

Sens et fonction des droits de l'homme au sein de la démocratie moderne :
de Michel Villey à H.L.A. Hart.

par

François Viangalli

Maître de conférences à l'Université de Grenoble II
CESICE

Il serait bien difficile d'offrir une véritable définition des droits de l'homme qui ne prête à discussion. A dire vrai, de définition des droits de l'homme, qui fasse l'unanimité et ne suscite aucune critique, il n'en existe pas. Les droits de l'homme font partie de ces notions dont la précision et la clarté sont inversement proportionnelles à la fréquence de leur usage. Ainsi, lorsqu'il est question d'élaborer une définition *générique* de ceux-ci, rares sont ceux qui relèvent le défi et encore plus rares ceux qui en viennent à bout en remportant l'adhésion collective. L'objet de notre propos sera pourtant de proposer une telle définition, dont nous espérons qu'elle épuîsera, autant que faire se peut, le concept même de droit de l'homme.

L'intérêt d'une telle entreprise est évident. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, et en ce début du XXIème siècle, les droits de l'homme sont omniprésents. Le discours politique en fait un usage récurrent, sans que nul ne soit d'accord pour approfondir le sens de leur concept, et en fixer l'essence autant que les limites. Né au lendemain de l'affaire Dreyfus, qui avait vu la condamnation volontaire et assumé d'un innocent par un simulacre de juridiction, le militantisme des droits de l'homme s'est depuis affirmé. Son action interne aux Etats consiste pour l'essentiel à dénoncer les pratiques contraires aux textes internationaux sur les droits fondamentaux des individus et notamment les procès inéquitables. Son action internationale consiste quant à elle à dénoncer l'actions des Etats du monde qui enfreignent ces mêmes droits soit à l'encontre de leur propre population ou de leurs propres minorités, soit à l'endroit de populations étrangères. A n'en pas douter, la découverte de l'essence des droits de l'homme ne pourrait donc qu'éclaircir notre compréhension du monde qui nous entoure.

Pour autant, une telle tâche n'est pas sans difficulté. Et ce, pour deux raisons. La première de ces raisons est *intellectuelle*. Elucider le concept de droit de l'homme suppose en effet d'éclaircir préalablement le concept même de droit. Or chacun sait qu'il existe sur ce point une littérature insondable au point qu'il est d'usage de dire qu'un livre de théorie du droit sur ce sujet est généralement un ouvrage qui recense et critique les livres des autres. Cette nécessité préalable doit être impérativement satisfaite, avant d'élucider la notion même de droit de l'homme. La seconde de ces raisons est quant à elle morale. Pour rechercher objectivement le concept de droit de l'homme, un effort d'abstraction éthique s'impose. Si l'on veut parvenir à ses fins, tout jugement axiologique doit être proscrit. Il ne faut être *ni pour ni contre* les droits de l'homme et seulement observer ce qu'ils sont. Or l'expérience montre qu'un tel effort n'est pas sans susciter des réactions, généralement négatives, les droits de l'homme étant auréolés d'un voile sacré qu'il est malvenu, et parfois dangereux, de vouloir dissiper. Un tel travail n'est donc pas sans risque.

Cette difficulté n'est pas pour autant insurpassable. La question de la nature profonde des droits de l'homme, et celle préalable de concept de droit, ont déjà fait l'objet de réflexions originales. Pour parvenir à la résolution du problème, il n'est pas nécessaire de partir à zéro. Pour les besoins de notre entreprise, nous avons fait le choix de retenir deux conceptions fondamentalement différentes du droit, et, par suite, des droits de l'homme. La première est celle du juriste et philosophe français Michel Villey (1914-1988). D'inspiration romaine et aristotélicienne, la philosophie de Villey n'a pas pour son pareil pour percer le voile qui entoure les droits de l'homme, en réalisant leur généalogie et en montrant leurs limites. L'autre conception que nous retiendrons est celle de Herber Hart (1907-1992), l'un des plus grands si ce n'est le plus grand philosophe du droit du XXème siècle. D'inspiration moderne, sa philosophie énonce en effet une définition du droit qui, appliquée par nos soins aux droits de l'homme, est à même d'opposer des arguments sérieux à la pensée de Michel Villey. De cette confrontation difficile mais précieuse, notre regard sur les droits de l'homme ne pourra que s'en trouver affiné.

