

ERIC MILLARD

*Positivism and human rights:
a question doubly strategic*

ABSTRACT:

In this paper, the author aims at confronting the doctrine of human rights with the theory of methodological positivism. The author assumes that the human rights doctrine fails on two points: the scientific one and the political one. For the scientific point, the human rights doctrine falls in a natural law theory incompatible with any scientific approach; for the political one, the human rights doctrine underestimates the question of effectivity, that should be the practical characterization of any human rights doctrine as such.

L'autore confronta la dottrina dei diritti umani con la teoria del positivismo metodologico. L'autore assume che la dottrina dei diritti umani abbia due difetti: uno di tipo scientifico e uno di tipo politico. Per quanto riguarda l'aspetto scientifico, la dottrina dei diritti umani si rivela essere un tipo di giusnaturalismo incompatibile con qualunque approccio scientifico; per quanto riguarda l'aspetto politico, la dottrina dei diritti umani sottovaluta la questione dell'effettività, che dovrebbe essere la caratterizzazione pratica di qualunque dottrina dei diritti umani.

KEYWORDS:

Human rights doctrine, Positivism, Epistemology, Effectivity

diritti umani, positivismo giuridico, epistemologia, effettività

ERIC MILLARD

Positivism et droits de l'homme: une question doublement stratégique

1. Aperçu du problème – 2. La stratégie scientifique: un simple rappel – 3. La stratégie politique: des droits de l'homme effectifs – 4. L'effectivité: une première nécessité – 5. L'effectivité: une deuxième nécessité – 6. L'effectivité: une troisième nécessité – 7. Droits de l'Homme et démocratie – 8. Une question de justification? – 9. Conclusion.

1. *Aperçu du problème*

Au cours de cette intervention, je voudrais m'interroger sur la meilleure stratégie à adopter lorsque l'on a pour intention de défendre sincèrement les droits de l'homme, ou pour le dire autrement lorsque l'on est un militant convaincu de cette cause, qui s'en approprie les valeurs et qui en assume les objectifs.

Bien sûr, cette question n'est pas simplement ni même prioritairement une question scientifique ou universitaire: c'est avant tout une interrogation de théorie politique et de cohérence dans l'activisme politique. Toutefois, c'est aussi une question de théorie du droit pour plusieurs raisons. D'abord parce que je suis convaincu que l'efficacité politique est largement dépendante d'une cohérence argumentative, et de l'analyse de la situation, pour lesquelles la théorie du droit

notamment fournit des outils conceptuels; ensuite parce que les brèves réflexions qui suivent, et qui ont d'ailleurs été déjà largement présentées¹, veulent s'inscrire dans le débat actuel de la philosophie du droit sur les droits de l'homme, ou sur les droits fondamentaux, tel que notamment il a évolué au cours du dernier quart de siècle.

En ce sens, ces propos veulent aussi poursuivre la discussion telle qu'elle a été proposée dans la philosophie du droit sud-américaine, particulièrement argentine et brésilienne, après Carlos Nino (par exemple la conception critique de Carlos M. Carcova²) ou espagnole (par exemple Manuel Atienza³), ainsi que dans d'autres pays (Luigi Ferrajoli⁴, Robert Alexy⁵) dans une moindre mesure, qui me paraît être davantage liée à une interrogation sur la justification des droits de l'Homme qu'à une analyse de ce qu'ils sont et de ce qu'ils impliquent. Il s'agit moins alors de prétendre convaincre les sceptiques (et notamment les tenants d'une conception jusnaturaliste, qui n'acceptent pas la posture méthodologique) que d'affirmer la cohérence de

¹ Voir notamment: E. MILLARD, *L'effectivité des droits de l'homme (V°)*, in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, ST. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008; E. MILLARD, *Positivismo y derechos humanos*, Revista Juridica, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, N°3, 2008, pp 329-340; E. MILLARD, *Positivism et droits de l'Homme*, Jurisprudence, revue critique n° 1, 2010, pp. 47-52.

² C.M. CARCOVA, *Las Teorias Juridicas Post-Positivistas*, Marcial Pons, 2009.

³ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Ariel, 2001.

⁴ L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol; Laterza, 2007-2009.

