

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un peuple-un but-une foi



**UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR
UCAD**



Faculté des Lettres et Sciences Humaines



DEPARTEMENT DE PHILOSOPHIE

MEMOIRE DE MAÎTRISE

THEME:

**CONCEPT DE DROITS HUMAINS
CHEZ HABERMAS**

Présenté par:

René Massiga DIOUF

Sous la direction de :

Pr Sémou Pathé GUEYE

Année Académique : 2005 / 2006

DEDICACE

- ✓ A tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à ma formation.
- ✓ A mes parents Pierre Diouf et Aïssatou Diouf sans qui je ne connaîtrais certainement jamais l'école :
- ✓ Au Pr Sémou Pathé Guèye qui m'a assuré de sa disponibilité durant tout au long de mes recherches
- ✓ A tous les professeurs du Département de Philosophie;
- ✓ A Son excellence Monseigneur Jean Noël Diouf, évêque de Tambacounda qui m'avait toujours assuré de son soutien, notamment financier;
- ✓ Aux pères maristes qui m'ont tout offert; je remercie particulièrement les pères Damien Diouf, Jean Pierre Mulago, Modeste Azounédé, Martin Simna, Jean Pierre Bakhoun, Edmond Koffi et Marcel Ma'ah ...
- ✓ A mes frères et sœurs Pape Diouf, Jeanne Marie Diouf, Sophie Diouf, feu Christine Diouf
- ✓ A ma chérie bien aimée Marie Odile Sarr
- ✓ A tous mes camarades du département de philosophie
- ✓ A tous mes copains et copines

Résumé

Ce travail, axé essentiellement sur la pensée d'Habermas, se situe dans le cadre de la philosophie du sujet et vise à montrer la nécessaire participation de tous les acteurs pour une fondation équitable de la volonté politique. En effet, quoique complexe, la procédure qui aboutit à l'instauration des droits de l'homme demeure Procédural chez Habermas. Le mécanisme d'édiction du droit et des droits de l'homme ne peut avoir des résultats équitables que lorsque les sujets destinataires de ces droits se sentent aussi être leurs auteurs. Destinés à une communauté universelle, les droits de l'homme, incarnant des intérêts particuliers universalisables, doivent remplir tous les critères normatifs et procéduraux de reconnaissance juridique.

Les droits de l'homme ne peuvent se passer de l'autonomie morale des sujets qui, en tant que personnes éthiques, trouvent un fondement juridique à leurs actions d'autodétermination. Comme ils ne peuvent se passer de procédures équitables d'édiction de la volonté politique telle qu'indiquée, à la suite d'Habermas, par John Rawls ; même si les deux auteurs se situent dans des cadres d'exigence éthiques différents. Le statut de droit de l'homme ne peut alors être reconnu à des droits édictés de manière partielle. Il est droit des hommes en vertu des procédures équitables ayant présidé à son institutionnalisation. D'ailleurs, Habermas pense que la substance des droits de l'homme résident plus dans les conditions de son institutionnalisation que dans toute autre appréhension de voies normatives.

Se fondant sur la totale liberté, les droits de l'homme visent par conséquent à assurer aux sujets une entière autonomie. Leur détermination conceptuelle se situera au niveau social et intersubjectif. Et ils sont droits de participation et d'autodétermination. Par conséquent, dire les droits de l'homme, c'est dire le consensus dont ils résultent dans la mesure où de l'édiction aux résultats, tout est consensus ; consensus sur les moyens procéduraux ; consensus sur le langage ; consensus sur les résultats.

Dans la détermination de la volonté politique qui fonde les droits de l'homme, le sujet se révèle être son propre acteur d'autodétermination. Disposant de libertés communicationnelles et pourvues de conditions éthiques nécessaires, les sujets sont tenus, par leur volonté personnelle, de se confronter discursivement afin de sortir leurs droits de leurs aspirations normatives. C'est dans ce sens que les droits de l'homme incarnent des volontés particulières capables d'être hissés à un niveau intersubjectif, ou international selon le voeu d'Habermas, grâce au paradigme communicationnel. C'est un nouveau défi mondial que d'éviter toute édiction partielle du droit afin de se situer en dehors des logiques d'exclusion, et de prises de décisions unilatérales pour le plus grand bien de l'Humanité déjà meurtrie par la terreur et la haine identitaire.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
<u>1-Eléments autobiographiques sur Habermas</u>	6
<u>2-Les Influences du jeune âge</u>	7
<u>3-Les avancées conceptuelles</u>	10
a- critique de la science comme idéologie	10
b- Connaissance et Intérêt.....	11
c- L'Agir communicationnel	12
d- La théorie de la démocratie	14
<u>I^{ère} Partie: Droits et droits de l'homme chez Habermas</u>	17
<u>A-L'Evolution systémique du droit</u>	17
<u>I- l'Evolution formelle</u>	17
1. Définitions préalables	17
2. Evolution vers la positivation du Droit.....	18
3. Droit naturel et droit rationnel.....	22
<u>II- Système juridique et l'autonomie systémique du droit</u>	25
1. Co-originarité des droits Subjectifs et des droits Objectifs.....	30
2. Formalisme du droit moderne.	33
<u>III-Rapport droit et morale</u>	37
1. Tension entre factualité et validité.....	37
2. Analogie vérité et justice	40
3. Le concept de norme Juridique	42
4. Habermas et John Rawls: "Querelle de consensus	44
<u>B- Les Droits de l'homme: Une justification publique de la Raison et de la Morale ?</u>	47
<u>I- Genèse des droits de l'homme.</u>	47
1. De l'époque classique à nos jours	47
2. De kant à kelsen	50
3. Marx et Rousseau: Deux extrémistes ?.....	54
4. L'intersubjectivité: Habermas hérite Raiser	56