Par suite, pour parvenir à l'élaboration du concept générique recherché, une synthèse et un dépassement de l'opposition de Villey à Hart apparaît comme la voie nécessaire. A la vérité, l'opposition est comme souvent *apparente*. Elle est réelle et ne ment pas sur son objet. Mais l'objet lui-même, à l'instar d'une sculpture, s'étend dans une dimension négligée : le volume. Selon la place où se situe le regard, l'objet observé varie. Aucune des perspectives n'est plus ou moins vraie que les autres, car elles le sont toutes d'un point de vue différent. C'est exactement ce que nous proposons de montrer pour ce qui a trait à la notion et la fonction des droits de l'homme au sein de la démocratie moderne. Par la synthèse à une pluralité de points de vue de la philosophie de Villey d'un côté et de celle de Hart de l'autre, il n'est pas impossible à partir d'un concept du droit qui les englobe toutes les deux de retrouver de façon récurrente l'essence des droits de l'homme. En conséquence, l'exposé de la différence des points de vue s'impose de façon préalable (I) pour qu'il soit possible, fort de la connaissance acquise par cette confrontation, de procéder ensuite à son dépassement par l'élaboration d'un schéma de pensée nouveau (II).

I- L'opposition des points de vue

L'opposition de Michel Villey à H.L.A. Hart peut sembler saugrenue. Et ce, pour deux raisons. La première est que, sauf erreur de notre part, les deux philosophes, quoique contemporains, ne sont pas connus. Michel Villey ne parle

pour ainsi dire pas de Hart dans son œuvre, et Hart ne fait pas davantage allusion à Michel Villey¹. L'opposition de leurs philosophies respectives est donc extérieure pour ne pas dire *uchronique*, et non dialectique. De dialogue entre l'un et l'autre auteur, il n'y en a jamais eu. La seconde raison à cela est que les deux auteurs sont extraordinairement différents l'un de l'autre. Michel Villey est issu d'une famille, pour ne pas dire d'une lignée d'universitaires – son père Pierre Villey enseignait la philosophie de la Renaissance, sa mère était la fille du philosophe Emile Boutroux – et il a reçu une éducation bourgeoise catholique. Sa réflexion sur les droits de l'homme est d'ailleurs dédiée au Pape Jean Paul II. Herbert Hart, quant à lui, est issu d'une famille juive et son premier métier a été celui d'avocat. Il a ensuite servi pendant la guerre dans les rangs du MI 5, le contre-espionnage britannique. C'est d'ailleurs entre autres choses pour services rendus à la Couronne qu'il a pu obtenir au lendemain de la guerre la chaire de philosophie du droit de l'Université d'Oxford². Sa pensée est nourrie de cette expérience militaire secrète et de sa fréquentation – constante au cours de sa vie – de la philosophie juive. Culturellement, socialement, biographiquement, les deux hommes n'ont rien à voir entre eux. Pourtant, leurs philosophies se prêtent admirablement à une confrontation. Par des moyens contraires, ils aboutissent en effet tous les deux à des conclusions contraires. Pour l'un, les droits de l'homme ne seront pas du droit ; pour l'autre, les droits seront effectivement du droit, au sens où ce dernier doit être entendu. La conception de Michel Villey est ainsi radicalement opposée à celle de Hart.

A- La conception de Michel Villey

La conception que retient Villey des droits de l'homme est exposée dans un opus qui, en son temps, a fait scandale : *Le droit et les droits de l'homme* (1983)³. La réflexion qui y est menée aboutit à la conclusion suivante : les droits de l'homme ne sont pas du droit. Cette théorie, résolument inactuelle, n'est pas pour autant sans vertu.