⁵ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, 1986; R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press 2003.

la position politique et épistémologique face à un argument qui ne conteste pas directement la position épistémologique, mais principalement la position politique (c'est-à-dire ceux qui réfutent la posture positiviste non parce que le positivisme serait une mauvaise théorie de la connaissance *per se*, mais parce qu'il serait dangereux pour une politique des droits de l'homme en n'offrant pas une justification de ceux-ci, et donc en permettant d'en interroger la nature). Il s'agit donc aussi de proposer une critique de cette position désormais répandue dans le champ de la philosophie du droit chez d'anciens positivistes (post positivistes ou positivistes critiques si l'on préfère), dont le revirement sur le terrain épistémologique me paraît commandé d'abord par un positionnement politique; et souligner l'incohérence.

Le problème de la stratégie peut être vu à deux niveaux: a) le niveau de la vérité, ou une stratégie épistémologique, et b) le niveau de l'efficacité ou une stratégie politique. Je dois dire immédiatement que même si cela me coûtait, je serais prêt à envisager de renoncer à la question de la vérité si cela me garantissait l'efficacité. Or il n'en est rien: de ces deux points de vue, il me semble qu'une posture qui s'éloignerait du positivisme conduirait inévitablement à l'échec.

Bien sûr il faut définir ce que l'on entend par positivisme. Pour faire simple, on peut avancer deux conceptions différentes de ce que veut dire s'intéresser au droit positif: a) une position méthodologique (décrire ce qui existe) doublée lorsqu'il est conséquent d'une position métaéthique: le non cognitivisme axiologique (une description sans présupposé de valorisation); et b) une position éthique ou idéologique: valoriser ce qui existe comme légitime. Comme critique et scientifique, seule la première position m'intéresse, dans ses deux dimensions (méthodologique et métaéthique). Le reste n'est qu'une variation injustifiée scientifiquement (ce n'est pas parce que ça existe que c'est

bien ou mal). Et quand je parle ici de positivisme, c'est au seul positivisme méthodologique que je me réfère.

Or l'idéologie dominante des droits de l'homme, dans toutes ses composantes donc y compris dans le champ de la philosophie du droit, est généralement anti-positiviste (ou post positiviste, ou positiviste critique, ce qui est une manière plus douce de dire la même chose). En effet, on adjoint généralement les droits de l'homme et le positivisme dans ce champ pour souligner une prétendue contradiction: le positivisme serait sinon toujours un adversaire résolu de la philosophie des droits de l'homme, du moins une dangereuse théorie qui constituerait un obstacle à la philosophie des droits de l'homme. Je veux montrer que cette contradiction n'est qu'apparente et que son existence n'est soutenue qu'au prix de plusieurs confusions, dont deux constituent des sophismes (*fallacy*), niant toute distinction entre positivisme méthodologique et positivisme idéologique, et toute parenté entre droits de l'homme et démocratie procédurale.

2. *La stratégie scientifique: un simple rappel*

Ross, une des icônes du positivisme méthodologique, plaiderait (il y a bientôt un demi siècle, lors d'une conférence donnée à Buenos Aire) pour que l'on comprenne qu'il « *est tout à fait possible, sans se contredire, de nier l'objectivité des valeurs et de la morale – objectivité sur laquelle se fonde la philosophie dominante affirmant l'essence des droits de l'homme -, et d'être en même temps un honnête homme, à qui on peut faire confiance pour lutter contre un régime de terreur, corrompu et inhumain. La croyance que les jugements moraux ne sont pas vrais (ou faux), qu'ils ne résultent pas d'un processus de cognition, qu'ils ne permettent pas une perception comparable à une cognition logique ou empirique, n'est en rien incompatible avec la*

formulation de tels jugements à partir de convictions morales fortes. La posture positiviste ne concerne pas la morale, mais la logique du discours moral; elle n'a pas trait à l'éthique, mais à la métaéthique »⁶.

Les droits de l'homme sont pour le positivisme méthodologique un des objets de la science du droit, en tant qu'ils ne sont *droits* de l'homme que s'ils sont *droits*. Mais les positivistes peuvent affirmer par ailleurs, en fonction de leurs préférences bien entendu, toutes formes de jugements politiques et d'évaluations sur chaque système juridique, y compris sur la protection par un système positif des valeurs que défend la philosophie des droits de l'homme.

Il n'est pas nécessaire de refaire cette démonstration et je voudrais plutôt insister sur l'autre pan de la critique: le positivisme, en tant que métaéthique, serait dangereux pour la philosophie des droits de l'homme. Je crois en réalité que le sophisme est plus dangereux pour les droits de l'homme que le positivisme: qu'il constitue une mauvaise stratégie pour un défenseur véritable et sincère des droits de l'homme.