II- <u>Les droits de l’homme aujourd’hui</u>	58
1. Caractéristiques générales	58
2. « L’excision » de l’universalité des droits l’homme	61
II^{ème} Partie: Paradigme procédural des droits de l'homme chez Habermas ----	64
A- <u>Les Conditions procédurales : la pragmatique Universelle</u>	64
I- <u>Réalités et suppositions: le Pari humain</u>	64
1. Les présuppositions éthico-morales	64
2. Le pari idéalisant	67
3. les présuppositions pragmatiques universelles	69
4. Les présuppositions Communicationnelles	70
II- <u>Fondements et Fondation des droits de l'homme</u>	72
1. L'équité discursive	72
2. La négociation comme Unification des Préférences	76
B- <u>Légitimité et Légitimation</u>	81
I- <u>Les mobiles de la légitimation</u>	81
1. Légitimation par la procédure	81
2. La rationalité procédurale	83
3. Entente et Activité d'entente	86
II- <u>Les principes de la légitimité</u>	89
1. De la validité des propositions	89
2. Le Concept d'institutionnalisation	93
3. L'entrecroisement des perspectives	95
III^{ème} Partie: Détermination conceptuelle de Droits de l'homme ----	99
A- <u>La Tac: Objet de Validation</u>	99
I- <u>Le Monde Vécu en tant que réservoir des formes de vie plurielles structurées par le langage</u>	99
1. De la structuration des formes de vie: le medium verbal	99
2. Le champ Social: Détermination Intersubjective	103
3. Détermination subjective	106
II- <u>Le modèle Délibératif</u>	108
1. Consensus, compromis et/ou convention	108
2. L'Option plébiscitaire	112
CONCLUSION	115

INTRODUCTION

La thématique des droits humains occupe de plus en plus toutes les sphères où l'homme est présent. Cette omniprésence d'une délimitation des devoirs et droits humains s'explique par un désir ardu de l'homme de pouvoir jouir pleinement de lui-même, de sa liberté. Dès que l'homme n'a plus de liberté, il devient "tâtable". Or c'est l'animal que, habituellement, on tâte car « *nul ne serait tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite des esclaves (...) (étant) interdits sous toutes leurs formes¹* ». Ainsi s'explique l'intervention de certaines organisations de défense des Droits de l'homme.

Mais si la protection de l'idéal humain suscite autant d'engouement, force est de constater que le concept de droits humains soulève plusieurs interrogations quant à sa signification et sa compréhension. Aujourd'hui, les moyens de défense des droits de l'homme ne masquent-ils pas la compréhension du concept de droits humains ?

En effet, le droit décrit le "terrain" et les limites des prérogatives du citoyen. Ainsi, je suis dans mes droits lorsque je fais ce que je dois faire et me comporte comme il se doit, c'est-à-dire conformément aux lois et règles en vigueur dans le milieu, et parfois adéquatement aux coutumes. Or habituellement, l'homme est pris dans une acception universelle à partir de laquelle on ne le considère plus comme singulier, mais comme incarné dans des réalités socio-économiques, politiques, culturelles et régionales ou internationales déterminées. De ce fait, en plus de son droit individuel, l'homme dispose de droits qui trouvent leurs fondements dans ceux même du milieu où il vit. Lesquels peuvent être ou en accord ou en contradiction avec ses droits particuliers. Ainsi, la divergence crée une sorte de choc de droit qui se produit lorsque les droits d'un peuple se heurtent aux lames du droit d'un pays, du droit international, etc. Dans une telle situation, comment définira-t-on le droit ? En d'autres termes, quel est le droit de chacun si chacun est dans son droit ? Les droits de l'homme ne sont-ils pas devenus un moyen de défense d'intérêts particuliers ? N'a-t-on pas tendance à confondre le concept de droit de l'homme avec des droits particuliers ? Qu'est-ce qu'un droit pour l'individu ? Le droit de l'individu, autrement dit un droit particulier est-il celui de toute l'humanité, de tous les hommes ? Comment passer du droit particulier au droit universel ?

1- Déclaration universelle des droits de l'homme et des peuples de 1948, voire annexe

Partant de toute une tradition philosophique sur le droit, Habermas aboutit dans Droit et Démocratie, à une conception des droits de l'homme qui ne peut faire abstraction « du droit à l'autodétermination » d'une part et des principes de l'auto législation d'autre part. En d'autres termes, les droits de l'homme se situent aux antipodes de la détermination morale du sujet et de l'acceptation procédurale de son institutionnalisation.