1) L'inactualité de la philosophie de Michel Villey

Pour démontrer que les droits de l'homme ne sont pas du droit, Villey expose tout d'abord une, ou plutôt selon lui, *la* définition du droit. Partant du constat que les philosophes classiques et modernes envisagent le droit de façon

¹ Les écrits de Hart ne font pas cas de la pensée de Michel Villey. Dans la biographie qu'elle a dressée du philosophe anglais, Nicola Lacey ne fait nulle part allusion à Villey : *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2006.

² Le philosophe John Langshaw Austin avait lui aussi servi dans le contre-espionnage, avant d'être nommé professeur à Oxford... Les deux hommes, Hart et Austin, se connaissaient d'ailleurs parfaitement et leurs travaux se nourrissent d'emprunts respectifs. V. ainsi, chez Austin : *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Seuil, 1970, p. 42

³ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2008.

extrinsèque, et en ignorent la nature autant que la pratique⁴, il part en effet d'une redécouverte de la définition *romaine* du droit. Celle-ci, ainsi qu'il l'expose⁵, est tirée du Livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, dans lequel Aristote distingue la justice dite *générale* (δικαιοσύνη), ce vers quoi le monde des hommes doit tendre, et qui constitue par conséquent un simple idéal, et la justice dite *particulière* (δικαιον), laquelle correspond à l'inverse à la réalité concrète et qui peut être définie comme la juste part des biens et charges matériels devant revenir à chacun. Lorsque les textes romains définissent le droit comme l'*ars suum cuique tribuendi*, ils reprennent ici la définition d'Aristote. Or de cette définition découlent à la fois l'objet, la finalité et les caractères de l'art juridique. L'objet de celui-ci est ainsi de partager les choses, les honneurs et les charges matérielles. Le terrain de son travail réside par conséquent dans l'attribution et la circulation des biens, les *distributiones* et les *commutationes*⁶. Il n'entre pas dans sa mission de façonner un monde idéal et de proclamer ce qui devrait être si les choses n'étaient pas ce qu'elles sont. Seul le concerne la répartition actuelle des choses existantes. Sa finalité, par conséquent, n'est rien d'autre que la recherche réaliste d'une juste mesure dans la répartition des honneurs, des richesses et des charges. De ce point de vue, le droit est aux objets ce que la tempérance est à l'homme : une mesure acceptable (το μέσον). Et de par la concrétude de son objet, le caractère principal de l'art juridique résidera dans sa relativité. Il ne recherche pas autre chose que ce qu'il est *possible* de faire dans l'attribution des choses (*aequabilitas*), et ne prétend pas à la perfection⁷. A partir de cette définition, Michel Villey arrive par confrontation à la conclusion que les droits de l'homme ne sont pas du droit mais un simple idéal qu'une confusion regrettable de la pensée a assimilé à tort au droit. Selon lui, la généalogie de cette confusion en attribue la paternité au nominalisme philosophique du XIII^{ème} siècle, et notamment à la théorie franciscaine de Guillaume d'Occam puis à celle de Duns Scott⁸. A partir du moment en effet où seul existe l'individu, le sujet, et où le monde n'a de sens qu'à travers son regard, il ne saurait exister en soi de relations *in rebus*, puisque seule s'exprime la substance individuelle. Il ne peut demeurer que la seule prérogative de l'individu, version tronquée de la *commutatio*, c'est-à-dire ce que l'on appelle le droit subjectif, véritable ancêtre des droits de l'homme. Cette pensée individualiste se retrouve plus tard chez Hobbes, puis Locke (le *right of mankind*)⁹, avant d'engendrer la pensée individualiste moderne qui accouchera des soi-disant *droits de l'homme*, une authentique ineptie juridique¹⁰. Ces droits

⁴ *Op. cit.*, p. 24

⁵ *Op. cit.*, p. 42

⁶ *Op. cit.*, p. 51

⁷ *Op. cit.*, p. 58

⁸ *Op. cit.*, p. 119

⁹ *Op. cit.*, p. 149

¹⁰ *Op. cit.*, p. 137

de l'homme ne sont donc qu'une forme de morale politique distincte de la réalité, qu'il est épistémologiquement pervers d'assimiler au droit et de traduire en instruments procéduraux ou substantiels. Pour Michel Villey, dont la philosophie est ainsi délibérément inactuelle, l'Antiquité avait vu juste et la Modernité s'est égarée.

