale de chaque personne.

Chapitre 4 : La pratique transnationale de la délibération

Les conclusions du chapitre précédent peuvent être résumées en deux mots : Dignité et inclusion. La reconnaissance fondamentale de l'égle dignité de chaque personne humaine, qui dès lors mérite une considération égale à toute autre, devient le standard fondamental à partir duquel il est possible d'engager une réflexion sur la question des droits de chaque individu. Parallèlement, un standard d'inclusion délibératif large doit être posé pour favoriser la prise en compte effective des points de vue de chaque co-sociétaires, avec une attention particulière à porter aux groupes et individus marginalisés.

La conjonction du respect de l'égalité morale fondamentale de chaque personne humaine, porteuse d'intérêts et de besoin particuliers, et de la nécessité d'une inclusion démocratique pour arriver à des décisions collectives légitimes nécessite de remettre en cause la compréhension westphalienne de l'autodétermination nationale. La capacité accordée d'ordinaire aux États de décider unilatéralement ceux qu'ils reconnaissent comme citoyens à part entière doit notamment être tempérée afin de favoriser l'inclusion de ceux qui sont directement sous le joug de ses décisions. En plus, face au phénomène de la globalisation qui accentue les connexions transnationales et qui voit l'émergence de problème véritablement collectif au niveau transnational, il est nécessaire de favoriser la création de liens de coopérations plus forts entre les États et les nations, ce qui passe par des institutions internationales davantage démocratiques et par une société civile transnationale forte. Bref, ce dernier chapitre est l'occasion d'aborder les implications institutionnelles d'un régime des droits de l'homme conséquent avec l'approche délibératives décrites dans le chapitre précédent.

1. Nationalisme et autodétermination

L'appartenance à une communauté politique est ici centrale pour pouvoir garantir le respect des droits fondamentaux des individus et des communautés, notamment pour qu'ils puissent revendiquer et faire valoir leurs droits. La notion de justification mutuelle ne peut que mettre l'accent sur les relations discursives entre les individus et sous-tend de cette manière une compréhension relationnelle de l'autonomie. Cette conception de l'autonomie présuppose toutefois seulement que, considérant que les individus sont en relation de diverses manières qu'ils n'ont pas choisies (que ce soit au travers d'interactions économiques, d'une histoire partagée, d'une proximité géographique, etc.¹), alors ils doivent aborder les questions politiques communes collectivement du fait de leur égalité morale.

L'importance des communautés nationales est ainsi centrale pour au moins deux raisons. D'abord, les individus ont tendance à s'identifier de manière plus ou moins intense à une communauté donnée et qu'ils se distinguent ainsi d'autres groupes ou communautés. Comme le souligne Iris Marion Young

A group is internally constituted to the extent that people interact with one another to affirm their similarity and belonging together. It is also externally constituted to the extent that its members distinguish themselves from others and others affirm a distinctness from them. These relations of similarity and distinctness can and often do change, however, and in the flux of interaction they are rarely all or nothing. (...) Social or cultural difference may be stronger or weaker, and it may be more or less salient, depending on the point of view of comparison.²

Cette expérience de la différence peut prendre racine dans différents aspects que ce soit une langue commune, un lien historique liant un groupe à un territoire, une histoire partagée, une religion commune, ou encore l'expérience d'un stéréotype de la part d'un autre groupe ou de la

¹ Young, Iris Marion. 2000. *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, p. 258.

² *Ibid.*, p. 253.

ségrégation³. Ici, les nations sont donc considérées comme une sous-catégorie des groupes, qui obtiennent une importance du fait qu'ils sont valorisés à l'interne par les membres qui y affirment leur similarité. Prise seule, cette distinction peine à montrer la différence entre les nations et les autres groupes. En plus, Young n'arrive pas à les considérer positivement vu qu'elles seraient souvent utilisées pour justifier l'exclusion et affirmer une domination de certains groupes sur d'autres. Young rejette notamment le nationalisme, qu'elle définit comme une tentative de ségrégation des groupes plutôt que comme une organisation favorisant une autonomie relationnelle conséquente avec l'évolution et la fluidité des groupes⁴.

Or, cette auteure passe à côté d'une autre dimension des nations nécessaire à la réalisation de l'autonomie relationnelle. Comme le souligne Ranjoo S. Herr, Young fait l'erreur de présupposer que nationalisme et étatisme, c'est-à-dire une séparation politique stricte des différentes nations, vont nécessairement de pairs. Herr montre au contraire que l'autodétermination nationale et que le principe de souveraineté totale ne sont pas coextensifs; le nationalisme peut par exemple s'inscrire dans un ensemble fédératif accordant une autonomie régionale fonctionnelle et un pluralisme culturel effectif⁵.

Il n'est pas nécessaire de concevoir les nations comme des entités essentialisées faisant la promotion de valeurs culturelles déterminées. Cela renvoie à la distinction entre le caractère de culture et la structure de culture soulignée notamment par Michel Seymour⁶. Le caractère de culture renvoie aux : « croyances, finalités, valeurs, projets, modes de vie et habitudes partagés

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 253-255. À ce sujet, voir aussi Herr, Ranjoo Seodu. 2008. «Politics of Difference and Nationalism: On Iris Young's Global Vision», *Hypatia* vol. 23, no 3, p. 40-45.

⁵ *Ibid.*, p. 45.

⁶ Seymour, Michel. 2008. *De la tolérance à la reconnaissance : Une théorie libérale des droits collectifs*, Montréal : Éditions Boréal, p. 44. Voir Kymlicka, Will. 1989. *Liberalism, Community and Culture*, Oxford: Oxford University Press. et Kymlicka, Will. 2001. *La Citoyenneté multiculturelle*, Montréal: Boréal.

par une masse critique au sein [d'une population nationale] à un moment donné »⁷. Ce caractère est changeant et relativement instable. Cependant, cette notion n'englobe pas tout ce que signifie le concept de nation. La structure de culture englobe des éléments plus stables et constants. Cette structure renvoie minimalement à : « une langue publique commune, des institutions publiques communes (celles dans lesquelles la langue publique commune est principalement parlée) et une histoire publique commune (celle portant sur les institutions publiques communes) »⁸. Cette structure est distincte du caractère de culture⁹ et, de cette manière, un nationalisme basé sur ces trois notions n'a pas à être dominateur ou ségrégationniste, bien au contraire. Comme le souligne Seymour, ces trois biens (langue, institutions et histoire communes) ne sont pas des biens particuliers, mais plutôt des éléments essentiels à toute société. Ils sont indispensables puisque c'est au travers de ces éléments que les communautés peuvent continuer d'exister malgré leurs transformations et qu'elles peuvent s'autodéterminer.

Les nations ne sont donc pas seulement centrales parce que certains individus s'y identifient en tant que membres et qu'ils désirent continuer à s'y engager, mais également parce qu'elles sont un vecteur central de l'autonomie intersubjective. Une organisation démocratique de la structure de culture, favorisant la prise de décision suivant une délibération publique ouverte, devrait permettre une réalisation effective des droits humains, respectueuse des différents groupes et communautés qui font partie d'une nation donnée.

⁷ *Ibid.*, p. 42

⁸ *Ibid.*, p. 42

⁹ Il est vrai que cette distinction est parfois difficile à réaliser dans des sociétés dites «traditionnelles» ou davantage «communautariennes». Néanmoins, l'interrelation qui est parfois observée entre caractère et structure ne revient pas à effacer la distinction entre les deux. Sur cette question voir *Ibid.*, p. 43-44 et 419-429.

4.1 – Le problème de l'appartenance

Un problème particulier émerge cependant ici : les nations seraient des vecteurs importants dans l'actualisation et la protection de tous, mais l'appartenance à une communauté nationale demeure incertaine. Plus précisément, le droit à l'autodétermination suppose un droit de regard sur ceux qui seront inclus ou non dans les nationaux et qui auront un droit de participation politique, ce qui pourrait faire réapparaître l'accusation de ségrégationnisme. De plus, on peut douter que les droits humains soient des droits véritablement universels si leur actualisation dépend en grande partie de nations et d'États ayant le droit d'exclure des individus sur une base arbitraire. L'affirmation de droits universels apparaîtrait en conséquence comme une chimère abstraite, impuissante devant une grave inégalité de facto : la possibilité qu'ont les États et les nations d'exclure et de faire fi de personnes et de groupes sur lesquels ils ont pourtant un impact direct. À quoi bon reconnaître un droit à l'intégrité physique, à la participation politique, à la liberté de pensée et autres, à toute personne humaine si dans les faits on réserve ces droits à ceux que l'on considère comme des citoyens et qu'on se réserve le droit de les refuser aux autres?