3. *La stratégie politique: des droits de l'homme effectifs*

En tant que philosophie politique, la philosophie des droits de l'homme, dans sa conception initiale du libéralisme politique, ou dans ses évolutions ultérieures, est en premier lieu une revendication. Bien que procédant de l'affirmation de l'existence de droits naturels, inaliénables et sacrés, consubstantiels de la qualité d'être humain, elle ne saurait se contenter de cette simple affirmation, même présentée

⁶ A. ROSS, *La validité et le conflit entre positivisme juridique et droit naturel*, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, Paris, 2004, p. 159.

comme constatation. En tant que philosophie politique, la philosophie des droits de l'homme vise aussi et surtout la consécration de ces droits par les systèmes de droit positif, voire contre les systèmes de droit positif; en bref à faire des « *droits de l'homme* » des *droits* des hommes et des femmes; et des *droits* au sens des positivistes.

Sans cela, le discours sur les droits de l'homme n'est qu'une métaphysique ou un jeu de l'esprit, une pure démarche esthétique; il bute sur la question immémoriale du jusnaturalisme, même rénové: quand bien même ces prétendus droits seraient justes ou évidents, ils ne sont, dépourvus d'effectivité, rien d'autres que des mots, avec cependant toute la portée politique et symbolique du discours⁷.

Le positivisme méthodologique permet de concevoir l'effectivité des droits de l'homme en au moins trois sens.

4. *L'effectivité: une première nécessité.*

La recherche d'effectivité se traduit d'abord de manière positive, et en premier lieu, par la recherche d'une consécration dans les textes de droit positif. Les grandes déclarations de l'époque moderne (du *Bill of Rights* aux déclarations révolutionnaires américaines et françaises) relaient la pensée politique du libéralisme, en donnant à l'affirmation des droits de l'homme une portée officielle au cœur du pouvoir politique. On sait pourtant que ce fut avec une portée juridique limitée ou contestée, qui ne garantissait pas l'effectivité des droits affirmés: la *Déclaration des*

⁷ Cf. E. MILLARD, *L'effectivité des droits de l'homme (V°)*, in J. Andriantsimbazovina, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, ST. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

droits de l'Homme et du citoyen de 1789 notamment s'est vu refusée durant très longtemps toute portée juridique.

Avec l'émergence de la conception moderne d'une démocratie procédurale fondée sur une structure hiérarchisée des normes juridiques, la revendication d'effectivité s'est donné des moyens plus conséquents: l'inscription des droits de l'homme dans les documents normatifs hiérarchiquement les plus élevés et la mise en place de systèmes juridictionnels de contrôle du respect des normes par les autorités publiques, administratives et législatives.

Ces outils juridiques donnant à la revendication politique des droits de l'homme une forme d'effectivité peuvent apparaître comme insuffisants à deux égards au moins au regard de la philosophie des droits de l'homme, et de sa vocation à l'universalité.

a) D'abord, ils font reposer l'effectivité des droits de l'homme sur un double choix politique: le choix de donner valeur constitutionnelle à tout ou partie du corpus politique d'une philosophie des droits de l'homme qui n'est pas nécessairement uniforme, et à cet égard il peut apparaître une hiérarchisation entre des droits constitutionnellement reconnus et des droits ne reposant que sur une affirmation infra-constitutionnelle; le choix d'interpréter et de concilier des droits de l'homme avec d'autres principes consacrés par des normes de même niveau (y compris d'autres droits de l'homme), qui peuvent fréquemment d'un point de vue pratique se trouver en concurrence (liberté de communication et droit de propriété des médias par exemple).

b) Ensuite, ils font dépendre l'effectivité des droits de l'homme du système de droit positif des Etats en premier lieu, et donc d'une forme de volonté politique qui s'exerce dans les Etats. A cet égard, ni la consécration constitutionnelle, ni l'existence de procédures de contrôles juridictionnels ne garantissent de manière absolue contre un changement

politique de l'Etat, y compris par des voies conformes au système juridique positif (réforme constitutionnelle). L'idée d'une supra constitutionnalité des droits de l'homme n'est de ce point de vue qu'un regrettable recul, qui tend à occulter le problème juridique lié à une forme (imparfaite) d'effectivité des droits par le retour à des procédés simplement affirmatifs, ne garantissant en rien la moindre effectivité. Le recours à un droit international des droits de l'homme achoppe sur le fait de la souveraineté des Etats, qui implique le recours à l'instrument conventionnel (donc à la volonté des Etats de s'engager) et qui peine à mettre en place, même dans ce cadre limité, une justice internationale.