2) Les vertus de la philosophie de Michel Villey

En dépit de son inactualité, cette philosophie n'est pas dénuée de vertus. Elle a le mérite de démasquer deux limites essentielles des droits de l'homme. La première de ces limites est qu'ils affirment un idéal indépendamment de savoir s'il est possible d'y parvenir. Michel Villey remarque ainsi l'irréalité voire l'indécence des droits de l'homme. Fondée au lendemain de l'affaire Dreyfus, la Ligue des droits de l'homme n'a pas pu agir sur le monde réel de façon suffisante pour éviter les tragédies du XXème siècle, et au premier rang d'entre elles, la plus effroyable : la Shoah. Les droits de l'homme n'ont donc pas l'efficacité escomptée. La seconde limite est l'absence de moyens concrets pour gouverner par les droits de l'homme. Puisque par définition ils procèdent d'un idéal et non d'une réalité, ils ne peuvent qu'agir de l'extérieur sur le pouvoir politique contemporain, mais jamais fonder celui-ci *hic et nunc* sans perdre leur légitimité intrinsèque. Ils ne peuvent être qu'un contre-pouvoir et ne sont donc jamais suffisants à eux seuls. La philosophie de Villey a ici le mérite, au-delà du génie de l'auteur, de mettre en lumière une facette cachée des droits de l'homme ; et ce, quoique la philosophie de Hart, à sa manière, ait également son intérêt sur ce terrain.

B- La conception de Herbert Hart

Avant d'exposer la théorie de Hart, une précision s'impose d'emblée. Hart a exposé ses vues dans un ouvrage célèbre publié en 1961, *The Concept of Law*¹¹. Cet opus offre une lecture nouvelle et révolutionnaire de la notion même de droit. Cela étant, l'ouvrage *n'aborde pas* la question des droits de l'homme. Lorsqu'il s'agit de tirer de Hart une analyse de la notion profonde des droits de l'homme, force est d'admettre que l'on ne peut procéder ici qu'à des déductions personnelles, sans certitude sur la position qu'aurait adopté l'auteur s'il avait prolongé son travail sur ce terrain. Mais cela ne retire rien à la modernité de l'œuvre, ni à ses vertus.

1) La modernité de la philosophie de Hart

Hart propose une conception nouvelle du droit, apte à fonder dans son intégralité toute la science juridique. Cette conception repose tout d'abord sur la

¹¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Clarendon, 1997

récusation de l'idée, fort répandue, notamment chez Austin ou Kelsen¹², selon laquelle il n'y a droit que lorsqu'il y a commandement assorti de sanction. Hart explique en effet qu'il y a une différence profonde entre *être obligé de faire quelque chose*, par exemple sous la menace – et Hart prend le cas d'un voleur braquant un pistolet sur la tempe de la victime qu'il détrouse (la *gunman threat*)¹³, et *avoir l'obligation de faire quelque chose* en étant persuadé¹⁴.

Cette intuition l'amène par suite à relever les caractères propres de la règle juridique. Pour lui, le droit se caractérise par sa *continuité*, son *intériorité* et sa *persistance*¹⁵. La continuité est la propriété qu'a le droit de se maintenir lorsque l'autorité qui en est dépositaire change. Lorsque *Rex I* meurt, et que *Rex II* prend sa suite, le peuple continue d'obéir à *Rex II* comme s'il était *Rex I*. L'intériorité (*l'internal aspect*), quant à elle, réside dans la conviction qu'a le sujet qu'il doit *a priori* obéir à la norme, et pas seulement parce qu'il peut être sanctionné *a posteriori* en cas de désobéissance. Quant à la persistance, elle est cette très étrange propriété qu'a la règle authentiquement juridique de subsister dans notre esprit quoique le temps où l'espace nous sépare d'elle. Hart prend ainsi pour exemple la condamnation par une Cour anglaise contemporaine d'une voyante par l'application d'une vieille loi sur la Sorcellerie jamais abrogée, donc persistante.