Tandis que Kant se fonde dans la volonté autonome des individus qui, en tant que personnes morales, disposent de la perspective sociale d'une « *raison examinatrice de la loi*² », propose de sinter « *l'unique droit de l'homme en un système de droits*³ ». Habermas recouvre à une méthode procédurale qui va du droit à la participation au processus de formation de la volonté politique.

Les droits de l'homme se présente alors sous une double forme : ils sont d'abord processus de reconnaissance des droits fondamentaux subjectifs « *innés* » qui parce qu'ils sont reconnus par tous les êtres humains méritent une légitimation communicationnelle discursive ; ensuite ils sont le résultat d'un processus équitable de formation de la volonté politique explicative d'une philosophie « *de la reconsidération* ».

Par conséquent, Habermas soutiendra une approche participative et conceptuelle de la notion de droit de l'homme qui consiste à la penser dans une logique de "droits communicationnels". Ainsi, le droit humain est non pas un droit dicté et auquel il faut se dévouer servilement mais, par un certain nombre de faits, il est droit de décision et donc un droit supra-positif.

En effet, si les notions de langage, de communication rendent harmonieuses les relations inter-Etat, inter-personnelles, c'est que, chez Habermas, l'intersubjectivité est le fondement du droit des individus. Autrement dit, toute action individuelle, étatique doit s'inscrire dans une logique consensuelle c'est-à-dire encore, que la validité d'une action dans un univers social découle de l'entente, de l'unanimité qu'elle créera autour de sa signification, de ses implications et présuppositions. Ainsi, mon droit est certes ce que je peux faire ou ce que je suis autorisé à faire, mais à condition que ce soit discursivement accepté par l'autre. Le droit humain trouve alors son fondement dans une logique discursive et consensuelle à la "l'arbre à palabre" de nos grands parents dont chaque personne décide de son effectivité.

Alors, une pensée objective des droits humains passera nécessairement par la notion d'"intersubjectivité". Par la magie de la communication, les

hommes se mettront ensemble en vue de trouver un style comportemental adéquat pour tous et par ce moyen définissent le droit. A l'issue de leur communication, ils trouveront un accord qui chassera toute idée pouvant déboucher sur le rejet de l'autre. Forcément donc au niveau international, ce que nous désignons communément par droits de l'homme est relatif. A ce niveau, les droits de l'homme ne prennent en compte que les réalités des nations développées qui les ont édictées qu'on applique à celles dites sous développées au grand dam des droits du milieu local. L'absence de débat sur certaines pratiques reconnues par des populations tiers, comme l'excision, milite pour un tel préjugé.

Et de Kant à Kelsen, toute une tradition philosophique a conceptualisé un «*pacifisme juridique*» qui se donnerait pour but non seulement «*d'endiguer par le droit des gens et état de guerre latent qui sévit*⁴ » entre individus entre puissances adverses et entre états souverains, mais de le substituer à ce que Habermas appelle «*ordre cosmopolite totalement soumis au droit*⁵».

1-Éléments autobiographiques sur Habermas

Professeur émérite de l'université de Francfort depuis sa retraite en 1994, Jürgen Habermas est connu pour s'être beaucoup battu pour la légitimité et la légalité. Sympathisant critique du mouvement étudiant de la fin des années 60, l'auteur de l'Agir communicationnel a toujours milité pour une solution fondée sur la communication. Il ne peut avoir de résultat légitime que pour autant qu'il découle d'une entente procédurale, pense-t-il. Dès lors, pour Habermas, le droit déborde de son carcan juridique pour glisser vers une approche normative.

Inutile donc de dire que celui qui dirigea l'institut de recherche sociale Max Planck à Munich à partir de 1971 ambitionne de conjuguer une vision sociologique du droit à la philosophie réflexive de la justice. Dans *Droit et démocratie*, il déclina ce programme en ces termes : «*J'aimerais élaborer une approche reconstructive réunissant les deux points de vue, celui d'une théorie sociologique du droit et celui d'une théorie philosophique de la justice*⁶ ».

4-Corinne Rinter, mémoire de DEA intitulé « Réconciliation procédurale des droits de l'homme et de la souveraineté populaire chez Habermas » soutenu en Juillet 1999 à l'Institut d'Etude politique de Lyon

5-Expression célèbre d'Habermas contenue dans *Droit et Démocratie*

6- J. Habermas, *Droit et Démocratie*, Chapitre I médiation entre Factualité et validité, p. 21

Ces ambitions intellectuelles se heurteront, dès le départ, à une renommée internationale qui ne suffira pas pour contourner les piques à lui lancer par des détracteurs débiles.

Accusé de gauchiste, Habermas se verra refuser un poste de professeur à Munich en 1982, puis démarre une longue descente aux enfers qui se ponctuera par des attaques de la presse d'alors qui déclenchait une campagne de diffamation contre lui. La diversité de la formation supérieure subie : psychologie, littérature allemande, économie et histoire ne lui permirent pas de verser totalement dans la défensive contre les flèches que lui jetait une société intellectuelle en recherche de légitimité.