Mais ce qui peut apparaître comme une insuffisance n'est en réalité que la démonstration d'un élément essentiel de la philosophie des droits de l'homme: elle constitue un projet politique fort. Concurrencé par d'autres projets politiques, elle ne peut se réaliser que dès lors que ses partisans prennent conscience de sa dimension politique, et de ce qu'elle implique en termes de revendication constante d'effectivité. En toute hypothèse, l'affirmation philosophique des droits de l'homme est insuffisante à sa réalisation.

D'un point de vue négatif, l'effectivité ne peut être obtenue que par une action également politique, en présence de systèmes ne permettant pas l'effectivité des droits de l'homme, que ce soit à l'intérieur de ces systèmes par l'action politique légale (en ce que ces systèmes le permettraient), ou à l'encontre de ces systèmes, par des voies contraires au droit: désobéissance civique, ingérence, etc.; mais dans ce dernier cas bien sûr se pose la question de la justification, qui ne peut être en rien juridique, mais dépend exclusivement d'une cohérence politique.

Ces deux affirmations ne sont en rien incompatibles avec les fondements du positivisme méthodologique. Au contraire, seule l'acceptation de ces fondements conduit à les accepter immédiatement et pleinement.

5. *L'effectivité: une deuxième nécessité*

Dans les systèmes juridiques qui, adhérant à la philosophie politique des droits de l'homme, donnent une effectivité à ses revendications, et qui donc consacrent d'une part les droits de l'homme dans des textes normatifs au sommet de la hiérarchie des normes, d'autre part mettent en place des garanties juridictionnelles de ces droits consacrés, il est possible d'envisager l'effectivité dans un sens second, bien que lui aussi essentiel.

Tout d'abord, il s'agit d'enregistrer une mutation dans la conception philosophique des droits de l'homme, et notamment dans la tâche dévolue à l'Etat face aux prérogatives individuelles: de droits contre l'Etat ou opposables à l'Etat, les droits de l'homme ont investi un champ plus large.

Pour partie, on peut envisager une addition (l'intégration de droits économiques et sociaux par exemple, aux côtés des libertés traditionnelles) ou un aménagement (revendication de politiques d'action positive) recherchant une créance sur l'Etat, à partir de la revendication renouvelée de droits réels, garants d'une effectivité des droits formellement affirmés. Mais en toute hypothèse, et donc y compris dans le cadre d'une stricte orthodoxie libérale, l'Etat peut se voir aussi requis de dépasser le simple respect par ses organes et textes des droits de l'homme, pour être invité, au moyen de ses politiques et organes, à les protéger effectivement, et à les promouvoir activement: protection par la mise en place de techniques juridiques telles que la prise en compte de l'effet horizontal des droits de l'homme (*Drittwirkung der Grundrechte*) dans les relations entre particuliers, dépassant la simple érection en infraction pénale des violations; promotion par des politiques actives d'éveil et d'éducation aux problématiques des droits de l'homme.

Ensuite, les systèmes démocratiques attachés aux droits de l'homme enregistrent de plus en plus largement l'idée du

droit au recours comme élément d'effectivité, y compris contre les autorités publiques, dès lors que sont en jeu des questions relatives à ces droits; particulièrement en matière civile et pénale, ce recours doit permettre un procès équitable, devant un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Il ne suffit plus que l'Etat reconnaisse les droits de l'homme et s'abstienne d'y porter atteinte: il faut qu'effectivement les victimes prétendues des violations de ces droits aient une voie juridique pour faire constater la violation, et en faire tirer les conséquences.

Cette juridictionnalisation nécessaire des droits de l'homme est particulièrement nette dans le système européen de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales (Convention de Rome du 4 novembre 1950), qui non seulement requiert ces modalités visant à rendre les droits consacrés par la convention effectifs, mais encore met en place son propre système de contrôle, en permettant l'accès des requérants à une juridiction supranationale.