Cela est particulièrement problématique à notre époque où cette exclusion arbitraire sous-tend des statuts variables accordés aux personnes. Kate Nash, sociologue étudiant ces questions, constate la multiplication des statuts qu'ont les individus. Cette auteure considère la présence ou l'absence de droits légaux bureaucratisés et la possession ou non de ressources morales ou matérielles, qui opèrent le plus souvent informellement, pour distinguer cinq types différents de statut sociaux. Elle identifie ainsi, grosso modo : 1) Les super citoyens qui jouissent de ressources légales, morales et matérielles élevées. 2) Les citoyens marginaux, classe à laquelle appartiennent les citoyens de « seconde-classe ». Ils possèdent tous les droits formels associés à la citoyenneté, mais ils sont dans une situation sociale et matérielle défavorable. 3) Les quasi-

citoyens ou les résidents non citoyens d'une région qui n'ont pas de droits politiques tels que le droit de vote et qui voient fréquemment leurs droits subsumés à des intérêts nationaux comme la sécurité nationale. Ils ont en conséquence ont un statut social et politique précaire. 4) Les sous-citoyens, catégorie renvoyant à ceux qui, contrairement aux quasi-citoyens, n'ont ni accès légalement à un emploi ni des droits (*entitlements*) qu'ils peuvent faire valoir dans l'État-Nation dans lequel ils résident pourtant. Nash y inclut ceux qui attendent que leur demande d'asile soit entendue et qui peuvent être détenus dans des camps indéfiniment en attendant. Finalement 5) les non-citoyens, catégorie englobant les migrants non documentés qui n'ont aucun réel statut légal ni aucune ressources à leur disposition et qui sont donc dans un trou noir juridique; l'exemple des détenus à *Guantanamo Bay* illustre cette absence de statut juridique réel.¹⁰

Cette auteure en conclut qu'il est prématuré de voir dans les droits humains et le droit international l'émergence d'une forme de citoyenneté cosmopolite vu que les nations et les États jouent toujours un rôle de premier plan dans la vie des individus. Une théorie délibérative des droits de l'homme peut cependant exposer des pistes de solutions pour sortir de cette tension apparente entre les droits humains comme normes universelles et les démocraties étatiques ou nationales qui ne seraient contraintes que de garantir les droits fondamentaux de leurs membres¹¹.

Suivant le cadre théorique adopté ici, une décision politique doit être justifiable et justifiée envers tous les électeurs moraux, ce qui englobe non seulement les membres d'une communauté politique donnée, mais également tous ceux et celles qui sont sujets à une coercition directe issue des décisions collectives¹². En conséquence, la décision d'accorder ou non des droits de

¹⁰ Nash, Kate. 2009. «Between Citizenship and Human Rights», *Sociology* vol. 43, no 6, p. 1073-1079.

¹¹ Sur cette tension, voir en particulier Abizadeh, Arash. 2008. «Democratic theory and Border Coercion», dans *Political Theory* vol. 36, no 1, p. 42-44.

¹² On pourrait vouloir opposer à cette position qu'il est préférable d'inclure toutes les personnes qui sont affectées par une décision politique. Cependant cette approche rencontre plusieurs problèmes. Inclure toutes les personnes

participations politiques doit être justifiée non seulement à nos concitoyens, mais également aux « étrangers » qui sont dans les faits assujettis à nos décisions politiques. Cela met l'accent sur la nécessité d'aligner légitimité et relation discursive. Comme l'écrit Arash Abizadeh qui se penche sur ces questions

The democratic principle of legitimacy simply requires replacing coercive relations with relations of discursive argumentation, and legitimating the remaining instances of coercion by subjecting them to participatory discursive practices of mutual justification on terms consistent with the freedom and equality of all. On this view, democratic theory *does* provide an answer to the boundary question: the reach of its principle of legitimation extends as far as practices of mutual justification can go, which is to say that the demos is in principle unbounded.¹³

En d'autres mots, il est possible de justifier l'exclusion politique de certains si et seulement si cette exclusion leur est justifiée en des termes acceptables au travers d'une relation discursive mutuelle. Cela suppose, dans l'idéal, la mise en place d'institutions cosmopolites démocratiques qui réunissent membres et non membres de certaines nations afin d'encadrer la question des frontières par exemple dans le but d'assurer la prise en compte effective des intérêts de ceux qui sont assujettis aux décisions d'une nation ou d'un État donné, mais qui n'en sont pas membres¹⁴.

De telles institutions font défaut au niveau international, mais on peut tout de même se faire une idée de quels arguments pourraient être recevables pour justifier le refus d'accorder le statut de membres. Deux justifications semblent pouvoir respecter cette condition. D'abord on pourrait vouloir limiter ou à tout le moins encadrer l'attribution du statut de membre d'une manière qui

potentiellement affectées par une décision risque de nous enfermer dans un «effet papillon» où tout le monde est, au final, affecté par toutes les décisions qui sont prises en tout lieu. Ce critère ne peut pas être pris seul pour discerner qui est suffisamment affecté ou non pour être inclus. En plus, ce principe est difficilement réconciliable avec la reconnaissance d'espaces politiques circonscrits; approcher la question du côté de tous ceux qui sont affectés seulement semble mener à un globalisme qui ne peut concevoir la légitimité et l'importance des nations et des États. Au contraire, approcher ce problème en visant à inclure tous les individus qui sont dans les faits assujettis à une communauté politique particulière, qui peuvent être sujet au pouvoir coercitif de l'État, est un critère plus arrêté (il peut inclure notamment ceux qui tentent de traverser les frontières, ou encore ceux qui habitent sur le territoire, mais qui n'ont pas le droit de vote, etc.). À ce sujet, voir Owen, David. 2014. «Dilemmas of Inclusion : The All-Affected Principle, the All-Subjected Principle, and Transnational Public Spheres», dans *Transnationalizing the Public Sphere*, Kate Nash (éd.), Polity Press, p. 117-121.

¹³ Abizadeh, Arash. 2008. *Op. cit.*, p. 47-48.

¹⁴ *Ibid.*, p. 48.

soit conséquente avec la structure de base permettant l'existence même d'une société donnée. Conséquemment, des craintes raisonnables qu'il y ait des torts importants portés à la langue publique commune ou aux institutions publiques communes suite à une attribution non encadrée des droits politiques pourraient justifier l'exclusion de certains, au moins de manière temporaire.

Ensuite, un corollaire de cette première justification est qu'il pourrait être légitime de limiter l'attribution de la citoyenneté dans le but de protéger certaines minorités nationales. Cela découle du fait qu'il peut être raisonnable de limiter l'accueil de nouveaux membres si l'on a des raisons sérieuses de croire qu'un accueil non encadré puisse porter atteinte de manière significative à l'importance politique de la minorité en question. En conséquence, il faut être capable de reconnaître les aspirations légitimes des minorités nationales et leur dignité égale au sein d'une nation donnée.¹⁵

Bref, suivant le raisonnement exposé ici, l'importance des nations et des États dans l'actualisation des droits humains n'est pas une excuse pour réaffirmer un droit de domination des membres d'une nation donnée en leur donnant le droit de nier la dignité égale des non membres. Au contraire, l'existence et l'importance des nations doivent être réconciliées avec les droits humains fondamentaux, ce qui suppose la nécessité d'une porosité des frontières et de l'appartenance nationale et étatique. Il est donc nécessaire d'adopter une conception ouverte de la citoyenneté; il faut être prêt à ouvrir les frontières à ceux qui désirent devenir membres à part entière ou de justifier leur exclusion au travers d'une considération des intérêts des membres et des non-membres. Dans le cas contraire on impose le pouvoir direct d'un État ou d'une nation de façon arbitraire sur des personnes humaines qui devraient pourtant être considérées.

¹⁵ *Ibid.*, p. 53.

2. Le problème de la globalisation

De surcroît, dans notre contexte actuel, on ne peut se concentrer seulement sur les États et les nations pour aborder la question de la dignité effective de toutes les personnes humaines. Malgré l'importance des contextes particuliers et de la pertinence des institutions nationales, nous sommes confrontés de nos jours à une globalisation qui remet en cause le modèle westphalien des relations internationales.

La notion de globalisation est ce processus qui désigne l'augmentation de plus en plus marquée depuis les années 70 de l'intensité et de la portée du commerce, des communications, des relations d'échanges au-delà des frontières nationales¹⁶. David Held, philosophe cosmopolite, en fait ressortir quatre caractéristiques principales. Premièrement, la globalisation implique un étirement des activités sociales, politiques et économiques au-delà des frontières étatiques, de même qu'une intensification de ces relations transnationales. Deuxièmement, ce processus est marqué par une croissance de l'ampleur des réseaux et de la circulation des échanges, investissements, de la finance, des produits culturels, etc. Troisièmement, elle est liée à une accélération des interactions et processus transnationaux, suivant l'évolution de systèmes mondiaux de transports et de communication permettant une diffusion de plus en plus rapide des idées, des biens, des informations, du capital et des individus. Finalement, la globalisation désigne l'interrelation croissante entre les différentes communautés politiques qui brouille les cartes entre les niveaux locaux, nationaux et mondiaux, ce qui se traduit par le fait que des décisions locales peuvent avoir des répercussions globales significatives.¹⁷

Ce processus ne s'est toutefois pas développé dans un vacuum social et institutionnel. Il désigne également l'émergence d'une société civile globale et d'organisations transnationales. Ici il est

¹⁶ Habermas, Jürgen. 1998 [2001]. *Op. cit.*, p. 65-66.