Né à Disseldörf (près de Cologne) en 1929 et après des études de philosophie vers 1949 à Göttingen, puis à Zurich et à Bonn sanctionnées par une thèse de Doctorat sur Schelling en 1954, Habermas choisit de remplacer « *la raison pratique par une raison fondée sur la communication*⁷ ». Ce qu'il appela juste un « *changement d'étiquette*⁸ ».

2 – Les Influences du jeune âge

Trop jeune à l'âge d'or des maîtres à penser de l'école de Francfort, Habermas est d'un autre cercle de génération de cette école. Assistant d'Adorno à l'Institut pour la recherche sociale de l'université de Francfort de 1956 en 1959 à 27 ans, il s'efforcera, malgré son absence d'études auprès des maîtres de l'école, à reconstituer la pensée de l'école de Francfort. De manière critique, il va reconsidérer la théorie critique et se propulser aux cimes de l'héritier légitime de Horkheimer.

La théorie critique de l'école de Francfort est une mise à nu de l'esprit des lumières et des positivistes. En effet, les penseurs des lumières imaginaient la fin du règne des superstitions et des mythes qui se seraient détruit par le progrès de la science et la technique, les progrès de la connaissance et de la raison. Une telle chimère devrait aboutir à la fondation d'une société réconciliée avec elle-même. Hélas nées sous les entrailles de l'idéologie, « *tel père, tel fils* » comme dit l'adage. Autrement dit, la science et la technique, générées par l'idéologie, devinrent à leur tour idéologie c'est-à-dire un discours ayant des fins, des visées d'intérêt.

7-Droit et Démocratie, voire également l'interprétation d'un commentateur dont l'identification n'a pas été révélée dans le site [www. Wanadoo.fr / sos. philosophie/ Habermas/ Htm](http://www.Wanadoo.fr/sos.philosophie/Habermas/Htm)

8-Ibid

Elles n'ont servi qu'à légitimer un pouvoir de domination. Science et technique ont été de tout temps indépendantes. La technique a existé plusieurs milliers d'années avant la science alors que cette dernière ne date guère que de siècles récents car la plus ancienne (les mathématiques) ne datent que de quelque deux millénaires et quelques siècles pour les sciences expérimentales. Elles étaient donc indépendantes dans leurs objectifs et leurs fins.

Le XIXe siècle verra le renversement de cet ordre. Science et technique redeviennent non seulement interdépendantes, mais elles servent en commun sous les auspices de la production industrielle. De telle sorte que le progrès scientifico-politique rejette l'évolution sociopolitique de la société et détermine les progrès de développement.

Alors avant de se lancer à toute tâche citoyenne, les politiques consultent les détenteurs de l'intelligence de la science et de la technique, considérés comme des experts. Les décisions devant se décider ensemble entre citoyens sont laissées à quelques minorités ; faits et actes qui sapent les fondements de la démocratie qui suppose que les citoyens décident ensemble et légitiment de l'orientation à donner à leurs actions.

Habermas « *veut construire* » cette nouvelle domination issue d'une dangereuse emprise scientifico-technique sur l'humanité. Il se propose de réhabiliter la praxis au sens aristotélicien, c'est-à-dire qui provient de discussions politiques entre citoyens. C'est une volonté politique issue de la discussion qu'il se propose de retrouver.

Dans sa théorie de l'Agir communicationnel par exemple, Habermas reprend explicitement, dans une perspective qu'il appelle « *post-métaphysique*⁹ », la problématique wébérienne de la modernisation comme rationalisation. Mais à la différence de Weber, il choisit une perspective qui épouse les contours de l'ambivalence vis-à-vis de la manifestation de cette modernisation.

Habermas entend sauver le concept de rationalité. « *La modernité, selon lui, est un projet inachevé, mais un projet parfaitement acceptable qu'il s'agit enfin de réaliser*¹⁰ ».

Habermas n'entend pas « pleurnicher » sur cette déception que lui procure le sentiment de projet détourné de son idéal. Mieux, il voit dans la raison instrumentale des lumières un pont pour aboutir à une libération lumineuse grâce à une « *intersubjectivité intacte* ».

9- J. Habermas, « Interlocution et Politique : Comment la raison vient aux hommes », forum franco allemand, p. 1

10- Ibid

Dans « Interlocution et politique : comment la raison vient aux hommes », un Habermas explique : « *Bien que le monde issu du projet des lumières soit réellement dominé par la rationalité instrumentale, par la volonté de puissance, par la manipulation, bien que l'homme moderne soit réellement mutilé, il s'agit là plutôt d'un accident historique, car dans le principe de publicité qui est fondamental pour les sociétés incarnant l'aufklärung il y a un potentiel d'émancipation véritable qu'il nous faut libérer pour aboutir à une (inter) subjectivité intacte¹¹* ».

Là où Weber irait devoir signaler une perte de sens, Habermas s'emploiera à découvrir un film de rationalité non exploité chez Weber. Le non exploité avec suffisance chez ce dernier lui servira à édifier sa propre théorie.

La première idée se fonde sur une impossibilité de définition pertinente de l'action, qu'elle soit individuelle ou collective en se passant du concept de sens. La deuxième est relative à la définition de l'action faciale que Weber donne de la coopération sans aller jusqu'au bout.