De l'identification de ces caractères, Hart tire enfin une définition claire du droit, le fameux *Concept of Law*. Il considère que ne sont juridiques, parmi tous les commandements et ordres que l'on peut recevoir, que ceux qui, outre leur contenu, appelé *règle primaire*, sont reconnus et certifiés comme juridiques par une *règle secondaire*, dont la fonction est de reconnaître une distinction supplémentaire à la règle primaire apte à lui conférer alors continuité, intériorité et persistance¹⁶. Cette règle primaire comprend une règle d'adjudication (*rule of adjudication*), qui définit les conditions auxquelles un ordre de *Rex* acquière une autorité juridique, et une règle de changement (*rule of change*), qui précise quant à elle comment cette règle peut le cas échéant s'éteindre, être transformée ou disqualifiée en simple commandement moral, c'est-à-dire non juridique.

Armé de cette définition hartienne du droit, il est alors possible de répondre à la question de savoir si oui ou non les droits de l'homme sont du droit, ou s'ils ne sont au contraire qu'une simple forme de morale politique. La réponse simple : tout dépend de *quels* droits de l'homme il est question. Si l'on a égard aux droits de l'homme en général, la réponse est non. Aucune règle secondaire

¹² Kelsen écrit ainsi dans sa *General Theory of Law and State* (1949) : "Law is primary the norm that stipulates the sanction". Pour Hart, c'est faux : *op. cit.*, p. 35

¹³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, préc., p. 6

¹⁴ *Op. cit.*, p. 83

¹⁵ *Op. cit.*, p. 51 et svts

¹⁶ *Op. cit.*, p. 79

n'en confie le monopole de la définition à une autorité, en même temps qu'elle leur attribuerait continuité, intériorité et persistance. Si l'on envisage en revanche les droits fondamentaux protégés et garantis par la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, et ouvrant en tant que tels un droit au recours des particuliers contre les Etats, alors la réponse est probablement toute autre. Ces droits sont définis par la Convention et les protocoles additionnels auxquels les Etats adhèrent, et ces derniers se soumettent à l'autorité de la Cour de Strasbourg, laquelle a compétence pour conférer aux droits énoncés un sens interprétatif *sub specie generalitatis* ou *in casu*, un champ d'application matériel et temporel, et une autorité traduite par un pouvoir de condamnation des Etats. Si l'on accepte de qualifier les droits reconnus de règles primaires et l'office de la Cour de règle secondaire, alors les droits de l'homme de la CEDH sont bien plus que de la morale : ils sont une forme de droit. La conception moderne de Hart s'adapte ici parfaitement à une des réalités contemporaines des droits de l'homme : leur juridictionnalisation. C'est là que réside les vertus de la conception de Hart sur le sujet qui nous occupe.

2) Les vertus de la conception de Hart

Les vertus de la philosophie de Hart sont essentiellement au nombre de deux dans ce domaine. La première réside dans la démonstration du caractère juridique des droits de l'homme, pour peu qu'ils soient énoncés par un instrument contraignant et sanctionnés par une Cour. La conception de Villey fait par trop abstraction de ce type renforcé – *enhanced and enforceable* pourrait-on dire – de droits de l'homme. La seconde vertu peut quant à elle être découverte dans la mise en évidence de la singularité de ces droits de l'homme particuliers. Ils sont continus, intérieurs et persistants, et une règle secondaire, le statut de la Cour, les reconnaît ès qualités. Mais ils ne sont l'émanation d'aucun *Rex*, d'aucun *Tyrannus*, d'aucun Parlement. Et aucune armée ni aucune police, ni même aucune administration n'est chargée d'exercer le pouvoir sur leur seule base. A eux seuls, ils ne peuvent fonder aucune gestion, aucune décision positive, aucune politique, aucun Gouvernement. Ils sont intrinsèquement *réactifs* et ne constitue qu'un contre-pouvoir, jamais un pouvoir plein et entier. La philosophie de Hart est en ce sens remarquable, puisque autant elle rassure sur le caractère juridique des droits de l'homme modernes – que l'on pourrait être tenté de qualifier de droits de l'homme renforcés, par opposition à leurs congénères idéaux –, autant elle met en exergue leur singularité et leur polarité exclusivement réactive.