¹⁷ Held, David. 2010. *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*, Polity Press, p. 29.

pertinent de distinguer entre deux niveaux qui tentent d'influencer les États à considérer réellement la population sur laquelle ils ont dans les faits un contrôle et un impact : un niveau institutionnel (*top-down*) et un niveau plus informel (*bottom-up*). Ces deux niveaux renvoient à deux histoires distinctes, mais complémentaires de la manière dont les droits humains sont actualisés et diffusés dans les relations internationales.

3. Le niveau institutionnel (*top-down*)

La globalisation s'est accompagnée par le développement d'un vaste éventail d'organisations ayant pour but d'encadrer et de régulariser les activités transnationales. La protection des droits de l'homme a particulièrement profité de cette institutionnalisation depuis l'adoption de la *Déclaration Universelle de Droits de l'Homme* en 1948. Comme le résume Paul Gordon Lauren

Never before in history had there been so many achievements in extending rights, setting standards and establishing customary law, protecting rights through binding treaties and special procedures, promoting rights through education and naming and shaming abusers, enhancing rights through advisory services for those who suffered, and expanding activities to break the former culture of impunity.¹⁸

Même si les États demeurent, dans les faits, l'autorité ultime concernant ce qui se passe sur leur territoire, il est désormais nécessaire de resituer cette autodétermination à l'intérieur de divers systèmes de gouvernances régionales et globales, ainsi que par rapport à diverses formes de régulation internationales. Une légalisation de plus en plus contraignante des normes internationales encadre les États avec l'institution d'organisations chargées de surveiller (*monitoring*) leur conformité avec les normes affirmées¹⁹. Les développements du droit international ont notamment permis de tenir des criminels responsables lors de violation grave

¹⁸ Lauren, Paul Gordon. 2011. *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, University of Pennsylvania Press, p. 265. Pour une discussion plus élaborée de l'histoire de l'impact de la déclaration sur les relations internationales, voir Chap. 8 : «Transforming Visions into Reality : The First Fifty Years of the Universal Declaration», p. 227-266.

¹⁹ Nash, Kate. 2009. *Op. cit.*, p. 1070-1071 et Kho, Harold Hangju. 1998. «How Is International Human Rights Law Enforced», *Addison C. Harris Lecture*, p. 1408.

des droits humains en période de guerre et d'encadrer la conduite des États envers leurs citoyens même en période de paix.

Par exemple, il est vrai qu'une forme de droit cosmopolite est particulièrement bien institutionnalisée en Europe; la Cour Européenne des Droits de l'Homme agit comme une cour constitutionnelle pour les droits civils et politiques pour tous les membres du Conseil d'Europe²⁰. Cependant, cette situation semble limitée au contexte européen; une telle cour pourrait difficilement être appliquée dans un contexte nord-américain, par exemple, alors que les États-Unis demeurent particulièrement réticents à consentir à une ingérence internationale sur leur territoire²¹.

Parallèlement, la pression de certains États sur d'autres est utilisée comme moyen pour tenter de favoriser l'application des droits humains sur un territoire donné par l'utilisation de certains incitatifs ou par la menace de la coercition. Il est cependant important de souligner qu'une approche coercitive peut difficilement être justifiée suivant une conception délibérative des droits de l'homme. La spécification régionale reste un aspect fondamental de l'application effective des droits humains. En conséquence, l'imposition externe de ces droits risque rarement d'être légitime. La communauté internationale n'a toutefois pas à demeurer muette lorsque l'on assiste au déni systématique de la dignité de personnes ou de groupes de personnes, mais cela ne suppose pas nécessairement et dans tous les cas une ingérence directe dans les affaires internes de l'État fautif.

²⁰ Nash, Kate. 2009. *Op. cit.*, p. 1071. Voir aussi Burgenthal, T., D. Shelton et D. Stewart. 2002. *International Human Rights*.

St Paul, MN: West.

²¹ *Ibid.*, p. 1072.

Il est préférable d'un point de vue délibératif de favoriser les conditions institutionnelles soutenant une discussion légitime, réciproque à l'intérieur d'un appareil institutionnel donné plutôt que de promouvoir l'intervention directe d'acteurs étrangers dans les situations problématiques. De ce point de vue, la dénonciation, la surveillance des États récalcitrants et la promotion d'une organisation politique démocratique nationale par le biais d'organisations transnationales sont des stratégies davantage légitimes pour tenter de favoriser le respect des droits humains. La communauté internationale a de cette manière la responsabilité d'encourager les conditions nécessaires au développement et au maintien de démocraties saines²².

Cependant, la notion d'intervention humanitaire directe n'est pas incohérente avec l'approche ici défendue. Bien que les nations et les États aient, *prima facie*, un droit à l'autodétermination, de déterminer ses propres procédures politiques et le contenu effectif des droits qui s'appliquent à son contexte, ils doivent répondre des accusations internes ou externes de mépris systémique envers la dignité inhérente de sa population ou d'une partie de celle-ci. Cela pose l'importance de la mise en place d'un tiers parti en mesure de traiter ces accusations.

De plus, pour s'assurer qu'on ne permet pas ici un retour d'une forme d'impérialisme par la porte arrière, il est crucial que ce tiers parti soit constitué d'entités multilatérales²³. La communauté internationale devrait ainsi jouer le rôle de contre-pouvoir à la fois contre des États qui ne respectent pas les droits fondamentaux de leurs membres et des puissances internationales qui pourraient vouloir utiliser ces droits comme prétexte pour favoriser leurs intérêts au détriment des droits effectifs des individus et des populations²⁴.

²² Young, Iris Marion. 2000. *Op. cit.*, p. 264.

²³ *Ibid.*

²⁴ De cette manière, la possibilité d'une interférence directe n'est pas nécessairement exclue. Elle doit cependant être exceptionnelle et répondre à des dommages graves et irréparables touchant des êtres humains ou dont on a une

Cela suppose toutefois une organisation internationale beaucoup plus démocratique que celle que l'on connaît aujourd'hui. L'idée n'est bien sûr pas de développer un État global transcendant, mais plutôt de favoriser un contexte international qui encourage le respect de la dignité égale de tous à l'intérieur de leurs contextes institutionnels étatiques et nationaux respectifs. Il ne faut donc ni sacraliser les États et les nations qui ont contribués et contribuent à des atrocités, ni nier leur potentiel émancipateur en tant qu'ils demeurent que le droit interne et les pratiques nationales sont au premier plan de la défense égale de la dignité des individus et des communautés²⁵. Dès lors, une organisation cosmopolite de la gouvernance internationale doit être en adéquation avec ce potentiel national.

3.1 – La coopération au-delà de la surveillance

Le développement d'un ordre international respectueux de la capacité d'autodétermination des nations est au cœur de l'approche cosmopolite mise de l'avant par David Held. Pour cet auteur

the establishment of a cosmopolitan model of democracy is a way of seeking to strengthen democracy “within” communities and civil associations by elaborating and reinforcing democracy from “outside” through a network of regional and international agencies and assemblies that cut across spatially delimited locales.²⁶

Au-delà d'une surveillance des États récalcitrants et de la possibilité ou non d'intervention directe, l'approche ici défendue suppose surtout la promotion d'une plus grande coopération internationale, particulièrement nécessaire dans un contexte de plus en plus globalisé. Cela se justifie du fait qu'avec la globalisation on constate l'émergence d'acteurs et de problématiques

certitude qu'ils sont imminents. En d'autres termes, l'intervention doit être largement justifiable au niveau international et envers ceux pour qui l'intervention est menée, ce qui risque de limiter les interventions à des atteintes particulièrement graves à la dignité humaine et qui sont considérées comme telle de manière quasi consensuelle au niveau international (comme la famine ou le génocide par exemple). À ce sujet, voir Commission Internationale de l'Intervention et de la Souveraineté des États. 2001. *La responsabilité de protéger*, Ottawa : Centre de recherches pour le développement international, p. XII.

²⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁶ Held, David. 1995. *Democracy and the Global Order: From Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press, p. 237.

qui ne peuvent être confrontés par les États seuls; la coopération est nécessaire à la fois pour favoriser le respect des droits de tous et pour pouvoir confronter des questions contemporaines urgentes qui affectent des droits. En d'autres termes, la considération égale de chaque personne et la garantie de leurs droits fondamentaux, intrinsèquement liée à leur inclusion politique, est mise à mal par le décalage qui existe entre les problèmes collectifs actuels affectant ces droits au niveau transnational et la capacité collective de confronter ces problèmes.

