

La thèse habermassienne de l’interrelation entre droits de l’homme et démocratie : perspectives critiques

Arnauld Leclerc

(Université de Nantes)

Si Habermas est célèbre pour avoir accordé une attention particulière à la question de la démocratie depuis le début de sa démarche, en revanche, son attention pour la question du droit est plus récente et le fruit d’une certaine trajectoire. En ce sens, l’affirmation tardive et cruciale d’une interrelation entre les droits de l’homme et la démocratie doit être située au sein d’un projet beaucoup plus vaste.

Dès sa thèse relative à *L’espace public*, Habermas entend clairement faire de la démocratie un enjeu majeur de la réflexion contemporaine. Plus exactement, il s’assigne alors comme projet l’édification d’une théorie critique de la société qui prendrait le phénomène de la communication comme centre névralgique. Notons d’emblée que Habermas ne cherche pas à amender le projet de théorie critique chère à l’école de Francfort ; il vise plutôt à le reconstruire entièrement ce qui lui vaudra des relations difficiles avec Horkheimer et Adorno. En effet, pour Habermas, la principale faiblesse de la théorie de l’école de Francfort et plus largement du marxisme critique est d’avoir manqué le « fait démocratique » qu’il tient pour cardinal. Pour mener à bien ce projet de construction d’une théorie critique de la société prenant en compte le fait démocratique, Habermas va poursuivre deux voies différentes et successives que nous rappellerons brièvement pour mémoire.

Dans les années 1960, sa théorie emprunte une voie épistémologique. Selon lui, l’échec du marxisme critique provient de ce qu’il a dégénéré en une forme de scientisme et de dogmatisme. Sous cet angle, c’est son insuffisante prise en compte des limites de la connaissance qui l’a conduit à son échec. C’est pourquoi il déploie une stratégie visant à insuffler une critique kantienne au sein du marxisme. Sans revenir sur le contenu de cette voie, nous savons qu’elle débouche sur une typologie des savoirs avec, à son sommet, une « science critique » émancipatoire qui est à la fois une action. Son modèle est ici la psychanalyse et la critique de l’économie politique de Marx. Cependant, dès le début des années 1970, cette voie se révèle une impasse. Des critiques très lourdes émergent de ses proches (comme Apel, Böhler, Dallmayr...) lui signifiant une certaine confusion entre savoir et action, une insuffisance de son concept de critique notamment. Habermas reconnaîtra très rapidement la pertinence de cette objection et son échec.

Durant les années 1970, il travaille donc à l’élaboration d’une seconde voie pour mener son projet à bien. Celle-ci sera révélée dans sa *Théorie de l’agir communicationnel*. Il s’agit dorénavant d’édifier une théorie critique de la société par la voie d’une théorie de l’action. Habermas ajoute même qu’il s’agit désormais d’appréhender les choses par le bas plutôt que par le haut. En ce sens, « ce que fait Habermas, au fond, sans le dire, mais d’une façon évidente, dans la *Théorie de l’agir communicationnel*, c’est de partir du concept wébérien d’activité rationnelle pour redéployer ce concept en fonction de l’architecture kantienne de la raison pure » [Ferry, 1987, 26]. C’est pourquoi Habermas dessine une typologie des actions suivant leur rationalité puis il prolonge son analyse par une théorie de la rationalisation à la manière de Weber. C’est d’ailleurs au cours de cette interrogation sur la place de rationalité aujourd’hui dans la société qu’il croise pour la première le thème du droit

auquel il donne quelques développements encore embryonnaires et controversés. Une fois les bases de son projet posées, Habermas le déploie d’abord sur le terrain de la morale à travers son éthique de la discussion qui domine les années 1980. Puis il prépare in fine le déploiement de sa théorie communicationnelle sur le terrain du droit notamment par des conférences à Harvard en 1986 [Habermas, 1997a]. L’ensemble débouche sur son grand traité *Faktizität und Geltung* [1992]. Dans cet opus magnum *Droit et démocratie* [Habermas, 1997b], Jürgen Habermas tente d’appliquer sa théorie discursive au domaine politique et juridique c’est-à-dire au droit et à la démocratie. Au cœur de ce traité, se trouve la thèse d’une interrelation entre les droits de l’homme et la démocratie particulièrement développée dans le chapitre 3 intitulé « la reconstruction du droit : le système des droits ». Cette affirmation, à la fois centrale et forte, a été maintes fois réitérée par la suite et même affinée : par exemple, dans un article intitulé « Du lien interne entre Etat de droit et démocratie » [repris in Habermas, 1998] ou dans un autre intitulé « Le paradoxe de l’Etat de droit démocratique » [Habermas, 2000 et Habermas, 2005].

Pour saisir l’argumentation de Habermas à l’appui de cette thèse, il convient d’abord de restituer la manière dont il l’introduit. Le premier chapitre, d’une facture très classique, récapitule les principaux traits distinctifs de la raison communicationnelle. Habermas soutient que ce qui est vrai pour le langage est également vrai pour la société dans son ensemble. L’argument central consiste à dire que toute pratique communicationnelle impose un dédoublement puisque les partenaires sont simultanément membres d’une communauté *hic et nunc* de communication et d’une communauté idéale de communication transcendant le contexte historique. Cette structure peut donc être analysée comme nous renvoyant d’une part, à la factualité et d’autre part, à une validité de type contrefactuelle. Cette tension se retrouve au niveau du droit. De cette manière, Habermas n’a certes pas répondu à la question « comment le droit légitime est-il possible » mais il a reformulé la problématique classique du droit dans les termes d’une théorie discursive. Le second chapitre prolonge ce point en offrant un exemple emblématique de la stratégie argumentative de Habermas. En effet, il affirme que la théorie discursive du droit parvient à réaliser ce que ni la sociologie, ni la philosophie ne sont parvenues à faire seules c’est-à-dire penser le droit dans toutes ses dimensions. La démarche consiste donc d’abord à réfuter les approches sociologique et philosophique comme trop unilatérales puis à les récupérer pour les réconcilier. La première étape de cette stratégie vise à récuser la sociologie de Niklas Luhmann. La seconde étape du raisonnement de Habermas le conduit à réfuter Rawls. Le lecteur ne manquera pas d’être frappé par la symétrie du raisonnement déployé ; Luhmann et Rawls sont rejetés pour des raisons exactement inverses : le premier manque la validité tandis que le second manque la factualité. La solution dégagée s’impose alors d’elle-même : le droit ne peut être appréhendé correctement qu’à travers un point de vue prenant directement en compte la tension entre factualité et validité c’est-à-dire à partir d’un point de vue réconciliant sociologie et philosophie. C’est pourquoi l’argumentation qui soutient l’affirmation d’une présupposition mutuelle de la démocratie et des droits fondamentaux est difficile car elle est ambivalente se déployant tantôt sur le terrain de la philosophie, tantôt sur celle d’une théorie sociologique. Nous nous bornerons, ici, à la seule dimension philosophique. Dans ce cadre, la stratégie poursuivie par Habermas est simple : elle consiste à affirmer d’abord que la philosophie moderne a échoué à penser correctement l’interrelation des droits de l’homme et de la démocratie et ensuite, à présenter la théorie communicationnelle comme la solution à cette aporie classique. C’est cette stratégie argumentative que nous voudrions mettre à l’épreuve.

I. L’échec de la philosophie moderne : la concurrence inavouée entre droits de l’homme et démocratie

(1) Le constat : pour Habermas, la philosophie politique moderne n’est pas parvenue à penser correctement l’articulation entre les libertés individuelles et l’ordre politique. Habermas évoque ici deux options possibles.