La jurisprudence issue de ce système a eu de notables conséquences en terme d'effectivité des droits. En premier lieu, elle a généré (avec l'accord des Etats qui l'ont mise en place) une vision commune des exigences juridiques liées à l'adhésion à la philosophie politique des droits de l'homme, ne laissant plus les Etats décider seuls de celles-ci. Surtout, elle a imposé une conception pragmatique et concrète des droits, vérifiant que leur mise en œuvre ne s'arrête pas à l'énonciation de principes généraux, et que les mesures nécessaires de conciliation ou d'aménagement des droits ne les atteignent pas dans leur substance en les privant d'effectivité. Cela conduit la Cour à élargir parfois considérablement le champ interprétatif des droits, mais également à vérifier pratiquement dans chaque espèce les cadres et conséquences du cas.

L'effectivité devient alors le critère essentiel de respect des droits de l'homme dans l'action, au moins de ceux

reconnus par la convention comme principes et dont la protection est confiée aux organes de la convention. La technique juridique rejoint ici les objectifs de la philosophie politique, parce que cette philosophie politique est au coeur du projet commun.

6. *L'effectivité: une troisième nécessité*

Si le positivisme méthodologique, loin de constituer un danger pour les droits de l'homme, permet au contraire une meilleure protection en permettant d'analyser les conditions techniques nécessaires à leur réelle consécration, c'est aussi parce qu'il souligne qu'il ne peut y avoir de théorie politique des droits de l'homme qui ne soit une théorie de l'effectivité des droits de l'homme, et qui n'envisage les modalités juridiques comme visant essentiellement à *prévenir* les atteintes aux droits de l'homme. La réparation n'est jamais en matière de droits de l'homme une alternative équivalente à la prévention des violations, car elle n'est pas conceptuellement sur le même terrain.

Dans ce troisième sens, même d'un point de vue cognitiviste, il ne peut y avoir de droits de l'homme qui ne soient des droits positifs.

7. *Droits de l'Homme et démocratie*

Pour finir, il faut rappeler que le lien entre positivisme méthodologique et théorie de la démocratie, dans le cadre

d'une métaéthique non cognitiviste⁸, a un effet sur la conception des droits de l'homme.

La défense de la démocratie chez Kelsen est liée au relativisme éthique: ne pouvant savoir *a priori* qu'elle est la décision vraie, il faut choisir une procédure de décision considérée comme légitime et efficace⁹. Or le choix de la démocratie procédurale comme légitime suppose l'adhésion préalable à des valeurs qui sont exactement celles des droits de l'homme: les valeurs d'autonomie de l'individu et d'égalité de traitement par le droit entre eux.

Le fonctionnement honnête de la démocratie suppose que ces idées d'autonomie et d'égalité ne demeurent pas de simples procédés rhétoriques (justificatifs ou légitimants), et que toutes les libertés, qui ont un effet sur le jeu démocratique, soient constitutionnellement et pratiquement protégées.

On retrouverait un raisonnement comparable chez Bobbio, malgré une conception en apparence plus substantielle de la démocratie¹⁰. Et c'est bien la même approche qui existe chez Bentham (pourtant hostile à la *Déclaration* des droits de l'homme), dans sa défense résolue de toutes les libertés qui permettent un jeu démocratique non faussé, c'est-à-dire une recherche transparente de l'utilité¹¹.

⁸ Rappr. E. MILLARD, *Quelques remarques sur la signification politique de la Théorie réaliste de l'interprétation*, in D DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS & E. MILLARD (études réunies par), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, pp.725-734; et E. MILLARD, *Positivisme logique et réalisme juridique*, *Analisi e Diritto*, 2008, pp. 177-189.

⁹ H. KELSEN, *La démocratie: sa nature, sa valeur*, Dalloz 2004.

¹⁰ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Norberto Bobbio: Pourquoi la démocratie ?*, Michel Houdiard, Collection: Les Sens du Droit, 2008

¹¹ J BENTHAM, *Sophismes anarchiques (L'absurdité sur des échasses, ou la boîte de Pandore ouverte, ou la Déclaration française*

8. *Une question de justification?*

Voilà l'exacte signification de *cette* prétendue opposition aux droits de l'homme du positivisme méthodologique: affirmer comme conviction non que la démocratie est la meilleure garantie des droits de l'homme, mais que c'est la démocratie qui prime, et que la justification des droits de l'homme tient à ce que leur garantie est nécessaire pour que la démocratie fonctionne.