Les questions environnementales, et les menaces dramatiques qu'impliquent les changements climatiques; les questions sécuritaires telles que les questions associées au terrorisme, à la prolifération des armes nucléaires ou aux pandémies; les questions économiques et sociales qui englobent les débordements associés à l'émergence de multinationales qui échappent de plus en plus au contrôle des États seuls et les inégalités mondiales qui contribuent à exacerber la grande vulnérabilité de nombreuses personnes (surtout des femmes et des enfants) aux changements environnementaux et sociaux sont des exemples de ces problèmes collectifs affectant les droits de certains groupes au niveau transnational.²⁷

Face à cette situation, il est crucial de développer des organisations davantage démocratiques, publiques et responsables au niveau transnational. Les organisations contemporaines qui confrontent ces questions (telles que l'Organisation mondiale du Commerce, la Banque Mondiale, l'Association Internationale des Autorités de Sécurité nucléaire, de même que les agences spécialisées des Nations Unies (l'Organisation de l'Aviation civile internationale, l'Organisation mondiale de la Santé, le Fonds Monétaire International, etc.)) souffrent souvent

²⁷ Voir Held, David. 2010. *Op. cit.*, p. 143-146; Habermas, Jürgen. 1998. *Op. cit.*, p. 66-67; Pogge, Thomas. 2007. «Reframing Economic Security and Justice», dans D. Held et A. McGrew (éd.), *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, Cambridge Polity Press, p. 132-147; United Nations Development Programme. 2016. *Human Development Report 2016: Human Development for Everyone*. Ny: United Nations Organisation.

d'un déficit démocratique important et fonctionnent d'ordinaire de manière opaque et unilatérale, ce qui affecte leur légitimité²⁸.

Malgré tout, ce type d'organisations peut favoriser une meilleure coordination mondiale pour confronter les problèmes collectifs. Elles favorisent l'autodétermination des nations et des États, en ce sens qu'elles leur permettent d'aborder des problématiques qui autrement échapperaient à leur contrôle. Une précision s'impose : la notion d'autodétermination n'est pas comprise ici comme une capacité de retrait, d'exclusion et de non-interférence, trois stratégies contre-productives et ultimement vouées à l'échec concernant les problèmes transnationaux abordés, mais cette notion est plutôt comprise comme l'opportunité réelle de participer avec d'autres à la régulation de questions communes²⁹. Une telle participation est nécessaire à la protection des droits humains dans le contexte international actuel.

Cela suppose néanmoins une révision en profondeur du système international. Ce système devrait être modifié dans le but de favoriser trois dimensions : promouvoir la capacité de coordination des nations sur les problèmes communs, renforcer les institutions internationales efficaces et développer des normes et des procédures multilatérales réunissant les différentes nations sous un cadre commun³⁰.

Tout cela doit de surcroît être réalisé de manière cohérente avec une conception délibérative de la démocratie pour être conséquent avec ce qui a été mis de l'avant dans les chapitres précédents.

Les institutions de gouvernances globales se doivent ainsi d'adopter un fonctionnement public au

²⁸ Habermas, Jürgen. 2001. *Op. cit.*, p. 70-71

²⁹ Young, Iris Marion. 2000. *Op. cit.*, p. 270-271.

³⁰ Held, David. 2010. *Op. cit.*, p. 165.

travers duquel les décideurs peuvent être tenus pour responsables devant leur électorat moral et fonctionner de manière inclusive³¹. Comme le souligne Iris Marion Young,

Ideally, global democratic institutions would be designed to encourage inclusive communication (...). Representative institutions should be designed, for example, so that the fissures of structural inequality receive expression, so that structurally differentiated global perspectives have explicit voice. Poor people of the world, for example, deserve a specific voice on the global stage. Despite their vast differences in ideological commitments, religion, family structure, and so on, women everywhere have specific issues of subordination and vulnerability that any global forum ought regularly to hear. Attention to structural differences such as these on a global, as well as local and regional, level can mitigate the dangers some might fear in the self-organization of culturally or historically distinct peoples.³²

Il est ainsi important d'inclure tous ceux et celles qui sont assujettis aux décisions prises par ces institutions internationales ou leurs représentants directs et d'institutionnaliser une attention particulière envers les groupes qui souffrent systématiquement d'injustices au niveau international, que ce soit les personnes en situation de pauvreté, les individus vulnérables qui n'ont pas de recours pour faire entendre leur voix, ou tout autre individu qui voit sa dignité systématiquement niée.

4. La société civile internationale (*Bottum-up*)

Toutefois, ce niveau institutionnel, *top-down*, ne peut englober toute la question de la défense des droits humains. Il est en effet nécessaire de reconnaître les apports associés à des mouvements critiques qui ne garantissent pas eux-mêmes la réalisation de ces droits fondamentaux, mais qui peuvent mettre en lumière les difficultés, les insuffisances et les incohérences associées à un arrangement institutionnel donné. On retrouve au niveau de cette société civile internationale autant des ONG que des mouvements sociaux transnationaux constituant une sphère publique internationale davantage organisée de manière *Bottum-up*; ils ne visent pas eux-mêmes et non pas pour fonction d'encadrer légalement les relations entre les États,

³¹ Young, Iris Marion. 2000. *Op. cit.*, p. 270-271.

³² *Ibid.*, p. 271.

mais ils ont plutôt pour objectif d'influencer les décisions indirectement et à faire entendre leurs points de vue. La société civile renvoie à des organisations volontaires qui ne sont ni mandatées ni organisées par des institutions étatiques et qui n'ont pas pour but de s'imposer sur un marché économique.

Comme le soutient James Bohman, dans un contexte où les arrangements institutionnels et les personnes incluent dans les procédures décisionnelles ne correspondent pas avec le public qui est, dans les faits, concerné par les décisions prises, ce public peut se constituer et agir indirectement et de manière autoréférentielle pour former une nouvelle force avec laquelle les institutions sont contraintes d'interagir³³. C'est là que réside le potentiel critique et démocratique de la société civile. Ce processus motive et encourage un renouveau démocratique par l'organisation de nouvelles institutions et de nouvelles manières de faire qui mettent en lumière des possibilités politiques alternatives³⁴. Ce processus, bien qu'il soit difficile à accomplir vu qu'il suppose de rompre avec le statu quo existant³⁵, peut tout de même favoriser un arrangement plus juste des dispositifs de prise de décision en augmentant leur dimension démocratique et délibérative.

Certes la société civile n'est pas la panacée de la justice et du respect de tous et toutes (il existe après tout de nombreuses organisations civiles intolérantes ou injustes). Néanmoins, les organisations qui en sont issues sont un lieu privilégié pour les personnes marginalisées, exclues des processus officiels de prise de décisions pour s'organiser dans le but d'améliorer leur situation ou d'assurer une pression auprès des décideurs pour qu'ils prennent en compte leurs

³³ Bohman, James. 2005. «Critical Theory», dans *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. En ligne : <https://plato.stanford.edu/entries/critical-theory/#5.1>

³⁴ *Ibid.*

³⁵ À ce sujet, voir Dewey, John. 1986 [1927]. *The Public and its Problems. The later Works: 1925-1927*, Carbondale: Southern Illinois University Press, p. 255.

intérêts³⁶. En ce sens, les institutions issues de la société civile peuvent grandement contribuer à une organisation démocratique et délibérative d'une communauté donnée car elles peuvent dénoncer des situations foncièrement injustes, ignorées par le statu quo, et elles peuvent constituer un lieu d'organisation pour les individus et groupes qui voient leur dignité niée pour tenter de corriger la situation.

Cependant, cette société civile est plus problématique au niveau international qu'au niveau national où on la situe d'ordinaire. Certains vont même jusqu'à remettre en cause la possibilité d'une société civile transnationale vu qu'elle ne pourrait pas s'appuyer sur des solidarités présentes au niveau national qui supposent une homogénéité minimale (une langue commune ou des repères culturels partagés), ce qui serait indispensable à sa force et son existence réelle³⁷.

Toutefois, comme on le constate au niveau international, une forme de société civile vivace qui dépasse les frontières existe bel et bien quoique dans un sens différent qu'au niveau national³⁸. Ce n'est plus un espace public ouvert et unique, mais plutôt un public de publics qui se développe au travers de réseaux transnationaux. Ces réseaux constituent une forme de sphère publique en tant qu'ils favorisent la diffusion d'arguments, d'histoires, de témoignages au-delà des différences de groupes et des différences culturelles. La nécessité de répondre à des institutions transnationales influentes, les problèmes entourant les questions de citoyenneté ou encore la critique du développement d'une économie internationale dérégularisée sont autant de problématiques qui motivent ces réseaux.