Ainsi présentées, les deux conceptions, celle de Villey d'un côté et celle de Hart de l'autre, s'opposent en apparence d'une façon radicale. L'une disqualifie les droits de l'homme en morale politique résiduelle par nature impuissante, l'autre les qualifie de juridiques en constatant leur autorité devant une Cour. A la

vérité, il nous semble toutefois à nous que ces deux conceptions ne se heurtent pas en une confrontation insoluble. Elles pourraient bien constituer deux opposés complémentaires qu'il est possible de dépasser purement et simplement par une synthèse plus large.

II- Le dépassement des conceptions

Pour parvenir au dépassement des conceptions villeyenne et hartienne, il faut repenser le problème à la base. Comme le disait Einstein, on ne peut pas résoudre un problème en partant des termes qui l'ont engendré. Or Hart autant que Villey opposent le droit à la morale, sans jamais se poser la question de savoir si un concept, et par exemple les droits de l'homme, précisément, ne pourrait pas être *à la fois* moral et juridique. C'est pour ne pas exclure cette hypothèse qu'il nous paraît nécessaire de procéder à une nouvelle exploration de l'essence du droit en général, avant d'en tirer une conclusion, fort des découvertes ainsi réalisées, sur l'essence des droits de l'homme en particulier.

A- L'essence du droit en général

L'essence du droit est le Graal de la théorie du droit. Son élucidation a fait l'objet d'innombrables tentatives. Malgré tout, et en conscience de la valeur des travaux passés, il nous paraît possible de la percer à jour de façon nouvelle en mettant en évidence l'existence de deux forces, dont l'opposition sera au cœur de la définition même du droit.

1) L'existence de deux forces

A l'état primitif, l'homme est extraordinairement faible. A côté des autres espèces qui lui sont contemporaines dans l'évolution, l'homme est terriblement *nu*. Ses armes naturelles, celles qui parent son anatomie, sont, lorsqu'il s'agit d'assurer sa survie, tout simplement dérisoires. L'homme est désarmé. Il n'a ni griffes, ni cornes, ni crocs, ni venins, ni quoi que ce soit de ce genre. De surcroît, il est lent et fragile. Comment a-t-il donc pu survivre ? Voilà la vraie question. La réponse est simple : l'homme a reçu en compensation *quelque chose en plus*. Ce quelque chose, c'est une *agressivité* hors du commun. L'homme ne pense qu'à dominer ce qui l'entoure et il s'inquiète en permanence de son futur comme de la possible fin de sa domination illusoire. Aussi s'organise-t-il en groupe coordonné pour survivre dans un premier temps et dominer *sub specie futuri* dans un second

temps. Et c'est ainsi qu'entre les 3 à 10 millions d'années d'existence seulement – sur les 4 milliards d'années qui nous séparent de la formation de la Terre, il a déjà transformé la planète sur laquelle il vit, et détruit une très grande partie de la biologie de cette dernière. Au point, du reste, que l'on en est contraint aujourd'hui à se demander si nous ne serions entrés dans une époque – l'*anthropocène* – où l'homme dévore la nature et qui serait par conséquent le prélude à une nouvelle grande extinction de l'histoire.

Pour que cette agressivité indéracinable de *Homo Sapiens* – que nous préférons appeler *Homo Pugnax*¹⁷ – qui compense sa faiblesse ne se retourne contre lui-même, encore faut-il qu'il en ait le contrôle. La première force de contrôle qui jugulera son agressivité n'est autre que la morale éthologique universelle que la nature a placée en lui. A l'instar des autres espèces, l'*Homo Pugnax* a dans ses gènes une règle fondamentale qui lui enjoint positivement de se nourrir, de survivre et de se reproduire, et, négativement, de ne pas tuer un individu de sa propre espèce. Cette règle, il va s'efforcer de la respecter en élaborant des rituels comportementaux, parfaitement comparables aux rituels animaux décrits par Lorenz, qui désamorcent cette agressivité¹⁸. Cette première force de contrôle constitue ce que l'on pourrait appeler un *impératif moral*, qui naît de l'expérience concrète du sujet et s'exerce de façon intérieure sur celui-ci. Malheureusement, la majorité des sujets ne sont pas capables de se maîtriser seuls¹⁹... et une intervention extérieure contraignante est nécessaire. C'est alors que se constitue une autorité *supra homines* qui confisque la violence pour l'exercer en monopole au nom de principes abstraits. Cette nécessaire confiscation de la violence, qui intervient après la maîtrise individuelle de celle-ci, constitue ce que nous appellerons l'*impératif politique*. Ainsi entendu, cet impératif politique est en opposition complète avec l'impératif moral.