9. *Conclusion*

Il est permis d'avancer deux idées à l'appui de ce désenchantement des droits de l'homme par le positivisme méthodologique, qui n'est en rien une renonciation.

a) Les tenants de la philosophie des droits de l'homme ont largement critiqué le vieux jusnaturalisme. C'était à juste titre, mais à quel titre exactement ? Parce qu'il affirmait un droit naturel qui ne laissait pas place aux droits de l'homme, qui même les réfutait, et qui voulait légitimer des régimes et des systèmes de droit positif qui ne reconnaissent pas les droits de l'homme et y portaient effectivement atteinte ? Ou parce que la structure même du raisonnement jusnaturaliste était non fondée du point de vue théorique ?

des droits en préambule de la Constitution de 1791 soumise à la critique et à l'exposition avec une esquisse comparative de ce qui a été fait sur le même sujet dans la Constitution de 1795, et un échantillon du citoyen Sieyès) in B. BINOCHE et J-P. CLERO « Bentham contre les droits de l'homme », PUF - Quadriège Manuels, Paris, février 2007; *adde*: G. Tusseau, Jeremy Bentham et les droits de l'homme, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Vol. 50, 2002, pp. 407-431.

La première affirmation est compatible avec toutes les théories politiques, la seconde avec la seule théorie de la connaissance portée par le positivisme méthodologique. Rénover l'argument jusnaturaliste dans une quelconque approche relevant d'une métaéthique cognitiviste peut permettre de changer le contenu des raisons que l'on veut imposer au droit pour protéger les valeurs portées par la philosophie des droits de l'homme, mais n'apporte rien de plus pour leur réalisation. Il n'y a aucun intérêt politique à y recourir puisqu'il faudra de toute façon agir politiquement *au-delà* de l'affirmation. En revanche, rénover cet argument conduit à placer la question de la justification de la philosophie des droits de l'homme exactement sur le même terrain que celui de la justification des philosophies qui s'y opposent: un terrain métaphysique qui ne laisse place qu'à l'argument *in fine* d'autorité et à la croyance ou la conviction; donc construire pour justifier les droits de l'homme un débat entre idées se prétendant également vraies et se trouvant également indémonstrables. S'en tenir à la posture du positivisme méthodologique permet de montrer la nature de l'argument jusnaturaliste, quel qu'il soit: favorable ou non à la philosophie des droits de l'homme; une nature immédiatement politique et morale, qui est indécidable en vérité. L'incohérence consiste à attaquer l'adversaire politique sur le terrain de la nature politique de son argumentation, et à revendiquer pour sa propre position une autre nature; la renonciation à adopter la même structure cognitiviste de raisonnement. Ou bien l'argument jusnaturaliste ancien et opposé aux droits de l'homme était erroné du point de vue d'une théorie de la connaissance, ce que je crois, et alors sa rénovation au profit des droits de l'homme est tout aussi erronée; ou bien il faut renoncer à justifier en vérité les droits de l'homme et assumer la nature politique de leur justification, ce qui est exactement la position du positivisme méthodologique. Là

est la cohérence et il n'est nul besoin de la dépasser par un positivisme dit critique, par un post positivisme ou par une quelconque métaéthique cognitiviste.

b) Pourquoi s'inquiéter d'une reconnaissance de la nature morale et politique des valeurs que porte la philosophie des droits de l'homme ? Si c'est pour des raisons pratiques, on l'a vu, cela n'a pas de sens puisque la nécessité d'effectivité obligera à la conquête juridique dans des systèmes positifs, donc à l'action politique. De toute façon. Ou serait-ce une inquiétude latente, un manque de confiance dans la démocratie qui pourrait ne pas ou ne plus entériner la philosophie des droits de l'homme ? Donc une inquiétude peut-être inavouable sur ce que les bénéficiaires des droits de l'homme pourraient en faire, une réaction quelque peu aristocratique de ceux qui *savent* à l'égard de ceux qui font ? Si c'est cela, peut-on encore croire à l'autonomie de l'individu et revendiquer un égal traitement ? La justification de la démocratie procédurale est fondamentalement pessimiste, et à cet égard les derniers paragraphes du texte de Kelsen sont révélateurs¹². Pour autant, affirmer qu'il s'agit là de valeurs nécessairement en débat politique est en pratique et en théorie la seule position tenable: la démocratie peut en apparence fragiliser les droits de l'homme mais cela devrait simplement nous convaincre que le combat pour les droits de l'homme n'est jamais gagné, et que nos convictions politiques seront plus fortes si nous le savons et l'assumons, que si nous prétendons que nos valeurs sont vraies ou évidentes, et objectivement justifiées.

¹² H. KELSEN, *La démocratie: sa nature, sa valeur*, Dalloz 2004.