³⁶ Young, Iris Marion. 2000. *Op. cit.*, p. 160-166.

³⁷ Thaa, Winfried. 2001. «'Lean Citizenship': The fading Away of the Political in Transnational Democracy», dans *European Journal of International Relations* vol. 71, no 4, p. 520.

³⁸ Cochran, Molly. 2002. «A Democratic Critique of Cosmopolitan Democracy: Pragmatism from the Bottom-up», dans *European Journal of International Relations* vol 8, no 4, p. 538.

Ces réseaux ont une importance centrale pour contrôler et critiquer les dérapages de l'appareil institutionnel transnational. Ce dernier point est particulièrement bien saisi par John Dryzek suite à son analyse des discours. Comme il l'écrit : « [a] discourse is a shared set of assumptions and capabilities embedded in language that enables its adherents to assemble bits of sensory information that come their way into coherent wholes »³⁹. Ce concept renvoie à un ensemble de présupposés, de référents implicites qui permettent de faire sens de la réalité et sont en conséquence entrelacés avec les institutions. Or, Dryzek défend que certains discours sont plus positifs, plus émancipateurs que d'autres. Ainsi, à la différence de Foucault, cet auteur met de l'avant la possibilité de revoir les discours dominants à la marge et de les approcher de manières constructives pour voir comment il est possible de les utiliser pour favoriser une organisation sociopolitique démocratique⁴⁰.

Comme il le fait ressortir, les discours prédominants de nos jours au niveau international mettent l'accent sur la notion d'anarchie, de libéralisme économique ou de développement durable et sont en concurrence de manière complexe. Ils peuvent également être utilisés de manière oppressive par les institutions qui s'en réclament pour étouffer les revendications, pourtant légitimes, de certaines communautés ou de certains individus qui défendent leur dignité⁴¹. Ce qui importe donc pour Dryzek c'est justement de voir comment ces discours interagissent et comment ils peuvent être soumis à un contrôle démocratique. Contrôle qui doit se situer dans la société civile pour éviter une cooptation discours-pouvoirs dominatrice⁴². De là, Dryzek est amené à voir d'un bon œil des mouvements sociaux transnationaux et les ONG qui jouent un rôle central dans cette démocratisation des discours.

³⁹ Dryzek, John. 1999. «Transnational Democracy», dans *The Journal of Political Philosophy* vol. 7, no 1, p. 34

⁴⁰ *Ibid.*, p. 34-35.

⁴¹ *Ibid.*, p. 34-37.

⁴² Dryzek, John. 2000. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, p. 103.

En effet, le fait que la société civile ne vise pas à détenir le pouvoir décisionnel ne signifie pas qu'elle soit impuissante. Dryzeck souligne que les associations et les mouvements issus de la société civile peuvent avoir une grande influence, et ce d'au moins quatre manières. Premièrement, les actions qui ont lieu dans la société civile peuvent changer les termes du discours politiques et ainsi affecter le contenu des politiques publiques. Deuxièmement, les mouvements sociaux peuvent produire des effets durables dans une culture politique en légitimant certaines formes de protestations ou encore en assurant une inscription durable d'un enjeu dans l'agenda politique (on peut penser aux mouvements écologistes ici par exemple). Troisièmement, on y retrouve souvent des forums délibératifs inclusifs qui ont pour but d'élaborer des politiques publiques. Dryzeck mentionne par exemple le Forum Global mis en place en 1992. Finalement, les acteurs issus de la société civile conservent une influence, car les actions politiques et les mouvements de protestations peuvent engendrer une instabilité politique, ce qui motive leur prise en compte par les décideurs politiques.⁴³

Les ONG y jouent un rôle privilégié, car ces organisations sont souvent caractérisées par une administration relativement petite comparée aux appareils bureaucratiques des États, ce qui leur permet d'être flexibles dans leur prise de décisions et dans l'organisation de leurs ressources. Les ONG sont en plus spécialisées sur certains sujets précis, ce qui leur permet de développer une expertise pertinente. De surcroît, elles sont souvent dans une position avantageuse pour développer une expertise de terrain par un engagement à long terme dans un contexte particulier; elles sont en mesure de bien connaître le contexte dans lequel elles évoluent et d'avoir une certaine familiarité avec les personnes qui devraient bénéficier de leur travail. De cette manière, les ONG demeurent suffisamment efficaces et flexibles pour encourager une réflexion critique

⁴³ *Ibid.*, p. 99-103

par rapport aux discours dominants et aux institutions transnationales, tout en favorisant la prise en compte effective du point de vue et des intérêts des plus vulnérables au niveau international⁴⁴.

4.1 – Poudre aux yeux ou potentiel réel?

Néanmoins, on peut douter que les ONG soient la panacée de la justice internationale. Nancy Fraser fait ressortir le fait que ces organisations prédominantes dans les réseaux transnationaux et qui devraient défendre les droits humains des plus vulnérables sont souvent en fait soutenues par une élite professionnalisée ou financée par des compagnies possédant leurs propres intérêts. Parallèlement, cette auteure souligne que ces organismes ne fonctionnent pas de manière particulièrement transparente et publique, bien qu'elles soient formellement ouvertes à tous ceux qui désirent s'y impliquer⁴⁵.

De plus, il est important de souligner que Dryzek a tendance à surestimer la distance qui sépare la société civile dont font partie les ONG et les institutions transnationales officielles. En effet, les ONG peuvent décider de participer aux instances décisionnelles, que ce soit par du lobbying, la participation à l'élaboration de politiques ou la participation directe à l'intérieur de certaines organisations officielles, ce qui brouille les lignes de partage⁴⁶.

Ces limites sont réelles, mais non fatales face à la pertinence de ces organisations. Il demeure que les organisations humanitaires non gouvernementales peuvent promouvoir les droits humains par des stratégies localisées et particularisées suivant le contexte au travers de logique de support plutôt que de domination. De telles stratégies, conséquentes avec la considération sérieuse des

⁴⁴ Dryzek, John. 1996. *Democracy in Capitalist Times*, Oxford University Press, p. 87-90.

⁴⁵ Fraser, Nancy. 2014. «Reply», dans Kate Nash (éd.), *Transnationalizing the Public Sphere*, Polity Press, p. 137-138.

⁴⁶ Cochran, Molly. 2002. *Op. cit.*, p. 535.

points de vue et des intérêts des populations qu'elles soutiennent, sont plus à même de respecter les normes délibératives du respect mutuel et de réciprocité.⁴⁷

Ces organisations permettent également une certaine continuité entre le niveau international et domestique qui les place dans une position privilégiée. Ces organisations internationales jouissent d'une expertise localisée qui leur permet d'inciter les organisations transnationales à adopter des politiques ou des stratégies cohérentes avec les contextes délicats dans lesquels il faut souvent intervenir pour promouvoir les droits humains. Elles jouent de cette manière un rôle important dans l'adoption de politiques éclairées lors de décisions transnationales et leur expertise précieuse devrait être considérée sérieusement.

Le risque de cooptation, quoique réel, ne doit pas non plus prendre le dessus sur l'importance potentielle de leur expertise lors de prises de décisions, mais doit plutôt être inscrit dans une réflexion stratégique visant à promouvoir des changements internationaux bénéfiques pour les populations que les ONG défendent. En ce sens, pour éviter une imposition externe de normes étrangères, il est fondamental de mettre l'accent sur le rôle de support que devraient jouer ces organisations. Le but est de favoriser l'influence qu'ont les groupes et les individus marginalisés dans leur société respective et donc de les assister dans la mise en place de mesure favorisant le respect de leur droit et leur capacité politique à se faire entendre⁴⁸. Il peut être important de souligner ici que l'origine occidentale du financement des ONG n'est pas nécessairement une forme de colonialisme visant à renverser les démocraties locales au profit d'organismes non élus rendant des comptes à une élite économique déterminée. Comme le souligne Alison Jaggar qui se penche principalement sur le rôle des ONG féministes dans les pays du sud, malgré les dangers

⁴⁷ Jaggar, Alison M. 2005. «'Saving Amina' : Global Justice for Women and Intercultural Dialogue», dans Andreas Follesdal et Thomas Pogge (éd.), *Real World Justice*, Dordrecht: Springer, p. 47

⁴⁸ Christenson, Gordon A. 1997. «World Civil Society and the International Rule of Law», *Human Rights Quarterly* vol. 19, no. 4, p. 861.

associés à ce financement, il n'a pas à être impérialiste. Dans la même veine, Nira Yuval-Davis soutient que

many NGOs in the global South have been able to survive and resist local pressures through the aid provided overseas, 'as well as the more personal support and solidarity of feminist organizations in other countries. (...) it would be a westocentric stereotype to view women associated with NGOs in the South as puppets of western feminism'.⁴⁹

L'enjeu porte donc davantage sur la manière dont l'intervention est menée, intervention qui se doit d'être informée par les normes de respect, de réciprocité et d'inclusion pour être véritablement bénéfique et légitime.