(a) Hobbes est le premier à envisager une société qui, même absolutiste, constitue un ordre assurant aux individus des libertés subjectives. D’un côté, la domination politique doit s’intégrer à la forme juridique ; d’un autre côté, les libertés subjectives ne doivent pas interférer avec la domination politique. Pour fonder son système, Hobbes prête aux individus de l’état de nature la même orientation vers la réussite que celle attribuée par le droit privé à ses destinataires. « On comprend aisément qu’il ait recours, pour construire l’acte de socialisation originaire, à cet instrument du droit privé qu’est le contrat » [Habermas, 1997, 106]. Mais Hobbes manque deux choses : premièrement, le fait qu’une relation sociale repose sur la réciprocité qui demeure inaccessible dans son état de nature et deuxièmement, le fait que le renoncement à sa liberté naturelle implique la perspective sociale d’un « nous » et non d’un individu égoïste. Kant réagit à cette tentative de fondation et en souligne l’échec.

(b) Kant met d’abord en exergue l’originalité du contrat originaire qui est en soi une fin par rapport aux contrats de droit privé. Le contrat social n’investit plus un souverain mais fixe les conditions d’un droit légitime. Dans la mesure où l’individu est une personne morale disposant d’une raison critique jugeant la loi, il dispose d’une volonté autonome qui fonde l’unique droit originel de l’homme. Ce dernier qui n’est qu’une idée se trouve garanti et institutionnalisé par le contrat social. Il est prolongé et ramifié en un système de droits à travers les lois publiques qui ne sont légitimes qu’en tant qu’actes de la volonté publique de citoyens autonomes. La légitimité du droit positif dépend donc de la formation d’une volonté politique suivant une procédure démocratique. En ce sens, Kant rompt avec la polarisation excessive sur le droit subjectif et l’autonomie privée ; il ouvre la voie à une articulation des droits subjectifs et du droit objectif, de l’autonomie privée et de l’autonomie publique en pensant le droit dans le cadre d’une procédure démocratique de formation de la volonté. Mais cette percée demeure insuffisante selon Habermas.

« Les droits de l’homme, fondés dans l’autonomie morale des individus, n’acquièrent un aspect positif qu’à travers l’autonomie politique des citoyens. Il semble que le principe du droit constitue un moyen terme entre le principe moral et le principe démocratique. Or, le rapport qu’entretiennent ces deux principes n’est pas d’une absolue clarté. (...) Ce manque de clarté quant à la relation entre ces trois principes, je le ferai remonter au fait que, chez Kant comme chez Rousseau, il existe entre les *droits de l’homme* fondés moralement et le *principe de souveraineté populaire* une *relation de concurrence inavouée* » [Habermas, 1997, 109-110].

La tradition politique nous lègue deux versions de cet échec à travers le débat entre le libéralisme et le républicanisme : le premier met l’accent sur l’empire de la loi fondé sur les droits de l’homme innés ; le second souligne la capacité de la communauté à s’organiser spontanément en se donnant des lois issues de la volonté souveraine du peuple. En somme, la philosophie moderne ne parvient pas à concilier l’empire des lois et l’empire de la souveraineté populaire. Selon Habermas, Kant et Rousseau constituent les deux figures de proue de ce double échec car « Kant propose plutôt une version libérale de l’autonomie politique et Rousseau une version républicaine ».

Une fois le constat posé, Habermas va donc « déblayer » le terrain en opérant tour à tour une critique de Kant et une critique de Rousseau. Seul le premier aspect nous retiendra ici.

(2) La critique de Kant : Les griefs contre Kant sont principalement au nombre de trois.

(a) La fondation morale du droit : Le philosophe de Königsberg s’est d’abord révélé incapable d’articuler l’autonomie privée et l’autonomie publique parce qu’il a proposé une fondation morale des droits de l’homme antérieure au contrat social. Ensuite, la fondation morale du droit souligne le maintien d’un lien de subordination, de hiérarchie entre les deux. C’est là une critique classique opérée par Hegel. La présomption de légitimité dont bénéficie cette critique repose sur le fait que la philosophie pratique kantienne dans son ensemble est dominée par la philosophie morale et que le droit lui-même semble calqué sur cette dernière. Certaines formulations de Kant sont d’ailleurs équivoques si bien qu’il est possible de les interpréter comme reflétant une subordination du droit à la morale. Mais il est possible d’opposer à cette interprétation une autre lecture. Au prix d’une minutieuse reconstruction, Otfried Höffe a pu montrer que le vocable moral recouvrait deux sens bien distincts : d’un côté, il renvoie à la moralité et à la doctrine de la vertu ; d’un autre côté, il renvoie à un sens beaucoup plus générique indifférent non seulement à la distinction entre moralité et légalité mais aussi à celle entre la doctrine de la vertu et la doctrine du droit. Dans cette acception, il concerne la partie rationnelle de l’éthique correspondant à la recherche des lois de la liberté indépendamment de toute considération empirique. Si l’on suit cette reconstruction très stimulante, la structure de la philosophie pratique de Kant (pour sa partie correspondant au catégorique) révèle deux niveaux :

- le premier niveau est celui d’une éthique fondamentale correspondant aux *Fondements de la métaphysique des mœurs* et à la *Critique de la raison pure*. A ce stade, se situent la définition de la morale comme bon sans restriction et son critère, l’impératif catégorique général.
- le second niveau est celui correspondant à la *Métaphysique des mœurs* qui traite côte à côte la doctrine du droit avec son impératif juridique et la doctrine de la vertu avec son propre impératif catégorique de vertu¹.

La conclusion s’impose alors d’elle-même : le droit procède sans conteste de l’éthique fondamentale (donc de l’impératif au sens large) mais nullement de la doctrine de la vertu (l’impératif au sens restreint). En ce sens, il n’existe aucun lien hiérarchique entre la morale au sens de la moralité et le droit. Le même argument peut permettre de concevoir l’autonomie au niveau de l’éthique fondamentale comme indifférente à la distinction entre pratique personnelle et institutions si bien que là aussi la critique de Habermas s’écroule.

(b) La perpétuation du droit naturel : Habermas prolonge donc sa démonstration par un argument nouveau et central. Selon lui, « les difficultés que nous avons analysées ne reposent pas exclusivement, en effet, sur les faux aiguillages auxquels donne lieu la philosophie de la conscience, mais aussi sur le fait que le droit rationnel moderne a pris à son compte une hypothèque laissée par le droit naturel traditionnel en préservant la distinction entre le droit positif et le droit naturel. Il maintient un dédoublement du concept de droit qui, d’un point de vue sociologique, n’est pas pertinent et qui a, d’un point de vue normatif, des conséquences fâcheuses » [Habermas, 1997, 121]. En d’autres termes, le droit rationnel moderne n’est

¹ L’idée à d’abord été introduite de manière embryonnaire dans Otfried Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant*, op. cit., notamment pp 174-177 ; elle fut reprise d’une manière bien plus systématique et approfondie dans Otfried Höffe, *Principes du droit*, Paris, Cerf, coll. “Passages”, 1993 au point qu’elle structure tout l’ouvrage. Elle est cependant présentée succinctement dans le premier chapitre (pp 9-15). Voir également l’éloge de Paul Ricoeur relatif à la réussite de cette stratégie « de tri et de hiérarchisation » dans sa préface à ce même ouvrage (rééditée dans *Le juste II*).

précisément pas moderne puisqu’il conserve la structure métaphysique caractéristique du droit naturel classique. Pour le lecteur français, cette lecture de la philosophie du droit de Kant n’est rien d’autre que le contre-pied de l’interprétation de Michel Villey. Tandis que ce dernier déclare que « Kant a détruit tous les remparts que l’histoire avait édifiés contre la toute-puissance des lois » si bien que sa doctrine du droit « signifiait la victoire totale, effrénée du positivisme juridique »⁽²⁾, Habermas lit cette même doctrine comme la pérennisation de la victoire du jusnaturalisme. Les deux interprétations sont manifestement excessives. En réalité, cette notion de droit naturel est équivoque. Manifestement, Habermas suspecte Kant de maintenir quelque chose d’une raison divine à travers cette notion. Pour Kant, le droit naturel n’est pourtant pas d’essence religieuse : « par droit naturel, on entend simplement celui qui n’est pas statutaire, donc uniquement le droit que la raison de tout homme peut connaître *a priori*... »⁽³⁾. Il s’agit donc d’un droit naturel rationnel puisque correspondant aux principes *a priori* découlant de la raison. De fait, il recouvre ce qui excède la positivité du droit établi. Dans la mesure où Habermas reconnaît lui-même que la factualité n’épuise pas le concept de droit lequel contient également une dimension de validité, il présuppose la même chose que Kant lui-même. Tout au plus persiste-t-il une différence au niveau du rapport entre ces deux éléments : tandis que Kant conçoit la validité (ce qui transcende la positivité) à partir de la raison elle-même pour considérer ensuite la positivité, Habermas accomplit le chemin inverse : c’est de la factualité elle-même que jaillit la validité.