Pour Weber, tout acte humain ne peut être considéré comme activité. Le dormeur qui, dans son sommeil, se retourne sur le côté droit n'en a pas l'intention. Il l'a fait par réflexe, inconsciemment. Se tromper non plus n'en est plus une car on se trompe toujours involontairement.

A contrario, voter est une action car l'auteur en a l'intention avant de passer à l'acte. Il en est de même à l'occasion de prix d'Adorno qu'il venait de recevoir, de même du menteur qui sait la vérité et qui délibérément s'en passe. Le menteur sait la vérité et il sait aussi la non-vérité. C'est donc intentionnellement qu'il choisit de mentir pour tromper, faire croire à autre chose. Avec ses propres mots, Weber dit : « *nous entendons par « activité » (Handelin) un comportement humain (peu importe qu'il s'agisse d'un acte extérieur ou intime d'une omission ou d'une tolérance) quand et pour autant que l'agent ou les agents lui communiquent un sens subjectif¹²* ».

Se fondant sur le bon sens des agents, Habermas exploitera à des fins pédagogiques et normatives, les questions de Weber. Il distinguera d'abord deux actions : les actions tournées vers le succès et les actions orientées vers l'intercompréhension.

11-J. Habermas, « Interlocution et Politique : Comment la raison vient aux hommes », forum franco allemand, p.3

12- J. Habermas, « Le travail de la Raison autocritique », publié dans philagora.net, p. 2

A l'intérieur des actions tournées vers le succès, Habermas distingue deux nouveaux sous groupes : les actions instrumentales («*est instrumentale une action orientée vers le succès lorsque nous la considérons sous l'aspect de règles techniques d'action et que nous évaluons le degré d'efficacité d'une intervention dans un contexte d'états et d'évènements*») et les actions stratégiques (est stratégique «*une action orientée vers le succès, lorsque nous la considérons sous l'aspect de la poursuite de règles de choix rationnels et que nous évaluons le degré d'efficacité de l'influence prise sur les décisions d'un partenaire rationnel*¹³ »).

Le constat s'impose donc : la première catégorie d'action contient «*les faire rationnels en finalité*¹⁴» de Weber.

Incontestablement donc, l'influence de l'école de Francfort et de Max Weber auraient été déterminants dans l'apprentissage conceptuel du jeune Habermas. Après cet âge d'«*ingurgitation*», Habermas s'attellera à voir sur quelle direction orienter ses concepts.

3 - Les «avancées conceptuelles d'Habermas»

Dans bien des domaines, Habermas a marqué des avancées considérables dans la reconsidération des situations qui se posent et dans la manière de nommer les réalités.

Avancées ici nous ne l'entendons pas dans le sens d'évolution ou de progrès. Certes ce sens figure dans l'usage que nous en avons fait. Mais nous voulons surtout entendre par avancées ce que Habermas pose comme réalité ou nomination de la réalité ou substitut de la réalité.

Ces avancées sont perceptibles essentiellement dans quatre domaines que sont : la critique de l'idéologie techno-scientifique, connaissance et intérêt, l'agir communicationnel, l'idée démocratique.

Nous allons les voir une à une afin de mieux saisir en quoi Habermas a fait acquérir à la philosophie des avancées conceptuelles "indétrôlables".

a – Critique de l'idéologie techno-scientifique

Habermas se démarque très vite du pôle que les lumières ont fait jouer à la raison qui l'a détournée de ses objectifs.

13- Droit et Démocratie, p. 77

14- Voir Max Weber, Economie et Société, ou J. Habermas « Interlocution et Politique : Comment la raison vient aux hommes »

En effet à l'origine, les lumières étaient conçues comme une arme de « destruction massive » ou « arme thermonucléaire¹⁵ » vis-à-vis des mythes, des légendes, des superstitions. Mais en lieu et place d'un rôle destructeur, les lumières étalèrent vite une volonté de puissance⁴ et de contrôle de l'humanité qui la menait directement à sa perte.

Habermas pense alors que les lumières au lieu de soulager l'homme, accentuent ses peines, et ses soucis. Et les décisions, au lieu d'être affaire d'ensemble, sont simplement affaire de supposé spécialiste ou experts. Ce qui corrompt les fondements de la démocratie.

De ce constat, Habermas se propose de démystifier cette légitimation de l'absurde en appelant à un retour à la raison grecque qui instaure par la discussion. La science et la technique en tant que discours de légitimation d'un ordre illégitime sont idéologie. Et c'est cette idéologie techno-scientifique que Habermas dénonce qui a détourné la raison de ses objectifs initiaux.

b- Connaissance et Intérêt

En vertu de son fameux principe d'infalsifiabilité, Popper avait sa mesure à lui pour instaurer une hiérarchie entre les sciences. Popper considère que la scientificité d'une science se mesure à l'aune de l'exactitude des résultats qu'elle produit. Une science n'est pour lui, science que pour autant qu'elle intègre l'exactitude, la certitude dans les résultats qu'elle produit. Or l'exactitude d'une science, c'est la capacité pour cette science de faire accorder plusieurs « experts » sur ce résultat. Ce qui est exact, c'est ce qui est indiscutable, ce sur quoi il n'y a pas de doute possible. Or les sciences humaines ne sont pas en mesure de satisfaire de telles exigences. Il ne peut avoir accord dans le travail intellectuel que par exemple deux philosophes ou deux historiens ont fourni séparément sur un sujet donné. En vertu de ce handicap, Popper pensait que les sciences humaines ne sont pas scientifiques. C'est, dit quelqu'un, « *tout un courant qualifié de néopositivisme [qui] n'accorde le statut de science qu'aux mathématiques et aux sciences de la nature* ¹⁶ ».