Finalement, ces organisations relativement autonomes jouent un rôle important dans la dénonciation et l'exposition des actes arbitraires, discriminatoires et des contextes qui nient la dignité égale de certains. Or, il peut être important pour que cette pratique soit efficace de dépasser le simple *naming and shaming* qui se limite à identifier et à dénoncer les situations particulièrement problématiques. Il est en effet pertinent de développer des analyses et une compréhension systémiques des violations des droits humains qui permettent d'identifier l'origine réelle des situations problématiques et d'identifier les responsables pour, à tout le moins, publiciser sur une base fiable leur part de responsabilité.⁵⁰

5. Conclusion

Les normes de réciprocité, de publicité et de responsabilité qui encadrent le processus délibératif et qui doivent être orientées pour favoriser le respect de la dignité égale de toute personne humaine permet de voir la direction que devraient prendre nos relations internationales. Par la reconnaissance de toute personne comme ayant un droit fondamental au respect de sa

⁴⁹ Yuval-Davis, Nira. 1997. *Gender and Nation*. London: Sage Publications, p. 120, citée par Jaggar, Alison M. 2005. «'Saving Amina' : Global Justice for Women and Intercultural Dialogue», dans Andreas Follesdal et Thomas Pogge (éd.), *Real World Justice*, Dordrecht: Springer, p. 47. et Yuval-Davis, Nira. 1997. *Gender and Nation*. London: Sage Publications, p. 120.

⁵⁰ Christenson, Gordon A. 1997. *Op. cit.*, p. 861-864.

dignité on voit donc qu'il est nécessaire de tempérer le droit qu'ont les États de refuser le statut de citoyens à certains individus.

Par ailleurs, la conception westphalienne de l'autodétermination est, considérant le contexte globalisé qui est le nôtre, dépassée et doit être remplacée par la valorisation d'une plus grande coopération au niveau transnational si on veut espérer pouvoir confronter les problèmes collectifs qui nous guettent. En ce sens il est pertinent de revoir les organisations internationales pour les démocratiser afin qu'elles permettent l'atteinte de décisions légitimes et contraignantes. De là on voit l'importance d'une société civile transnationale critique pour s'assurer que cette institutionnalisation ne soit pas en fait le vecteur de discours ou de pratiques dominatrices illégitimes.

Conclusion

L'objectif de ce mémoire était d'étudier la question des droits de l'homme par rapport à leurs fondements, à ce qu'ils devraient protéger, à ce qui leur donne leur force normative, et, par extension, par rapport à la question de leurs implications institutionnelles. Le premier chapitre de ce mémoire a ainsi abordé les approches naturalistes qui tentent de trouver les fondements de ces droits dans des caractéristiques humaines naturelles. La force principale de cet angle d'approche est sa volonté d'assurer des fondements indépendants à ces droits, ce qui favorise leur dimension critique. La position de John Tasioulas, qui soutient que les droits humains ont pour but de protéger la valeur morale égale de toute personne humaine par l'identification des intérêts urgents qu'ils partagent, s'est démarquée en particulier vu qu'elle résiste bien aux critiques qui sont habituellement adressées aux approches naturalistes.

Cependant, il demeure une lacune importante en ce qui concerne les approches naturalistes : elles peinent à identifier, par elles-mêmes, les implications institutionnelles des droits qu'elles identifient. Elles peinent à identifier les critères qui devraient guider la distribution des devoirs et des responsabilités nécessaires pour garantir le respect et la réalisation pratique de ces normes fondamentales. De surcroît, même si l'on suit la position de Tasioulas qui laisse explicitement une ouverture quant aux intérêts qui doivent être protégés par des droits de l'homme, il est crucial de voir que pour bien cerner et mettre en lumière ces intérêts, il est indispensable de considérer des points de vue réels de personnes dans leurs contextes particuliers. Cela est nécessaire pour mettre en lumière ce qu'elles considèrent être leurs intérêts et pour identifier les manières les plus efficaces de les protéger. Cela est d'autant plus vrai pour les personnes et les groupes marginalisés en société.

Cette conclusion du premier chapitre justifie un détour du côté des approches politiques. Ces conceptions ont pour force principale d'adopter un angle d'approche qui pose l'importance, la signification et le rôle des droits humains par rapport aux institutions contemporaines comme étant des questions centrales pour bien comprendre ces droits. Elles pallient ainsi à la difficulté principale des approches naturalistes.

Parallèlement, les approches politiques déploient leur justification normative au travers d'un accord politique quant au contenu des droits de l'homme. Néanmoins, ce faisant, ces approches nous placent dans un dilemme. D'abord, à l'instar de Michael Ignatieff, on peut tenter de dégager un accord potentiel entre les principales positions philosophiques, religieuses et métaphysiques existants au niveau international. Or, de cette manière, les droits humains sont restreints à un statu quo instable et peu attrayant du fait qu'il est très restreint. Pour permettre cet accord, il serait en effet nécessaire de renier de nombreux droits qui sont d'ordinaire considérés comme des droits humains. Par exemple la tolérance religieuse, l'égalité entre les sexes ou le choix libre d'un conjoint ou d'une conjointe sont des droits fondamentaux qui risquent d'être mis à mal par ce statu quo.

Considérant que cette avenue est peu souhaitable, il est ensuite possible de tenter de transcender les positions philosophiques, religieuses ou métaphysiques compréhensives pour identifier un accord politique raisonnable qui peut demeurer critique par rapport à ces différentes positions. Toutefois, comme la discussion des philosophies de Beitz et de Rawls l'a montré, ce faisant il est nécessaire d'éviter deux problèmes. Premièrement, il est nécessaire de dépasser une simple compréhension formelle de ces droits qui nous indiquerait seulement leurs buts généraux et les actions qu'ils légitiment habituellement. Cette position, mise de l'avant par Charles Beitz, a de la difficulté à considérer sérieusement les questions substantielles concernant les droits de l'homme.

Cet auteur n'arrive pas à proposer une approche qui puisse confronter les conflits de valeurs et les positions divergentes concernant le contenu de ces droits, alors qu'il est nécessaire d'être en mesure d'aborder ces questions de divergences de valeurs pour voir quels intérêts possèdent une force normative suffisante pour justifier une protection fondamentale par des droits humains. Il n'est pas possible de passer outre des considérations morales pour aborder la question des droits de l'homme. En d'autres mots, les questions substantielles ne peuvent pas être englobées par des considérations formelles.

Deuxièmement, la méthode de John Rawls propose une manière de dépasser les oppositions entre les approches compréhensives en fondant les droits de l'homme dans un principe de tolérance libéral. Or, la notion de raison publique qu'il utilise pour développer sa position risque de justifier l'exclusion de certains points de vue qui devraient pourtant être considérés. Sa position risque de couvrir des injustices par la conservation de certaines inégalités de pouvoir. La raison publique telle que décrite par Rawls est en effet un processus privé qui n'implique pas une discussion réelle au travers de laquelle il serait possible de transformer ou d'évaluer les principes de justice communs. Certaines pratiques foncièrement injustes risquent donc d'être tolérées de bonne foi par l'approche rawlsienne alors qu'elles devraient être dénoncées par un système de droit qui vise à assurer l'égalité de chaque personne.

En conséquence, pour tenter de confronter les problèmes de valeurs qui entourent le contenu des droits de l'homme et pour favoriser la prise en compte effective des intérêts des individus et des groupes marginalisés, qui ont particulièrement besoin des protections garanties par les droits de l'homme, il est pertinent de passer par une délibération politique inclusive.

Une conception délibérative des droits permet de concilier les avantages des deux familles théoriques abordées dans les deux premiers chapitres. Comme il a été discuté dans le troisième chapitre à partir d'une analyse critique de l'approche d'Habermas et des thèses d'Amy Gutmann et de Dennis Thompson, une approche délibérative peut à la fois reconnaître un standard indépendant assurant une certaine distance critique pour défendre l'égalité de toute personne, et elle peut mettre en place les outils nécessaires pour nourrir une réflexion institutionnelle favorisant la réalisation effective des droits de l'homme.

La notion de réciprocité permet de faire le pont entre ces deux questions. Les droits humains visent certes à protéger des caractéristiques et des intérêts foncièrement humains, mais l'identification de ces intérêts et de ces caractéristiques doit passer par un processus de justification mutuel pour identifier quels sont ceux qui sont suffisamment urgents dans un contexte donné pour justifier des protections fondamentales. Il devrait de cette manière être possible de justifier non seulement la nécessité de certaines libertés et protection de base (droits à l'intégrité physique et psychologique, liberté de penser, égalité de statut légal, liberté de religion, accès à des soins de santé, etc.), mais aussi des conditions institutionnelles, nécessaires à la contextualisation de ces droits abstraits. Une organisation sociale basée sur la réciprocité et la reconnaissance de l'égalité de toute personne devrait en ce sens justifier l'organisation politique d'une communauté donnée en référence à des normes d'inclusion, de raisonabilité, de publicité et de responsabilité.