2) L'opposition des forces

L'opposition de l'impératif moral à l'impératif politique est intégrale. Le premier, l'impératif moral, naît de la nature et de l'expérience concrète pour tendre à la préservation du sujet et de son espèce par l'*autocontrôle* de la violence. Le second, l'impératif politique, naît de l'abstrait et de l'extériorité au sujet pour

¹⁷ L'expression est empruntée à S.A. Barnet : *Biology and Freedom, Essay on the Implications of Human Ethology*, Cambridge University Press, 1989, p. 29 et svts.

¹⁸ K. Lorenz, *L'agression : une histoire naturelle du mal*, trad. V. Fritsch, éd. Flammarion, 2010.

¹⁹ Henry Plée, l'un des plus grands maîtres d'arts martiaux contemporain, s'était ainsi entretenu avec Konrad Lorenz des rituels animaux, pour tenter de percevoir les formes rituelles humaines qui désamorcent la violence et donc beaucoup de techniques d'arts martiaux pourraient bien être dérivées. Ses conclusions sont édifiantes : les hommes sont pires que les animaux, ils n'ont aucune maîtrise complète de leur agressivité, et les rituels qu'ils élaborent ne peuvent suffire en eux-mêmes à maîtriser leur terrible violence. Pour un exposé remarquable d'intelligence sur ces rituels humains que nous pratiquons dans notre vie quotidienne, v. ainsi son ouvrage *L'Art sublime et ultime des points vitaux*, éd. Budo, 2000.

confisquer cette violence et l'exercer d'une façon rationalisée à la place du sujet. L'opposition est donc inéluctable.

A partir de là, selon les circonstances de l'époque considérée, il arrive que l'impératif moral soit largement plus fort que l'impératif politique. C'est alors, de par son insuffisance, le chaos et l'anarchie qui, au paroxysme, l'emportent. Il arrive aussi, inversement, que l'impératif politique soit très supérieur à l'impératif moral. Une autorité abstraite exerce alors une violence aveugle, à rebours de la réalité concrète. Et c'est ainsi, on l'aura compris, que naissent la dictature et la tyrannie. Il arrive enfin, plus rarement, que l'impératif moral et l'impératif politique se compensent plus ou moins l'autre. C'est en pareille circonstance que peut s'épanouir la démocratie moderne, lorsqu'elle n'est pas seulement *proclamée* politiquement, mais qu'elle repose sur un tempérament *concret* au pouvoir politique.

De cette opposition des impératifs moral et politique s'infère une définition du droit. L'essence de ce dernier réside dans le résultat, toujours instable, de la lutte incessante entre la morale et la politique, entre le concret et l'abstrait. La norme juridique apparaît dans cette perspective comme l'injonction de faire qui surgit au point de contact de l'impératif moral et de l'impératif politique, et dont la conception résulte de la confrontation de ceux-ci. La règle de droit est donc à la fois morale et politique, quoique la part de chacun de ces deux caractères soit variable²⁰.

Cette définition du droit en général, ce *Concept of Law*, offre de par sa nouveauté une perspective différente pour appréhender maintenant l'essence des droits de l'homme en particulier.