Deux objections permettront de prendre en charge les limites de Popper dans la considération de la science. D'abord pour Habermas, dans les sciences dites « exactes » peuvent se dissimuler des préoccupations intéressées. L'invention de la géométrie a répondu à des préoccupations de propriété. Il s'agissait de délimiter les propriétés individuelles des uns et des autres et « *d'évaluer la superficie des terrains* ».

15-Expression de Jean Paul Dias, Homme politique sénégalais.

16- D'un commentateur d'Habermas

D'autre part, Habermas s'inscrit en faux contre des prétentions fort répandues qui ont fait de la physique le modèle de toute science. Selon lui en effet, rien ne justifie un tel privilège.

De là Habermas concocte une typologie de science qui se chiffre essentiellement à trois.

Ce qu'il appelle les sciences empirico-analytiques qu'il assimile aux sciences de la nature. Elles sont ainsi appelées car elles ont un fondement expérimental, mais elles acquièrent leur configuration originale dans leur formulation de types mathématiques. Du fait qu'elles incitent à la précision, « *leur intérêt est d'ordre technique*¹⁷ ».

Ensuite les sciences historico-herméneutiques que Habermas fait correspondre aux sciences humaines. Ici, c'est « *la compréhension du sens qui donne accès au fait* ¹⁸ ». Ce génie consiste en l'interprétation du sens des intentions et de leur élargissement dans la compréhension intersubjective entre les individus.

Enfin dans les sciences critiques, Habermas met tout ce qui est psychanalyse, critique des idéologies et sa théorie critique. Ces sciences exigent à émanciper en suscitant des réflexes d'autoréflexion et leur intérêt.

Habermas voit donc dans la pensée un esprit d'ouverture à d'autres temps en se passant du sien. La pensée doit sauter par-dessus son temps, son milieu pour se mêler aux affaires du monde. Ainsi, l'acte doit toujours être sous tendu par la connaissance pour se compléter.

C – l'Agir communicationnel

Dans l'œuvre d'Habermas, la théorie de l'Agir communicationnel (TAC) constitue la toile de fond de sa pensée de l'Action. En tant que régi par les phénomènes, les convictions, le monde a besoin d'une activité communicationnelle qui prend en charge l'ordonnancement, la compréhension et l'explication de tout ce qui existe et prétend se donner une existence cohérente et acceptable. La prise en charge de telles évidences n'est possible qu'en tant que ses acteurs disposent de moyens et de l'exactitude pour communiquer sur leurs conceptions, leurs convictions, et visions de service. C'est ce que dans Droit et Démocratie, il a appelé « *liberté communicationnelle* », c'est-à-dire le droit de communiquer sans contrainte ni pression sur tous les sujets qui leur interpellent directement.

17- Commentateur anonyme d'Habermas, dans le site www.Wanadoo.fr/prso.Philosophie/habermas/htm

18- Ibid

Selon Habermas « *la liberté communicationnelle n'existe qu'entre des acteurs qui, se trouvant dans une attitude performative les uns avec les autres, veulent s'entendre sur quelque chose et attendent l'un de l'autre des prises de positions sur les prétentions à la validité réciproquement émises* ¹⁹ ».

Pour aborder les questions cruciales, Habermas voit deux stratégies d'attaques qui restent compatibles soit, mais différentes dans leur substance. En effet, on peut, pour traiter de la question politique, s'adonner à une théorie de l'Etat. La finalité étant de distinguer le pouvoir légitime de l'arbitraire, ou partir d'une évocation globale des réalités sociales : ses problèmes, ses difficultés, ses forces et faiblesses et contradictions, etc.

Dans la deuxième perspective, la probabilité entre faire une théorie de l'Action, comme quand Marx parle de l'Action des prolétaires pour renverser la bourgeoisie, et se défausser sur une supposition qui veut que toute théorie soit productive d'effets dans le champ social reste ouverte. Pierre Bourdieu par exemple « *pense que mettre en évidence les structures de domination produit des effets* ²⁰ ».

Et c'est l'avis de Bourdieu qui effectivement agréé Habermas.

Selon lui en effet, la société est monde vécu et système. Le monde vécu et le lieu d'éclosion de l'action des membres de la société. Donc pour en rendre compte, faudrait-il partir « *du point de vue de celui qui agit* ». Le monde vécu, dit-il, est « *l'horizon des situations de parole et la source des opérations d'interprétation, à son tour, il ne se reproduit qu'à travers des actes de communication* ²¹ ». Le système est alors la société lorsqu'elle est observée de l'intérieur. Les actes visent à conserver la cohérence du système, sa stabilité et son harmonie. De ce fait, il est périlleux de tenir compte de l'intention et de la volonté des acteurs. Il faut s'en passer et ne tenir compte que des conséquences des actions des humains.