Dans le contexte international qui est le nôtre, cela suppose au moins trois grandes recommandations institutionnelles. Premièrement, il est important de voir que les nations, suivant une conception délibérative, jouent un rôle important dans la contextualisation des droits de l'homme pour assurer leur efficacité. Cela s'explique du fait que les nations sont un vecteur

central de l'autonomie relationnelle qui est nécessaire à une organisation sociale délibérative. Cela suppose toutefois une remise en question de la notion de citoyenneté telle qu'on l'a connaît aujourd'hui pour éviter que certaines personnes dont les intérêts devraient être considérés soient exclus de la délibération publique de manière arbitraire.

Deuxièmement, dans le contexte transnational contemporain, force est de constater que de nombreuses questions échappent au contrôle des nations seules. La reconnaissance des droits de la personne nécessite la mise en place d'un contexte international qui joue le rôle de contre-pouvoir envers les États qui nient les droits de leur population ou d'une partie de celle-ci et contre les puissances internationales qui pourraient être tentées d'instrumentaliser ces normes au service de leurs intérêts. De surcroît, de nombreuses questions environnementales, sécuritaires, économiques et sociales contemporaines justifient la mise en place d'institutions transnationales délibératives. Ces institutions devraient être organisées d'une manière telle qu'elles favorisent une discussion inclusive continue autour des enjeux transnationaux et qu'elles assurent une représentation adéquate des groupes et des individus dont la dignité est systématiquement niée au niveau international. En d'autres termes, considérant les enjeux contemporains auxquels nous sommes confrontés, la protection des droits de l'homme suppose la démocratisation des institutions transnationale.

Finalement, il est important de voir les limites inhérentes au potentiel transformateur de telles institutions. Il est nécessaire de souligner les apports complémentaires que peut véhiculer la société civile transnationale. Les organisations non gouvernementales et les mouvements sociaux transnationaux possèdent un potentiel critique fort pour faire ressortir des problématiques criantes, pour identifier les lacunes institutionnelles ou encore pour défendre les intérêts de ceux qui n'ont pas d'autres moyens pour se faire entendre. Malgré les problèmes qui y sont associés, la

société civile transnationale contient le potentiel critique nécessaire pour éviter que les institutions globales ne soient en fait les vecteurs de discours et de pratiques dominatrices.

Bref, il apparaît au travers de cette étude que les approches naturalistes et politiques amènent toutes deux des contributions importantes sur la question des droits l'homme qu'il est important de réconcilier, ce que permet une conception délibérative de ces normes fondamentales. Cette dernière approche soutient que les droits humains protègent la dignité égale de toute personne, indépendamment de ses caractéristiques ou du groupe auquel elle appartient. Protection qui suppose des arrangements nationaux et transnationaux démocratiques inclusifs.

Bibliographie

- ABIZADEH, Arash. 2008. « Democratic theory and Border Coercion: No Rights to Unilaterally Control Your Own Borders », dans *Political Theory* vol. 36, no 1, p. 37-65.
- BAYNES, Kenneth. 1992. *The Normative Grounds of Political Criticism: Kant, Rawls, Habermas*, Albany : Suny Press.
- BAYNES, Kenneth. 2009. « Toward a political conception of human rights », dans *Philosophy and Social Criticism*, vol. 35, no. 4, p. 371-390
- BEITZ, Charles. 2003. « What Human Rights Mean ». Dans *Daedalus*, vol. 132, no. 1, pp. 36-46
- BEITZ, Charles. 2009. *The idea of human rights*, Oxford: Oxford University Press.
- BENHABIB, Seyla. 1996. « Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy », dans Seyla Benhabib (dir.), *Democracy and difference*, Princeton NJ: Princeton University Press.
- BENHABIB, Seyla. 2011. *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*, Polity Press.
- BLATTBERG, Charles. 2009. «The Ironic Tragedy of Human Rights», dans *Patriotic Elaborations: Essays in Practical Philosophy*, Chapitre 3, McGill-Queen's University Press, p. 43-60.
- BOHMAN, James F. 1990 « Communication, Ideology, and democratic Theory », dans *The American Political Science Association*, vol. 84, no. 1, pp. 93-109.
- BOHMAN, James. 2005. «Critical Theory», dans *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. En ligne : <https://plato.stanford.edu/entries/critical-theory/#5.1>
- BOYLAN, Michael. 2014. *Natural Human Rights : A theory*, Cambridge (UK) : Cambridge University Press
- BURGENTHAL, T., D. Shelton et D. Stewart. 2002. *International Human Rights*. St Paul, MN: West.
- CARENS, Joseph H. 2007. « Étrangers et citoyens : un plaidoyer en faveur de l'ouverture des frontières », dans *Raisons politiques*, Vol. 23, no. 26, pp. 11-39.

- CATALA, Amandine. 2015. « Droits humains et minorités culturelles », dans *Philosophiques* vol. 42, no. 2, pp. 231-250.
- CHILTON, Adam S. 2012. « Book Review (reviewing Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights*) ». dans *Harvard Human Rights Journal* 237, pp. 237-239.
- CHRISTENSON, Gordon A. 1997. « World Civil Society and the International Rule of Law », *Human Rights Quarterly* vol. 19, no. 4, p. 724-737.
- COCHRAN, Molly. 2002. « A Democratic Critique of Cosmopolitan Democracy: Pragmatism from the Bottom-up », dans *European Journal of International Relations* vol 8, no 4, p. 517-548.
- COHEN, Joshua. 2004. « Minimalism about human rights: The most we can hope for? », dans *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, no. 2. p. 190-213.
- Commission Internationale de l'Intervention et de la Souveraineté des États. 2001. *La responsabilité de protéger*, Ottawa : Centre de recherches pour le développement international
- COOKE, Maeve. 2000. « Five Arguments for Deliberative Democracy », *Political Studies*, vol. 48, p. 947-969.
- COURTOIS, Stéphane. 2003. « Droit et démocratie chez John Rawls et Jürgen Habermas : Fondationalisme des droits ou démocratie délibérative? », *Politique et Sociétés*, vol. 22, no 2, p. 103-124.
- COVER, Robert. 1982. « The Supreme Court 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative » *Harvard Law Review* vol. 97, no 4, p. 4-68.
- CRUFT, Rowan, Matthew S. Liao et Massimo Renzo. 2015. « The philosophical Foundations of Human Rights : An Overview », dans *Philosophical Foundations of Human Rights*, Rowan Cruft, Matthew S. Liao et Massimo Renzo (éd.), Oxford : Oxford University Press. pp. 1-44.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*. 1948. Organisation des Nations Unies
- DEWEY, John. 1986 [1927]. *The Public and its Problems. The later Works: 1925-1927*, Carbondale: Southern Illinois University Press.

- DRYZEK, John. 1996. *Democracy in Capitalist Times*, Oxford University Press.
- DRYZEK, John. 1999. « Transnational Democracy », dans *The Journal of Political Philosophy* vol. 7, no 1, p. 30-51.
- DRYZEK, John. 2000. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press.
- ELBAHTIMY, Mona. 2014. « The Right to be Free from the Harm of Hate Speech in International Human Rights Law ». Centre of Governance and Human Rights, University of Cambridge. En ligne : http://www.cgpr.polis.cam.ac.uk/publications/cgpr_working_papers/wp7
- ETINSON, Adam et Matthew S. Liao. (2012). « Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights : A False Polemic? », dans *Journal of Moral Philosophy* vol. 9 n°3, pp. 327-352.
- FRASER, Nancy. 2014a. « transnationalizing the Public Sphere: On the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World », dans Kate Nash (éd.), *Transnationalizing the Public Sphere*, Polity Press, p. 8-42.
- FRASER, Nancy. 2014b. « Reply », dans Kate Nash (éd.), *Transnationalizing the Public Sphere*, Polity Press, p. 129-156.
- FUNG, Archon. 2005. « Deliberation before the Revolution : Toward an Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World », dans *Political Theory* vol. 33, no 3, pp. 397-419.
- GILBERT, Pablo. 2011. « Humanist and Political Perspective on Human Rights », dans *Political Theory*, pp. 439-467.
- GILBERT, Pablo. 2013. « The capability approach and the Debate Between Humanist and Political Perspectives on Human Rights. A Critical Survey », dans *Human Rights Review* vol. 14 n°4, pp. 299-325.
- GILBERT, Margaret. 2010. « Rorty and Human Rights », *Rorty and Human Rights Series*, University of California Irvine.
- GUTMANN, Amy et Dennis Thompson. 1996. *Democracy and disagreement : Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.