(c) Une philosophie monologique : Pour mémoire, rappelons qu’une critique classique de Kant opérée par Habermas dans son œuvre depuis les années 1980 et, largement empruntée à Karl-Otto Apel, consiste à dénoncer une philosophie de la conscience, du sujet « monologique » qui ne serait pas capable de prendre en compte l’intersubjectivité. Là encore, cette critique contient de nombreuses faiblesses et fait l’impasse sur les interprétations modernes de Kant qui en font un fondateur de la pensée de l’intersubjectivité (Arendt, Philonenko, Alain Renaut, Otfried Höffe...).

Reste alors une question : que cherche à faire Habermas en déployant ainsi cette critique ? Il nous semble possible de synthétiser sa stratégie argumentative sur ce point en trois temps :

- au premier stade, Habermas récupère la définition kantienne du droit avec ses trois critères : l’arbitre, la compatibilité entre les libertés extérieures, la faculté de contrainte. La difficulté à laquelle se heurte alors le philosophe de Francfort est la suivante : comment récupérer cette définition sans s’aligner sur la position de Kant ?
- au second stade, Habermas récupère la critique hégélienne de la moralisation du droit chez Kant. Le problème devient alors : comment détacher cette définition de cet arrière-plan et quelle autre perspective proposée ?
- au troisième stade, Habermas développe une nouvelle démarcation entre droit et morale qui conduit à récuser tout rôle d’intégration sociale à la morale pour en laisser l’exclusivité au droit.

² Voir Michel Villey, *Leçons d’histoire et de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, chapitre XII intitulé « Kant dans l’histoire du droit », notamment pp 254-259 ; voir également Michel Villey, « La doctrine du droit dans l’histoire de la science juridique » in Alexis Philonenko (éd.), *E. Kant, Métaphysique des mœurs*, Paris, Ed. Vrin, 1979, pp 7-26. Dans ce dernier texte, Villey déclare que « c’est à notre avis avec Kant et grâce à sa philosophie que le rationalisme juridique gagne sa bataille décisive » (p 11). Un peu plus loin, il affirme cependant que la doctrine du droit est « l’antichambre de la vertu » (p 17).

³ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, doctrine du droit, §36 in *Oeuvres philosophiques*, op. cit., III, p 560, Ak. VI, 296-297. Voir aussi le §B de la division de la doctrine du droit où Kant déclare que « le droit, en tant que doctrine systématique se divise en *droit naturel* qui repose exclusivement sur des principes *a priori*, et en *droit positif* (statutaire) qui émane de la volonté d’un législateur » (ibid., p 487, Ak. VI. 237).

Cette dernière étape est décisive car elle permet de congédier à la fois la lecture éthique de la souveraineté populaire opérée par Rousseau et la lecture morale des droits de l’homme prêtée à Kant. Habermas ne s’en cache pas puisqu’il reconnaît ouvertement que l’élucidation de la relation complémentaire du droit et de la morale « ressortit à une explication *fonctionnelle* et non à une fondation normative du droit. La forme du droit n’est tout simplement pas, en effet, un principe qu’on puisse « fonder en raison » que ce soit dans une perspective épistémique ou dans une perspective normative » [Habermas, 1997, 128].

(3) La dissociation de la morale et du droit :

(a) Le schéma initial de l’éthique de la discussion : Dans les années 1980, Habermas a d’abord déployé sa théorie de la communication sur le terrain de la morale à travers son « éthique de la discussion ». Dans ce cadre, sa théorie était assise sur deux principes fondamentaux hiérarchiquement construits. Tout en haut, se trouvait un principe U d’universalisation exigeant que « Chaque norme valide doit satisfaire à la condition selon laquelle les conséquences et les effets secondaires qui, de manière prévisible, résultent de son observations universelle dans l’intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun peuvent être acceptées sans contrainte par toutes les personnes concernées » [Habermas, 1992, 34]. Habermas reformule donc ainsi l’impératif catégorique si bien que la validité d’une norme universaliste dépend d’une règle d’argumentation, de justifiabilité. Remarquons que ce principe “U” synthétise en réalité quatre conditions à savoir : a) le droit égal de chacun à faire valoir ses intérêts et donc ses arguments ; b) le respect des règles et des engagements ; c) le caractère public de la discussion ; d) l’absence de contrainte. Pour rendre opérationnel ce principe général, Habermas l’accompagne d’un principe de discussion D formulé ainsi : « Chaque norme valide devrait pouvoir trouver l’assentiment de tous les concernés, pour peu que ceux-ci participent à une discussion pratique » [Habermas, 1992, 34]. Du moins, le sens de cette construction est claire : une norme n’est valide que si elle est soumise à une règle d’argumentation rationnelle très large qui s’opère à travers une discussion.

(b) Dans *Droit et démocratie*, Habermas révisé de fond en comble ce schéma et l’inverse. Il souligne lui-même qu’il n’a pas apporté jusqu’ici les éclairages suffisants sur ce terrain. Désormais, il estime que la validité de toute norme ne dépend que du principe de discussion. Autrement dit, si une norme est soumise à une procédure discursive, elle est valide. Le principe D devient donc le principe fondamental. En revanche, lorsqu’il s’agit de le rendre opérationnel, ce principe va recourir à deux compléments possibles. S’il s’agit de questions morales, la procédure de discussion sera rendue opérationnelle par le principe U d’universalisation. En revanche, s’il s’agit de normes juridiques, le principe de discussion sera rendu opérationnel par un principe démocratique énoncé ainsi : « Seules peuvent prétendre à une validité légitime les 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 » [Habermas, 1997, 126]. En d’autres termes, désormais, seule la procédure de discussion suffit à établir la légitimité d’une norme pourvu qu’elle soit recoupée par une argumentation rationnelle si la norme est morale et par une forme juridique dans les autres cas. Toute l’explicitation fournie par Habermas se concentre sur le fait que ce recoupement avec la forme légale s’avère totalement différent du recoupement avec la forme morale. Pour éclaircir ce principe, nous pouvons relever quatre éléments fondamentaux :

(b1) - le principe démocratique porte sur des lois juridiques et non sur des normes morales ;

(b2) - il requiert une « adhésion de tous les sociétaires juridiques » ;

- (b3) - la validité est tranchée dans le cadre d’un « processus d’institution du droit par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique » ;
- (b4) - le statut de ce principe est lui-même différent de celui du principe moral.

(b1) Le principe démocratique porte sur des lois juridiques et non sur des normes morales. Le droit est d’abord délimité d’une manière totalement kantienne à l’aide des trois critères classiques : d’une part, il concerne l’arbitre (*Willkur*) et non la volonté libre ; d’autre part, il s’étend à la liberté extérieure et non à la liberté intérieure ; enfin, il se rattache à la faculté de contraindre et non à la faculté de désirer. A partir de là, Habermas s’attache longuement à dissocier les unes des autres en mettant en valeur l’avantage comparatif dont bénéficient les règles de droit.