La conséquence qu'on peut tirer de ces remarques est que le monde vécu est régi par la communication des acteurs et le système, les conséquences de leurs actions.

Dans la considération du monde vécu, Habermas aime à partir d'une anecdote qui met en situation un vieux maçon et un jeune maçon. Pour la pause déjeuner, le vieux maçon demande au jeune d'aller lui chercher de la bière pour occuper ce moment et accompagner son repas.

19- J. Habermas, *Droit et Démocratie*, Gallimard, p. 136

20- cité dans un commentaire intitulé « Habermas » dont l'auteur de l'article n'a pas été révélé sur www.wanadoo.fr/sos.Philosophie/habermas

21- *Droit et Démocratie*, p. 36

Schématiquement voici la situation :

Domaines	Propositions	Résultats
Objectifs	- « Le débit de boissons est loin ou près (cognitive) - « On peut y aller à pied ou en voiture » instrumentale	C'est possible
Social	C'est dans l'ordre des normes qu'un vieux demande à un jeune de lui rendre un service. L'autorité du plus vieux sur le plus jeune	Possibilité pour le vieux de solliciter un tel service au jeune
Subjectif	Goût et personnalité des uns et des autres	Sans objection du genre « je n'ai pas soif »

Les résultats des tractations sont partout positifs. Autrement dit, il n'y a pas d'impossibilité et donc il y a accord. L'accord met ensemble ses trois aspects vus dans leur dimension réduite. La situation doit toujours être définie par les participants ensemble au risque de verser dans l'unilatéralisme. En cas de non-accord, il faudra repasser à la négociation et la discussion. C'est ce que Habermas entend par l'Agir communicationnel.

L'Agir communicationnel (comme nous le reverrons plus tard) permet de donner une orientation acceptable des interactions sociales, par la négociation et la renégociation de la situation.

Le concept de droits humains s'élaborera sous ses auspices ainsi que l'acceptation sémantique de la notion de démocratie.

d- Théorie de la Démocratie

C'est sous l'emprise de la théorie du pluralisme que Habermas va développer une idée démocratique qui se fonde sur la participation des citoyens au processus politique. La théorie du pluralisme s'appuyait sur un « *concept empiriste du pouvoir*²² ». C'est, en effet, nous dit Habermas, « *une vision instrumentale de la politique, selon laquelle le pouvoir politique et le pouvoir administratif ne sont que différentes formes de manifestation du pouvoir social, qui constitue, à leurs yeux, le pont reliant le modèle libéral de la démocratie (...) à la réalité empirique de la science*²³ ».

²² - *Droit et Démocratie*, Gallimard p. 357

²³- Ibid

Pour Habermas, le pouvoir social constitué directement des acteurs engagés dans le processus politique, est « *l'étalon qui permet de mesurer la faculté de faire valoir des intérêts organisés*²⁴ ».

Ce pouvoir social, c'est l'ensemble des citoyens engagés ou non engagés dans les partis politiques et les organisations privées ou publiques ou encore ceux jouissant d'une appartenance incontestable à une communauté politique mais incapable de l'assumer activement, en gros c'est l'ensemble des destinations du droit en tant que ce droit est leur.

Cette idée a été élaborée par Rousseau bien avant Habermas. Pour Rousseau en effet, on ne peut parler de démocratie que quand la vie politique est telle que les destinataires du droit se sentent aussi être ses auteurs. L'Etat n'est plus en ce moment un gouvernement et ses pouvoirs et divisions administratives. Mais, l'ensemble des citoyens qui viennent à bout de leurs difficultés par le truchement d'un règlement en commun de façon légitime.

Bien des détracteurs de la démocratie ont considéré cette idée de nos jours utopiques arguant le fait que les hommes ne sont plus maîtres de leur tout, mais les lois du marché et des entreprises.

Pour Habermas, cette discussion ou débat est pertinent dans la mesure où elle permet aux citoyens de participer. Mais il faut évoluer vers une nouvelle forme de la démocratie qui tienne non seulement compte des complexités actuelles de la société, mais aussi du rôle des médias. Les médias sont certes un pouvoir qu'il faut mettre sous contrôle, mais ils permettent une participation active en donnant la parole aux voix les plus marginales. Or, l'espace politique doit pouvoir intégrer toutes ces données. L'idée ici est un retour vers l'Agir communicationnel et la trouvaille du consensus par la négociation. Ce n'est plus simplement un retour vers l'intérêt général en citoyens vertueux, mais l'acclimatation à un modèle en vogue, celui du marché.

Pour Habermas, les « *nouvelles formes de citoyenneté* » exigent un dépassement du cadre de l'Etat Nation. Elles s'étendent à de nouveaux marchés devenus mondiaux et appellent à un développement des actions, des projets, des fins, à un échelon global, africain, européen, américain, asiatique, etc.