- GUTMANN, Amy et Dennis Thompson. 2002. « Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente? », *Philosophiques* vol. 29, no 2, p. 193-214.
- GOULD, Carol C. 1996. « Diversity and Democracy: Representing Differences », dans *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Seyla Benhabib (éd.), Princeton: Princeton University Press, p. 171-186.
- GOULD, Carol C. 2015. « Philosophical Foundations of Human Rights », dans *Philosophical Foundations of Human Rights*, Rowan Cruft, Matthew S. Liao et Massimo Renzo (éd.), Oxford : Oxford University Press, p. 177-199.
- GRIFFIN, James. 2008. *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- HABERMAS, Jürgen. 1997 [1992]. *Droit et Démocratie : Entre faits et normes*, trad. Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Gallimard.
- HABERMAS, Jürgen. 1998 [2001]. *The Postnational Constellation : Political Essays*, (trad.) Max Pensky, Cambridge, MA : The MIT Press.
- HABERMAS, Jürgen. 2000. « Le paradoxe de l'État de droit démocratique », dans *Les Temps modernes* no 601, p. 76-94
- HABERMAS, Jürgen. 2010. « The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights », dans *Metaphilosophy* vol. 41, no 4, p. 464-480.
- HELD, David. 1995. *Democracy and the Global Order: From Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press.
- HELD, David. 2010. *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*, Polity Press.
- HERR, Ranjoo Seodu. 2008. « Politics of Difference and Nationalism: On Iris Young's Global Vision », dans *Hypatia* vol. 23, no 3, p. 39-59.
- HIGGINS, Peter. 2013. *Immigration Justice*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- HOBBS, Thomas. 2000 (1651). *Léviathan*, trad. Gérard Mairet, Gallimard.
- IGNATIEFF, Michael. 2000. « Human Rights as Idolatry », *Tanner Lectures on Human Values*, Princeton University. En ligne http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf , pp. 320-349

- JAGGAR, Alison M. 2005. « 'Saving Amina' : Global Justice for Women and Intercultural Dialogue », dans Andreas Follesdal et Thomas Pogge (éd.), *Real World Justice*, Dordrecht: Springer, p. 37-63.
- KHO, Harold Hangju. 1998. «How Is International Human Rights Law Enforced», *Addison C. Harris Lecture*.
- KYMLICKA, Will. 1989. *Liberalism, Community and Culture*, Oxford: Oxford University Press.
- KYMLICKA, Will. 1995. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, New York: Oxford University Press
- KYMLICKA, Will. 2001. *La Citoyenneté multiculturelle*, Montréal: Boréal.
- LANDMAN, Todd. 2013. *Human Rights and Democracy: The Precarious Triumph of Ideals*, Bloomsbury.
- LAUREN, Paul Gordon. 2011. *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, University of Pennsylvania Press.
- LECLERC, Arnaud. 2014. « La thèse habermassienne de l'interrelation entre droits de l'homme et démocratie : perspectives critiques », dans *Klesis*, vol. 29, pp. 33-49.
- LEVY, Jacob. 2000. *The Multiculturalism of Fear*, New York : Oxford University Press.
- LEYDET, Dominic. 2002. « Introduction », dans *Philosophiques* vol. 29, no 2, p. 175-191.
- LOHMANN, Georg. 1998. «Menschenrechte zwischen Moral und Recht », dans *Philosophie der Menschenrechte*, Francfort-sur-le-main : Suhrkamp, p. 62-95.
- MICHELMAN, Frank I. 1988. « Law's Republic », dans *The Yale Law Journal*, vol. 97.
- MOYN, Samuel. 2012. *The Last Utopia : Human Rights in History*, Belknap Press.
- MUTUA, Makau. 2002. *Human Rights: A Political and Cultural Critique*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press
- NASH, Kate. 2009. «Between Citizenship and Human Rights», *Sociology* vol. 43, no 6, p. 1067-1083.
- NELSON, John O. 1990. « Against Human Rights », dans *Philosophy*, Vol. 65, No. 253, pp. 341-348.

- NUSSBAUM, Martha. 2002. « Women and the law of people », dans *Politics, Philosophy and Economics*, pp. 283-306.
- O'NEIL, Onora. 2015. « Response to John Tasioulas », dans *Philosophical Foundations of Human Rights*, Rowan Cruft, Matthew S. Liao et Massimo Renzo (éd.), Oxford : Oxford University Press. pp. 71-78.
- OWEN, David. 2014. « Dilemmas of Inclusion : The All-Affected Principle, the All-Subjected Principle, and Transnational Public Spheres », dans *Transnationalizing the Public Sphere*, Kate Nash (éd.), Polity Press, p. 112-128.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. 1966. Organisations des Nations Unies.
- PERRY, Michael. 1998. *The Ideas of Human Rights*. NY: Oxford University Press
- POGGE, Thomas. 2007. « Reframing Economic Security and Justice », dans D. Held et A. McGrew (éd.), *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, Cambridge Polity Press, p. 132-147.
- RAWLS, John. 1971 [1997]. *Théorie de la Justice*, trad. Catherine Audard, Éditions Points.
- RAWLS, John. 1993. *Political Liberalism*. Columbia University Press
- RAWLS, John. 1999. *The Law of Peoples*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- RAZ, Joseph. 2010a. « Human Rights in the Emerging World Order », dans *Transnational Legal Theory* vol. 1 n°1, pp. 31-47.
- RAZ, Joseph. 2010b. « Human Rights Without Foundations », dans *The Philosophy of International Law*, Samantha Besson et John Tasioulas (éd.), Oxford: Oxford University Press
- RORTY, Richard. 1993. « Human Rights, Rationality, and Sentimentality », *The Amnesty Lectures*, Oxford.
- SEYMOUR, Michel. 2008. *De la tolérance à la reconnaissance : Une théorie libérale des droits collectifs*, Montréal : Éditions Boréal.

- SIMMONS, John A. 2001. « Human Rights in Kant and Locke », dans *Justification and Legitimacy : Essay on Rights and Obligations*. Cambridge : Cambridge University Press, pp. 179-197.
- SIMMONS, John A. 2015. « Human Rights, Natural Rights, and Human Dignity », dans *Philosophical Foundations of Human Rights*, Rowan Cruft, Matthew S. Liao et Massimo Renzo (éd.), Oxford : Oxford University Press. pp. 138-152.
- SONG, Sarah. 2014. «Multiculturalism», dans *The Stanford encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (éd.)
- SUNSTEIN, Cass R. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York : Oxford University Press.
- TAN, Kok-Chor. 1998. « Liberal Toleration in Rawls's Law of Peoples », dans *Ethics*, vol. 108, no 2, pp. 276-295.
- TASIOULAS, John. 2010. « Taking Rights out of Human Rights », dans *Ethics* vol. 120 n°4, pp. 647-678.
- TASIOULAS, John. 2015. « On the foundations of Human Rights », dans *Philosophical Foundations of Human Rights* Rowan Cruft, Matthew S. Liao et Massimo Renzo (éd.), Oxford : Oxford University Press. pp. 45-70.
- THAA, Winfried. 2001. « ''Lean Citizenship'': The fading Away of the Political in Transnational Democracy», dans *European Journal of International Relations* vol. 71, no 4, p. 503-523.
- TICKNER, J. Ann. 1988. « Hans Morgenthau's principles of political realism: A feminist reformulation », dans *Journal of International Studies* n° 17, pp. 429-440
- United Nations Development Programme. 2016. *Human Development Report 2016: Human Development for Everyone*. NY: United Nations Organisation.
- WALDRON, Jeremy. 2009. *Dignity, Rank, and Rights. Tanner Lectures on Human Values*
- WALDRON, Jeremy. 2012. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press

- WALDRON, Jeremy. 2013a. « Democracy and human rights : good companions », dans *Human Rights Old Problems, New Possibilities*, David Kinley, Wokciech Sadurski et Kevin Walton (éd.), Edward Elgar Publishing, p. 145-169.
- WALDRON, Jeremy. 2013b. « Human Rights : A Critique of the Raz/Rawls Approach ». *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 405.
- WALDRON, Jeremy. 2015. « Is dignity the foundation of HR », dans *Philosophical Foundations of Human Rights* Rowan Cruft, Matthew S. Liao et Massimo Renzo (éd.), Oxford : Oxford University Press. pp. 117-137.
- WIESEL, Elie. 1999. « A tribute to Human Rights », dans *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, Y. Danieli et al (éd.), NY: Baywood
- WILLIAMS, Melissa S. 2002. « Représentation de groupe et démocratie délibérative : une alliance malaisée », *Philosophiques*, vol. 29, no 2, p. 215-249.
- YOUNG, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- YOUNG, Iris Marion. 2000. *Inclusion and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, p. 258.
- YURAL-DAVIS, Nira. 1997. *Gender and Nation*. London: Sage Publications.