B- L'essence des droits de l'homme en particulier

L'essence des droits de l'homme dans la démocratie moderne apparaît de façon claire pour qui procède à leur généalogie récente à la lumière de la théorie énoncée plus haut. Nés au XVIIIème siècle, les droits de l'homme modernes, qui ne sont plus un simple idéal d'inspiration, ont abouti à leur forme actuelle dans la Convention de Paris de 1950 en réaction à l'horreur des camps d'extermination,

²⁰ Des expériences de psychologie sociale tendent à confirmer nos vues. Leur objet était de vérifier empiriquement quelle est le taux d'obéissance moyenne d'un sujet à une règle politique moralement justifiée, et par comparaison le taux d'obéissance moyenne du même sujet à une règle sans justification morale. La conclusion tirée est que nous obéissons aux règles parce que ce sont les règles, certes, *mais aussi* parce que nous pensons qu'elles ont un sens et qu'elles sont justes. V. ainsi sur ces expériences et les conclusions tirées : T. R. Tyler, *Why People Obey The Law*, Princeton University Press, 2006. Cette découverte pourrait expliquer bien des phénomènes, à commencer par le degré d'obéissance largement inférieur des populations colonisées ou des minorités dominées sur leur terre naturelle par un Etat central fort qui les dénie : il manque ici une *symétrie* de l'impératif politique à l'impératif moral. Mais c'est là une autre question...

véritables usines de la mort qui violèrent au-delà de toute mesure la morale éthologique primordiale : préserver la vie. Ils sont donc une réaction à la croissance folle de l'impératif politique qui, en n'étant plus jugulée par un impératif moral faillissant, ont amené un régime politique qui confisque toute force individuelle à gouverner la réalité par une violence collective canalisée par des principes abstraits délirants et contraires à la justice concrète²¹. De par cette généalogie, les droits de l'homme comportent en conséquence deux propriétés : la prévalence de l'impératif moral et la persistance de l'impératif politique de l'autre.

La première propriété des droits de l'homme réside tout d'abord dans la supériorité manifeste de l'impératif moral en leur sein. Ils ont été conçus précisément pour limiter le pouvoir politique, parfois aveugle et abstrait jusqu'à la folie, en lui opposant la situation concrète des individus. De ce point de vue, il n'y a d'infirmité des droits de l'homme dans le fait que leur énoncé serait vague et reposerait selon le mot de Hart sur une *open texture*²², ni qu'ils remplissent pour l'essentiel une fonction réactive. C'est tout simplement leur nature prépondérante. Ils sont individuels, concrets et réactifs, et ne procèdent pas d'une autorité extérieure.

La seconde propriété des droits de l'homme s'observe quant à elle dans la persistance en eux de l'impératif politique. Ainsi que nous l'avons exposé, il n'y a pas de droit sans impératif politique, quelle que soit sa force. L'existence d'une structure, la Cour européenne des droits de l'homme, de recours et de sanctions financières en est la preuve. Dès lors, aussi limité soit-il, cet impératif politique est à surveiller de près. La fonction des droits de l'homme au sein de la démocratie moderne est de limiter le pouvoir politique et de prévenir un accès de fièvre de sa tendance à l'abstraction. Il serait donc particulièrement pervers de les voir être *récupérés* par l'impératif politique aux fins de confiscation d'une liberté naturelle. Le fait pour le pouvoir central canadien d'invoquer par exemple les droits fondamentaux des individus pour paralyser, au nom de la vie privée, la politique menée par le Gouvernement du Québec pour défendre l'usage public et collectif de la langue française est à ce titre instructif de leur possible retournement²³. D'instruments de limitation du pouvoir politique, les droits de l'homme en deviennent le renfort... De ce point de vue, il apparaît en conclusion que si l'essence et la fonction des droits de l'homme sont de protéger la

²¹ V. pour la description de la montée en puissance de l'agressivité collective, jusqu'à la folie abstraite intégrale : N.J. Kressel, *Mass Hate : The Global Rise of Genocide and Terror*, Westview Press, 2002.

²² H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 124

²³ Sur cette question, v. notamment B. Fournier, *Le fédéralisme en Belgique et au Canada*, éd. De Boeck, 2009, et aussi A. Gagnon, *La raison du plus fort : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, éd. Québec Amérique, 2008.

démocratie moderne contre l'abstraction excessive des principes politiques, ils doivent être principalement cantonnés à la limitation de ceux-ci, et ne pas être renversés dans leur usage pour asseoir les pouvoirs des Gouvernements.