Premièrement, les normes morales sont caractérisées par une « indétermination cognitive ». En d’autres termes, elles sont le fruit d’un processus régressif de justification qui est toujours faillible et qui fournit, *in fine*, seulement des règles hautement abstraites et générales, donc difficilement applicables. Autant la validité des normes morales est importante, autant la factualité leur fait quasiment défaut. Au contraire, le droit se caractérise d’emblée par « la factualité de sa mise en oeuvre qui va absorber cette *indétermination cognitive*. (...) Le système de droit ôte aux personnes juridiques, en tant qu’elles sont les destinataires, le pouvoir de définir les critères en vertu desquels est jugé ce qui est légal et ce qui est illégal » [Habermas, 1997, 132]. Sous cet angle, le système de droit allège le fardeau cognitif qui pèse sur les individus en posant non seulement ce qui vaut et ne vaut pas mais aussi en spécifiant les cas visés et en fixant l’arbitre d’un éventuel conflit.

Deuxièmement, les normes morales sont aussi caractérisées par une « incertitude motivationnelle ». Dans la mesure où ces normes n’exigent pas seulement d’agir conformément à un devoir mais aussi « par amour du devoir », elles restent perpétuellement suspendues à la capacité de l’individu de réaliser un accord entre le devoir et ses inclinations, et cela, même lorsque le devoir contredit son intérêt. Bref, les normes requièrent un ancrage intérieur en chacun de nous qui demeure incertain. Là encore, les règles juridiques sont aptes à résorber cette incertitude car elles n’exigent aucun ancrage intérieur, aucune conviction mais seulement une conformité extérieure indépendante des motifs et des inclinations. De cette manière, le droit stabilise les attentes de comportement grâce à des règles normatives. De surcroît, puisque les règles morales ne sont pas universellement suivies par nous tous, elles cessent d’être exigibles car « les normes valides ne sont exigibles que lorsqu’on peut les opposer à un comportement déviant » [Habermas, 1992, 133].

Troisièmement, les normes morales restent muettes sur les types d’organisations nécessaires à la réalisation de leur finalité. Dans les sociétés complexes, ce décalage entre les exigences morales et les contraintes organisationnelles s’est considérablement accru. Là encore, le droit pallie cette carence en ayant la capacité de produire des « règles secondaires » au sens de Herbert Hart⁽⁴⁾.

(b2) Pour être valides, les lois juridiques requièrent une « adhésion de tous les sociétaires juridiques ». Là encore, plusieurs précisions s’imposent permettant de différencier un peu plus le droit de la morale.

Tout d’abord, le cercle des destinataires de la procédure est totalement différent. Tandis que les discussions morales exigent un accord de quiconque c’est-à-dire de tout homme, les discussions politico-juridiques exigent une adhésion uniquement des membres de la

⁴ Sur la notion de « règles secondaires » qui servent notamment mais pas exclusivement à contrôler la mise en oeuvre des règles primaires, voir Herbert Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications de l’Université Saint Louis, 1976, p 120 et suiv. Parmi ces règles secondaires, Hart range les règles de reconnaissance, celles de changement et celles de décision (*adjudication*).

collectivité politique. Dans le premier cas, le cercle des destinataires est *de jure* l'humanité tandis que dans le second cas, le cercle est celui de notre seule communauté contingente et historique. Plusieurs conséquences résultent de cette limitation : premièrement, le critère de l'inclusion ne découle plus des idéalizations de la discussion alors même que, précédemment, l'inclusion généralisée en découlait. En d'autres termes, ce n'est pas la procédure de la discussion elle-même qui fixe ce critère limitatif mais la nature de ce qui est débattu c'est-à-dire des lois juridiques propres à un État. La qualité de participant à la délibération c'est-à-dire le fait d'être « sociétaire juridique » repose donc sur un élément en partie extérieur à la discussion ; les sujets du droit étatique se constituent dès lors que les individus « se reconnaissent les uns les autres comme membres libres et égaux d'une association qu'ils ont librement approuvée » [Habermas, 1997, 126]. Comme chez Rawls, la délibération repose donc, par delà la publicité, sur la notion de citoyens libres et égaux. Deuxièmement, Habermas caractérise la collectivité politique comme « une association librement approuvée » et s'oppose sur ce terrain à Rawls qui insistait sur le caractère non choisi de l'appartenance à la communauté politique. Couplés, ces deux éléments modifient la nature de l'argumentation : chez Habermas, la légitimité de la loi dépend pour partie d'une reconnaissance mutuelle préalable qui paraît constituer un fait fragilisant la construction. Tel est le sens de la formule selon laquelle « à la différence d'une morale qui vaut pour tous les sujets capables de parler et d'agir, tout projet constitutionnel repose sur la *décision* datée d'un groupe historique de personnes (dont la composition est, d'un point de vue normatif, contingente) » [Habermas, 1998, 331]. Chez Rawls, la communauté politique est marquée du sceau de la contrainte ce qui impose la recherche de la légitimité au moyen d'un idéal normatif de personne libre et égale déployé par la délibération. D'un côté, le fait constitue la base de la démonstration, de l'autre, il sert à définir le défi que doit affronter la pensée rationnelle.

Par ailleurs, l'adhésion de tous les sociétaires recouvrent, comme on le sait, des types de discussions et de raisons différents à savoir les discussions morales, celles éthiques et celles pragmatiques. En ce sens, la notion d'adhésion englobe différents types d'accords : le consensus, l'entente, le compromis... Cependant, la référence à une communauté plus restreinte mais aussi plus contingente ne doit pas être simplement comprise comme l'exigence d'un réalisme politique ; elle est aussi le moyen d'une réorientation théorique qui relativise le poids de la discussion tout en la généralisant à tous les comportements. Heurté par cette réorientation et ses implications relativistes, Karl-Otto Apel n'hésite pas à souligner que Habermas court le risque de s'approcher dangereusement de Rorty puisque la discussion ne serait plus que le cadre d'un ajustement entre nos croyances et nos désirs [Appel, 1998, 818].

(b3) La validité des règles juridiques est tranchée dans le cadre d'un « processus d'institution du droit par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique ». La formule paraît quelque peu énigmatique. Elle désigne, en réalité, le fait que la procédure de discussion poursuit deux objectifs : d'un côté, elle vise l'instauration de droits multiples ; d'un autre côté, elle incarne le fait que le droit (le code juridique) constitue le mécanisme central d'intégration de la société. Selon Habermas, « le principe démocratique doit non seulement fixer une procédure d'institution légitime du droit, mais encore *commander la création du médium juridique lui-même*. (...) Il est par là même nécessaire qu'en même temps que le système des droits, soit créé le *langage* dans lequel une communauté pourra se comprendre en tant qu'association volontaire de sociétaires *juridiques*, libres et égaux » [Habermas, 1997, 127-128]. En d'autres termes, pour qu'un droit quelconque soit légitimement institué, il faut, au préalable, que la nature spécifique du droit en général soit reconnue. Comme nous le verrons, ce point est capital puisque les droits fondamentaux seront rattachés à la nature de ce médium. De cette manière, la formation politique de la législation sera régulée par la forme du droit lui-même c'est-à-dire par les

droits fondamentaux. Cette condition poursuit cependant aussi l’objectif de différencier clairement le droit de la morale. En effet, si le droit exige que sa forme soit reconnue ce qui n’est pas le cas de la morale, cela tient au fait que les normes juridiques ont un caractère artificiel tandis que les normes morales seraient spontanées. Les premières créent une réalité artificielle tandis que les secondes procèdent du quotidien c’est-à-dire des interactions simples. La forme juridique exige donc que l’évolution sociale ait atteint un certain stade pour que soient acceptées des normes d’emblée réflexives et artificielles.

(b4) En définitive, le principe démocratique ne possède pas le même statut que le principe moral d’universalisation (U) ni que le principe général de discussion (D). Il ne lui revient pas de trancher « la question de savoir si les affaires politiques en général peuvent être traitées par la discussion ». C’est là l’affaire du principe D dont le principe de démocratie n’est qu’une ramification concernant les questions juridiques. « La présupposition étant faite qu’une formation rationnelle de l’opinion et de la volonté politiques est possible, le principe démocratique se borne à dire la manière dont celle-ci peut être institutionnalisée » [Habermas, 1997, 127]. En d’autres termes, le principe démocratique présuppose le principe de discussion auquel il se contente d’apporter une effectivité. Pour que celle-ci soit possible, notons que Habermas est contraint d’identifier la politique au droit puisque, selon sa propre thèse, ce dernier est le seul à pouvoir incarner la dimension de la réalisation. Une fois ce terrain déblayé, il devient possible d’affirmer une nouvelle solution selon laquelle la théorie communicationnelle est la seule à pouvoir rendre compte de la présupposition mutuelle de la démocratie et des droits de l’homme.

II - La solution communicationnelle : la co-originarité des droits de l’homme et de la démocratie

Rappelons les principaux éléments de la démonstration de Habermas d’ores et déjà acquis à ce stade. Tout d’abord, la différenciation de la morale et du droit constitue l’étape préalable pour que le principe de discussion s’applique spécifiquement au droit. Cette différenciation est donc la base fondamentale de toute cette reconstruction du système de droits. Ensuite, Habermas est conduit à déployer un principe démocratique qui, selon ses propres termes, résulte de l’interpénétration, du croisement (*Verschränkung*) entre le principe du discours et la forme légale. De là nous parvenons à un cercle que le philosophe de Francfort espère vertueux et que l’on peut formuler ainsi : l’intersubjectivité langagière (la discussion pratique) est l’instance de légitimation du droit mais ce dernier est l’instrument indispensable de son effectivité sociale. Ce cercle constitue le levier à partir duquel la reconstruction du système des droits peut être explicitée. En d’autres termes, ce cercle constitue le chemin rationnel qui permet d’explorer l’engendrement mutuel des droits de l’homme et de ceux du citoyen. « La genèse logique de ces droits forme un processus circulaire dans lequel le code du droit et le mécanisme destiné à produire le droit légitime donc le principe démocratique, se constituent *co-originaires* » [Habermas, 1997, 139]. Nous allons d’abord présenter cette genèse logique pour en discuter ensuite certaines implications et limites.

(1) Le genèse logique des droits fondamentaux et de la démocratie : Cette genèse conduit à l’énoncé de cinq catégories de droits fondamentaux allant de l’abstrait au concret. Selon une suggestion de Habermas lui-même, il est cependant possible d’analyser ce processus circulaire à travers deux étapes qu’il nous faut dorénavant détailler.

(a) La démocratie présuppose le code juridique : pour Habermas, la délibération entre les citoyens n’est possible que si ceux-ci se perçoivent comme les future destinataires des règles qui seront elles-mêmes juridiques. En d’autre terme, la délibération démocratique présuppose la reconnaissance du droit comme moyen de faire aboutir la discussion et elle présuppose que chacun soit préalablement reconnu comme un sujet de droit. Cette première étape recouvre les trois premières catégories de droits fondamentaux avancées par Habermas qui résultent du concept de droit lui-même tel qu’il est compris par la théorie de la rationalité communicationnelle. En d’autres termes, c’est la rencontre entre le principe de discussion et le droit comme médium (particulièrement comme code juridique) qui implique les trois catégories suivantes :

- la première catégorie est celle des droits fondamentaux correspondant à « l’étendue la plus grande possible de libertés subjectives d’action égales pour tous » : puisqu’il s’agit seulement d’une catégorie, il n’est pas possible pour l’instant de déterminer précisément les droits qu’elle contient. Simplement, cette catégorie désigne les droits de la personne qui garantissent une même sphère d’action autonome aux individus. Elle résulte donc directement de la définition du droit comme coexistence de libertés extérieures c’est-à-dire comme reconnaissance à tous les individus de libertés d’actions compatibles entre elles. Cette sphère est donc reconnue à tous et en même temps concédée à chacun de nous. Elle implique une démarcation entre la vie privée et la vie publique ainsi qu’une dissociation nette entre l’État et la société civile.

- la deuxième catégorie est celle des droits fondamentaux correspondant au statut de membre d’une communauté politique c’est-à-dire au « statut de membre dans une association volontaire de sociétaires juridiques ». La catégorie précédente, très abstraite, devait trouver une première forme de concrétisation ; les règles de la seconde catégorie lui permettent donc de s’inscrire « au sein d’une société concrète ». Le croisement entre le discours et le droit est ici plus poussé puisqu’au-delà de la simple détermination formelle du droit, émerge sa dimension d’effectivité, de factualité à travers la prise en compte de la dimension territoriale et historique du médium juridique. La reconnaissance communicationnelle des individus entre eux dans un espace et un temps délimité engendre le fait d’être co-sociétaire lequel est traduit par l’institutionnalisation du médium ou code juridique posant les règles d’appartenance à la société.

- la troisième catégorie est celle des droits fondamentaux traduisant l’exigibilité des droits précédents. Ces droits fondamentaux recouvrent donc les mécanismes de la protection juridique individuelle égale pour tous. Ils résultent du fait que « l’institutionnalisation juridique du code du droit requiert, en fin de compte, la garantie des recours juridiques par lesquels chaque personne qui se sent lésée dans ses droits peut faire valoir ses revendications » [Habermas, 1997, 142]. En d’autres termes, la condition de citoyen implique que tout préjudice (et donc tout litige) soit tranché par un arbitre impartial dont les décisions sont exécutoires. Si le seul fait d’être citoyen octroie des droits égaux, les procédures judiciaires garantissent une mise en oeuvre égale en assurant chacun d’une égalité de traitement devant la loi, d’une égalité d’accès à la justice...

Dans la mesure où ces trois catégories de droits fondamentaux résultent du croisement du principe de discussion avec le médium du droit, elles se bornent à expliciter « les conditions de juridicité d’une socialisation horizontale en général. Ils ne doivent pas encore être compris dans le sens de droits défensifs libéraux puisqu’ils ne règlent que des rapports entre des citoyens librement associés, et ce *avant même* qu’une quelconque force publique, organisée

selon le droit objectif et dont les citoyens devraient craindre les intrusions, n’existe » [ibid., 140]

(b) L’élaboration du contenu des droits. Durant cette première étape, aucun droit n’a encore été déterminé en terme de contenu. 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. Dans ce cadre, les catégories des droits fondamentaux apparaissent comme les conditions pragmatiques nécessaires au développement d’un système de droits qui spécifie rétroactivement le contenu de ces conditions. Cette logique circulaire est clairement explicitée par Habermas lui-même :

« les droits inscrits dans le code juridique lui-même demeurent encore à ce stade, pour ainsi dire, *non saturés*. 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*. D’un autre côté, ces droits particuliers ne remplissent la fonction consistant à instituer un code juridique que s’ils peuvent être compris comme une explicitation des catégories juridiques que nous avons mentionnées. En ce sens, les droits fondamentaux du libéralisme politique classique, portant sur la dignité de l’homme, la liberté, la vie et l’intégrité corporelle de la personne, sur la liberté de mouvement, de choisir sa profession, sur la propriété, l’inviolabilité du domicile, etc., sont des interprétations et des manières de développer le droit universel à la liberté compris dans le sens d’un droit à des libertés subjectives égales pour tous. De la même manière, l’interdiction d’extrader, le droit d’asile, et d’une manière générale le statut définissant les devoirs matériels, celui définissant le statut personnel, la citoyenneté, etc., tout cela constitue une concrétisation du statut universel de membre d’une association volontaire de sujets juridiques. Et c’est au moyen de garanties procédurales et de principes fondamentaux du droit (tels que la non-rétroactivité, l’interdiction de la double peine pour un même crime, l’interdiction des tribunaux d’exception ou encore la garantie de l’indépendance matérielle et personnelle du juge, etc.) que sont interprétées les garanties de recours juridiques » [ibid., 143].

Cette formule est lourde de sens : d’une part, elle permet d’illustrer ce que peut être le contenu de chaque catégorie ; d’autre part, elle permet de comprendre à la fois la diversité des clauses constitutionnelles protégeant les droits fondamentaux et aussi leur similitude ou leur recoupement. Leur diversité provient d’interprétations différentes qu’opère chaque société en fonction de sa propre histoire. Leur recoupement provient de leur source commune c’est-à-dire la catégorie à laquelle ces dispositions se rattachent. Ce raisonnement propose enfin une véritable dérivation des droits fondamentaux qui d’une part, paraissent avoir un statut « quasi-transcendantal » ou du moins anhistorique en tant que catégorie et d’autre part, ont un statut historique une fois qu’une société donnée a rempli ou saturé ces droits en leur octroyant un contenu contingent. C’est cette nature mixte qui permet de rattacher le droit au principe de discussion lequel en retour explique sa genèse. La seconde étape assure principalement l’autonomie politique de citoyens qui deviennent alors les auteurs de la loi. Ce n’est donc qu’à travers l’autonomie publique laquelle déploie tout le potentiel intersubjectif que recèle la discussion pratique, que l’autonomie privée reçoit ultimement son sens. Selon Habermas, cela implique la reconnaissance de deux autres types de droits fondamentaux :

- la quatrième catégorie est donc celle des droits fondamentaux à participer à chances égales aux processus de formation de l’opinion et de la volonté politique. Même si la genèse des droits allait jusque là de l’abstrait au concret, elle demeurerait solidaire du point de vue d’un observateur c’est-à-dire du théoricien qui concède des droits. Cette quatrième catégorie de droits fondamentaux réalise un changement de perspective : nous passons du point de vue extérieur du théoricien à celui intérieur ou performatif des citoyens eux-mêmes. Ces derniers « n’accèdent à l’autonomie *en tant que* sujets de droit que dès l’instant où ils se comprennent et se comportent comme les auteurs des droits

auxquels ils veulent se soumettre en tant que destinataires. A vrai dire, en tant que sujets de droit, ils ne sont plus libres de choisir le médium dans lequel ils peuvent réaliser leur autonomie. Ils n’ont plus le choix du langage auquel ils veulent recourir » [ibid., 144]. Ceux-ci sont donc tenus de faire accéder la liberté communicationnelle à la juridicité. « Autrement dit, les droits politiques fondamentaux égaux pour tous résultent d’un accès symétrique à la juridicité de la liberté communicationnelle de tous les sociétaires juridiques ; or celle-ci exige, de son côté, que la formation de la volonté et de l’opinion au moyen de la discussion s’effectue sous des formes telles qu’elle permette un exercice de l’autonomie politique préservant les droits des citoyens » [op. cit, 145]. En d’autres termes, ces droits correspondent à l’inscription du principe de discussion dans l’univers juridique tout en garantissant sa permanence : chacun doit donc posséder un droit égal à élever une prétention à la validité ou à la contester.

- la cinquième catégorie est celle des droits fondamentaux à des conditions de vie sociales, techniques et écologiques requises par les droits précédents. Habermas les évoque principalement dans l’ultime chapitre de son *opus magnum*. Il les évoque cependant comme des éléments indispensables à la mise en oeuvre des droits communicationnels précédents. Habermas argumente leur introduction en partant de la crise de l’État-Providence qui, selon lui, ne peut être surmontée que si l’on parvient à « le poursuivre à un niveau de réflexion plus élevé. L’intention directrice consiste à domestiquer le système économique du capitalisme, autrement dit à le transformer à la fois sur le plan social et sur le plan écologique, d’une façon qui permette en même temps de “réfréner” l’emploi du pouvoir administratif ; il s’agit donc d’amener ce pouvoir, du point de vue de son efficacité, à recourir avec ménagement aux formes de régulation indirecte et, du point de vue de sa légitimité, à se rattacher au pouvoir communicationnel et à prévenir tout emploi illégitime du pouvoir » [op.cit, 437]. Ces droits reflètent donc le passage à un paradigme procédural du droit qui insiste sur les « conditions de mobilisation du droit ». Comme Rawls, Habermas n’entend pas s’exposer à la critique marxiste d’une défense de libertés seulement formelles.

L’ensemble de ces droits fondamentaux forme un système où les droits de l’homme et la souveraineté politique s’avèrent solidaires et même interdépendants. La nature de cette deuxième étape apparaît clairement : il s’agit de combler la lacune fondamentale de la première étape c’est-à-dire l’absence de la contrainte. Pour que les droits fondamentaux deviennent contraignants, il faut qu’ils passent par un processus d’institutionnalisation qui lui-même requière une monopolisation et une centralisation de la contrainte. Le processus requiert l’État qui seul peut conférer un caractère coercitif au droit. En même temps, ce dernier ne peut octroyer ce caractère coercitif que sur la base d’une autorisation qui elle-même dépend de la réalisation du principe démocratique à travers le médium du droit et du système des droits. C’est ce que tente d’expliquer Habermas dans le passage suivant :

« Il n’y a rien qui préexiste à la pratique d’autodétermination des citoyens en dehors, d’un côté, du principe de discussion qui réside tout simplement dans les conditions d’une socialisation communicationnelle, et, de l’autre, du médium du droit. Ce dernier est requis lorsqu’il devient nécessaire, dans le processus législatif, d’implémenter le principe de la discussion au moyen de droits égaux à la communication et à la participation, en tant que principe démocratique. (...) Pris simplement pour eux-mêmes, ni le principe de la discussion ni la mise en forme juridique des rapports interactifs ne suffisent à fonder un quelconque droit. Le principe de la discussion ne peut adopter la forme d’un principe démocratique qu’en passant par le médium du droit, tous deux s’imbriquant l’un dans l’autre et se constituant en un système de droits qui amène l’autonomie publique et l’autonomie privée dans une relation de présupposition mutuelle. Inversement, tout exercice de l’autonomie publique signifie à la fois une interprétation et un développement, par un

législateur historique, de ces droits qui, par principe, ne peuvent pas être saturés. Cela vaut tout autant pour les droits politiques fondamentaux qui sont revendiqués à cette fin. Le principe selon lequel toute manifestation de la force publique procède du peuple, doit être chaque fois spécifié, selon les circonstances, sous la forme des libertés d’opinion et d’information, d’assemblée et d’association, de croyance, de conscience et de confession religieuse, et sous la forme de droits de participation aux élections et aux scrutins, à militer dans les partis politiques ou des mouvements de citoyens, etc. » [op. cit, 146].

Ces deux étapes sont celles d’une genèse logique et non pas les deux moments d’une genèse historique. C’est par le même mouvement que le législateur fait usage des catégories « transcendantales » du droit lié à l’autonomie privée et qu’il les remplit d’un contenu issu d’une interprétation historique en faisant usage des droits liés à l’autonomie publique. C’est pourquoi Habermas déclare que « nul ne peut prétendre avoir accès à un système des droits au singulier, indépendamment des interprétations qui s’offrent déjà à lui historiquement. “Le” système des droits, cela n’existe pas dans sa pureté transcendantale » [op.cit, 147]. Le philosophe de Francfort fustige alors « l’image trompeuse d’une “fixation” de normes statiques, arrachées au temps et résistant au changement » et lui oppose l’idée « d’une fixation relative du contenu de normes constitutionnelles ». Derrière cette argumentation se profile une objection adressée à Kant et Rawls : si les libertés de base sont fixées une fois pour toute, elles incorporeront un élément idéologique c’est-à-dire une compréhension historiquement datée soustraite à la critique. Au contraire, le modèle de la discussion pratique suggère que la Constitution est un « projet » c’est-à-dire un processus continu d’interprétation. L’argument ainsi soulevé est très fort mais il n’est pas sûr qu’il soit décisif.

(2) – Les limites à la dérivation mutuelle des droits fondamentaux et de la démocratie : Dans la mesure où la solution à la concurrence de l’autonomie privée et de l’autonomie publique, des droits de l’homme et de la souveraineté politique est élaborée sur la base d’un républicanisme procédural c’est-à-dire désubstantialisé, Habermas s’expose plutôt aux objections adressées à l’encontre du républicanisme. On peut en relever 3 principales.

(a) La première d’entre elles reproche classiquement au républicanisme de ne pas percevoir la dimension tout à fait élémentaire des droits fondamentaux : au lieu de les concevoir comme des droits naturels de l’homme, le républicanisme les interprète comme des droits sociaux voire même étatiques. Cette interprétation républicaine se retrouve nettement chez Habermas qui ne parle d’ailleurs pas de « droits de l’homme » mais seulement de « droits fondamentaux ». Pour lui, les droits de l’homme n’existent donc qu’en tant que l’homme est un citoyen non en tant qu’il appartient à la condition humaine. Indirectement, c’est la question de la fondation qui resurgit. Habermas fait reposer sa dérivation sur une reconnaissance préalable des individus entre eux laquelle est contingente et historique puisqu’elle est limitée aussi bien spatialement que temporellement. Cette reconnaissance première engendre donc une société qui, dans les conditions modernes d’un monde complexe, différencié et pluraliste, ne peut affronter la tâche de l’intégration qu’au moyen du droit. C’est pourquoi l’ensemble du système des droits repose sur le fait que « les citoyens doivent se concéder mutuellement des droits s’ils veulent régir légitimement leur vie en commun avec les moyens du droit positif ». La structure de ce raisonnement est paradoxale car Habermas est contraint de supposer que la réalité historique et sociale a déjà fourni la solution au problème de la fondation des droits de l’homme et de la souveraineté politique. Wellmer souligne, à sa manière, ce problème : « Pour qu’une discussion démocratique digne de ce nom puisse s’amorcer, les droits libéraux de base doivent au préalable être garantis, c’est-à-dire doivent être devenus une réalité sociale et institutionnelle » [Wellmer, 1997, 383]. Ce n’est qu’après coup, que la reconstruction peut exhiber cette solution et la déployer pleinement en lui donnant sa forme définitive. Telle la chouette de Minerve, la philosophie habermassienne

du droit prend son envol à la tombée de la nuit. Le fait contestable demeure celui-ci : pourquoi les hommes se reconnaissent-ils d’abord en tant que membres d’une « association volontaire librement consentie » c’est-à-dire d’une communauté nationale voire ethnique plutôt qu’en tant que membres de la communauté humaine ? Si cette dernière option devait être adoptée, alors les droits de l’homme ne dépendraient plus des droits du citoyen et une personne se verrait reconnaître des droits indépendamment de son insertion dans une communauté démocratique juridiquement constituée. Or, la communauté nationale n’est elle-même qu’une forme historique contingente dont rien ne garantit la pérennité. Au-delà, nous retrouvons un autre problème : les droits de l’homme ont peut être d’abord une signification morale - donc universaliste - indépendante du fait qu’ils soient juridiquement institutionnalisés et garantis au sein de telle ou telle société. Une telle vue ne peut cependant pas être défendue à partir de la différenciation du droit et de la morale soutenue par Habermas du moins dans *Droit et démocratie*⁵.

(b) Dans le prolongement de cette première critique, une seconde objection apparaît. En pensant le droit dans le cadre d’un processus circulaire fusionnant le transcendantal et l’historique, Habermas réitère une solution qu’il avait déjà proposée lorsqu’il tentait de fonder une théorie critique par la voie d’une théorie connaissance. Dans le cadre de *Connaissance et intérêt*, Habermas soutenait déjà que les intérêts technique et pratique de connaissance avaient à la fois une nature transcendantale et une forme historique dépendant du niveau de développement. Cette fusion qui s’était condensée dans la formule d’intérêts « quasi-transcendants » avait constitué un des points de cristallisation pour la critique. En soutenant que le droit est le produit d’un croisement entre d’une part, des catégories de nature anhistorique - quoique vides de tout contenu - et d’autre part, des contenus empiriques issus d’une interprétation historique, Habermas s’expose à nouveau aux mêmes critiques que celles énoncées à l’époque. A cet ensemble s’ajoute cependant une objection spécifique : puisque son projet passe désormais par une théorie de l’action et non de la connaissance et puisqu’il repose sur une fondation par le bas et non par le haut, Habermas suppose le déploiement d’un point de vue apte à saisir rétrospectivement la totalité du réel non seulement en tant qu’il est effectif mais aussi en tant qu’il est rationnel. Ce point de vue totalisant - au sens d’un usage constitutif de la totalité - nous paraît constituer le « talon d’Achille » de cette construction.

Cette division, ou plutôt ce découpage, entre les catégories et leur contenu n’est au demeurant pas très convaincant. Il conduit Habermas à survaloriser les possibilités de transformations de ces droits par les communautés politiques. Certes, la constitution peut parfaitement être comprise comme un projet perpétuellement en chantier, comme un processus d’interprétation ininterrompu. Ni Rawls, ni Dworkin, ni Ackerman ne s’opposent à cette idée. Cependant, derrière cette thèse, Habermas défend aussi l’idée que les contenus des droits fondamentaux ne sauraient être fixés et qu’ils sont, au contraire, toujours susceptibles d’être transformés, repensés. A cette révisabilité permanente des droits fondamentaux, Rawls oppose un argument de poids. Il souligne que chaque droit fondamental possède un « champ d’application central » lequel est clairement appréhendé comme intangible. A partir de cette idée, il est possible de soutenir qu’un droit fondamental possède un sens absolu et fixe propre

⁵ - Dans de nombreux textes, Habermas défend la nécessité de distinguer entre des droits de l’homme valant moralement à l’égard de toute personne et ces mêmes droits juridiquement garantis aux seuls citoyens d’États de droit démocratique (voir Jürgen Habermas, *L’intégration républicaine*). Notre objection n’est donc pas que Habermas méconnaît cette distinction mais qu’il ne produit aucune argumentation convaincante pour l’appuyer. Au contraire, le poids de la perspective juridique écrase la perspective morale dans son *opus magnum* ; c’est là la conséquence d’une stratégie qui envisage la validité à travers le prisme déformant de l’effectivité.

à ce « champ d’application central ». En revanche, tout droit fondamental est soumis à un processus d’interprétation lorsqu’il s’agit soit d’appliquer ce droit en dehors de ce champ d’application central, soit d’élargir ce dernier. Par exemple, le droit à l’intégrité de la personne recouvre d’abord et avant tout l’intégrité physique : son champ d’application central est donc la protection du corps contre toute violence physique. Les questions susceptibles d’interprétations différentes par chaque communauté politique portent plutôt sur l’élargissement de ce droit en direction de la prise en compte de l’intégrité psychique et de l’intégrité culturelle. Ces questions sont évidemment étroitement liées aux défis du monde contemporain ; en particulier, le droit à l’intégrité culturelle est clairement dépendant des interrogations suscitées par le défi du multiculturalisme. Mais l’essentiel, ici, est que ces questions qui requièrent effectivement une interprétation et donc une délibération au sein de chaque communauté politique, n’impliquent aucune révision du principe de la protection du corps.

(c) Classiquement, le républicanisme fait l’objet d’une dernière objection fondamentale : il déprécierait la valeur intrinsèque des droits fondamentaux libéraux et tendrait à les instrumentaliser. Là encore, le républicanisme désubstantialisé de Habermas n’échappe pas à cette critique en dépit des affirmations répétées du philosophe de Francfort selon qui « les droits de l’homme classiques, qui garantissent l’autonomie privée des citoyens, (...) ont une valeur intrinsèque et sont en tous cas irréductibles à la valeur instrumentale qu’ils ont pour la formation de la volonté démocratique » [Habermas, 1998, 282].

Cette instrumentalisation des droits de base classiques pouvait d’abord résulter d’une voie spécifique empruntée par certains habermassiens. Par exemple, Adelina Cortina tenta, à partir des conditions pragmatiques de la discussion, de déduire directement les libertés fondamentales [Cortina, 1990]. Dans ce schéma, seule la contribution à la formation d’une volonté impartiale par la discussion pouvait justifier les droits de l’homme y compris ceux libéraux. Les droits fondamentaux se trouvent donc instrumentaliser au profit de la seule participation politique. La voie développée par Habermas échappe sous cette forme à cette objection mais elle se heurte à une variante. Pour introduire ce point, nous pouvons repartir de la question suivante : pourquoi les individus qui se reconnaissent membres d’une association volontaire librement consentie choisissent-ils une vie en commun prenant la forme du droit, de la contrainte ? En d’autres termes, pourquoi la communauté sociale décide-t-elle de devenir une communauté juridique ? Comme nous le savons, la réponse classique d’une théorie libérale de la justice est que le passage au droit résulte de ce que les hommes se doivent mutuellement. Habermas, au contraire, argumente le passage au droit en termes d’intégration de la société. Comme l’écrit Albrecht Wellmer, cela signifie que les droits libéraux de base sont introduits « uniquement du point de vue d’une “nécessaire réduction de la complexité”, c’est-à-dire en tant que “problème de régulation” pour des sociétés complexes. Or, on pourrait démontrer que, du point de vue d’un principe de liberté négative, ce n’est pas la *réduction*, mais la *création* de la complexité qui compense cet aspect de “désunion” qui est un élément constituant de la société civile » [Wellmer, 1997]. En ce sens, il existe bien une dépréciation de la valeur intrinsèque des droits libéraux de base lesquels ne sont reconnus qu’à proportion de leur contribution à l’établissement d’un processus de réduction et de traitement de la complexité. Pour illustrer cette dépréciation, nous pouvons recourir à un exemple emprunté à Hervé Pourtois [Pourtois, 1995, 342-343] : Habermas reconnaît dans sa cinquième catégorie de droits fondamentaux, des droits sociaux parmi lesquels il range manifestement l’existence d’un système de sécurité sociale visant à garantir la justice sociale. Selon sa propre logique, un tel système participe de l’intégration de la société au moyen du droit et contribue à la réalisation de l’autonomie privée. En effet, non seulement un tel système assure une plus grande effectivité et efficacité qu’une simple charité

privée plus ou moins organisée mais, en outre, il décharge les individus du fardeau de l’entraide mutuelle en fixant à l’avance les bénéficiaires, les conditions d’octroi, les modalités de règlement... Cette institution vient ainsi pallier les carences ou limites inhérentes à des individus finis. Les individus ainsi déchargés récupèrent un espace de libertés privatives qui leur permet, éventuellement, d’adopter une attitude stratégique à l’égard de leurs concitoyens. Mais là réside la faiblesse du raisonnement habermassien : l’instauration d’un système de sécurité sociale n’a pas pour fondement d’exonérer les individus de certaines contraintes et ainsi de leur ménager des espaces de libertés privatives ; cette instauration répond plutôt à un impératif moral incontournable visant à garantir la satisfaction de certains intérêts humains fondamentaux tels que la santé, la nourriture, le logement... Fonder ces droits impose donc de raisonner, comme Rawls ou même Kant c’est-à-dire par rapport à une conception de la personne humaine (les deux facultés morales) à laquelle se rattachent certains intérêts fondamentaux (les biens premiers). La démarche purement procédurale de Habermas manque ici d’un soubassement anthropologique.

Conclusion

En proposant sa thèse d’une interrelation entre droits de l’homme et démocratie, Habermas entend résoudre un problème non résolu et récurrent de la théorie politique. Si l’intention est louable, la démonstration opérée apparaît très discutable. Le philosophe de Francfort s’adosse d’abord à une stratégie argumentative très artificielle visant à récuser la tension classique entre positivité et normativité au profit d’une tension plus communicationnelle entre facticité et validité. Il prolonge cette mise en scène par la récusation des positions modernes sociologiques (Luhmann) et philosophiques (Rawls, Kant, Rousseau) au prix d’interprétations souvent partielles et partiales. Sur cette base, il procède ainsi à une disjonction de la morale et du droit qui le conduit d’une part, à marginaliser la dimension d’universalisation morale et d’autre part, à sacraliser l’idée d’un droit comme seul instrument efficace de l’intégration sociale. Ces réaménagements internes à son propre cadre théorique ont pour but d’avancer une interprétation de la démocratie comme croisement de la discussion pratique et de la forme juridique et une interprétation du droit comme croisement de la procédure de discussion pratique et de l’exigence d’effectivité sociale. L’engendrement mutuel des droits de l’homme et de la démocratie n’est alors envisageable que sur la base de ce rapprochement forcé qui dénie aux droits de l’homme une valeur intrinsèque pour ne leur accorder qu’une valeur fonctionnelle, celle de faciliter l’intégration dans une société complexe. Ainsi pensée, cette interrelation expose Habermas aux critiques classiques exposées à l’encontre du républicanisme ce qui nous ramène, *mutatis mutandis*, à la situation initiale que le philosophe entendait dépasser.

Bibliographie

- APEL Karl-Otto (1998), « Auflösung der Diskursethik ? Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung in Habermas’ *Faktizität und Geltung*. Dritter, transzendentalpragmatisch orientierter Versuch, mit Habermas gegen Habermas zu denken » in Karl-Otto Apel, *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- CORTINA Adelina (1990), « Diskursethik und Menschenrechte » in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 76, pp 37-49.
- FERRY Jean-Marc (1987), « La philosophie moderne face à la société moderne : la reconstruction habermassienne » in *Les Cahiers de Philosophie*, 1987, n°3.

- GUIBENTIF Pierre (1989), « Et Habermas. Le droit dans l’œuvre de Jürgen Habermas ; Eléments d’orientation » in *Droit et Société*, n°11-12, pp 159-189.
- GUIBENTIF Pierre (2010), *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société ».
- HABERMAS Jürgen (1992), *De l’éthique de la discussion*, Paris, Cerf.
- HABERMAS Jürgen (1997a), *Droit et morale. Tanners Lectures (1986)*, Paris, Le Seuil, coll. « Traces écrites ».
- HABERMAS Jürgen (1997b), *Droit et démocratie. Entre faits et normes [1992]*, Paris, Gallimard.
- HABERMAS Jürgen (1998), *L’intégration républicaine. Essais de théorie politique [1996]*, Paris, Fayard.
- HABERMAS Jürgen (2000), « Le paradoxe de l’Etat de droit démocratique » in *Les Temps Modernes*, n°610, octobre 2000, pp 76-94.
- HABERMAS Jürgen (2005), *Une époque de transition. Ecrits politiques (1998-2003)*, Paris, Fayard, 2005.
- HÖFFE Otfried (1993a), *Introduction à la philosophie pratique de Kant*, [1985] Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque d’histoire de la philosophie ».
- HÖFFE Otfried (1993b), *Principes du droit*, [1990] Paris, Cerf, coll. “Passages”.
- POURTOIS Hervé (1995), *Justice et démocratie délibérative*, Louvain-la-Neuve, Institut supérieur de philosophie, 376 p.
- ROSENFELD Michel and ARATO Andrew (eds.) (1998), *Habermas on Law and Democracy : Critical Exchanges*, Berkeley, University of California Press.
- WELLMER Albrecht (1997), « Conditions d’une culture démocratique. À propos du débat entre libéraux et communautariens » in H. Pourtois, A. Berten, P. da Silveira (dir.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997.