Ainsi, il est plus que nécessaire que les Etats s'accordent sur la façon dont ils veulent entendre les droits de l'homme. Il leur faut s'asseoir et selon les procédures légitimes dégager une entente sur les droits de l'homme.

24- Ibid

Autrement dit, il faut une « *version intersubjective des droits de l'homme* » qui manque aujourd'hui à l'humanité et les cantonnant dans une énigme conceptuelle sans commune mesure.

A – L'EVOLUTION SYSTEMIQUE DU DROIT

I– L'EVOLUTION FORMELLE

1 – Définitions préalables

Partant des soucis de nivellements entre diverses conceptions du droit, Habermas commence, comme il le dit dans Droit et Démocratie¹, par passer au travers certaines ambiguïtés fort répandues dans des traits philosophiques qui peuvent traiter du «droit » alors qu'ils parlent «des droits » ou qui parlent des droits alors qu'ils aimeraient éclairer sur le « droit ».

Quand Habermas parle de « droits » c'est à la fois au sens moral et juridique. Mais il distingue droit et morale et affirme, comme Rawls, ne s'être pas contenté d'une distinction entre justice politique et morale, même si elles se situent dans le même cadre d'exigences de validité simplement normatives.

Par « droit » Habermas dit entendre « *le droit moderne édicté qui prétend à une fondation systématique et à une interprétation et à une mise à exécution obligatoire* »². En d'autres termes, le droit pour Habermas, c'est l'édition d'une norme juridique lorsqu'elle sert à constituer un système ou encore à interpréter et mettre en exécution des décisions obligatoires.

De ce fait, le droit ne constitue pas seulement un savoir culturel, un moyen de réglementation et de partage de responsabilités. Il est aussi partie intégrante des systèmes politiques, culturels, institutionnels. « *Le droit, dit-il, est à la fois système de savoir et un système d'action. On peut le considérer aussi bien comme un texte fait de propositions et d'interprétations normatives, que comme ensemble de régulateurs d'actions* »³.

Selon Habermas, c'est ce droit que Weber avait considéré comme le droit modeste de l'état providence. En effet, Weber avait sous la sellette le droit régulateur qui s'offrait sous forme d'instruments à un législateur. En tant qu'instrument, le régulateur pouvait en user, pour venir à bout des revendications sociales, politiques, économiques, etc. Soit pour compenser une faille dans le système en vue ; soit pour élaborer des mécanismes de stabilité qui tendent à son équilibre ; soit encore en intervenant dans les trois formations des réalités. La cause d'une telle instrumentalisation du droit, Weber la situe dans le surgissement des difficultés actuelles de classes qui exigent que des préoccupations « *matérielles (soient) adressées au droit d'une part par les intéressés (notamment la classe ouvrière), d'autre part, par des idéologues de*

¹ P. 94

² Droit et Démocratie, Gallimard P. 94

³ Ibid

droit qui exigent un droit social sur la base de postulats relevant du pathos des mœurs (justice, dignité humaine)»⁴. Cette thèse de Weber repose, selon Habermas, sur les prétentions normatives du droit privé pour s'illustrer. En effet dans un souci de libéralisme, le droit privé était réputé protégé par des lois publiques⁵, l'acquisition individuelle des personnes sous contrat comme le bien, la vie, la liberté.

A l'aide de la complémentarité relationnelle entre droit et morale, Habermas tentera d'élucider les définitions formelles du droit. Provenant non d'une bâtisse normative du droit, mais d'une explication fonctionnelle, cette élucidation fait abstraction d'une conception du droit comme principe «*fondable en raison* ».

Le droit n'intègre pas la possibilité pour les participants d'engager de leur plein gré, leur responsabilité. Il se fonde sur leur libre arbitre. Il n'intègre pas en plus les relations complexes du monde vécu qui poussent les uns et les autres à reconsidérer leurs projets d'actions et de vie d'un point de vue purement extérieur. Il n'intègre pas enfin les motivations, les passions, les susceptibilités, mais les effets, ce que ces facteurs produisent comme conséquence dans la conformité de l'acte d'avec la règle.

C'est pourquoi, Habermas proposera d'emblée « *de considérer le droit comme le médecin qui permet au pouvoir fondé sur la communication de se transformer en pouvoir administratif* »⁶.

Mais une esquisse évolutive du droit permettra de comprendre ce que Habermas aimerait entendre instituer comme droit.

2 – Evolution vers la positivation du droit

Habermas ne se contente pas d'une détermination juridique à partir de procédures légitimes pour valider un droit donné. Pour mieux expliquer la positivité du droit, Habermas fait une «scientologie» du droit qui décrira son évolution progressive et celle-ci sera une tendance vers la positivité. Pour cela, il part de ce processus qui s'élargit à la fin du moyen âge et qui se termine dans ce qu'il appelle les « *grandes codifications* » du XVIIIe siècle. Selon lui, le droit romain procède du droit coutumier qui, à la lumière de spécialistes, de juristes, en subit l'influence. Le droit coutumier qui était alors le droit propre à une tribu, une tradition culturelle ; un droit par lequel une culture déterminée se régissait s'était taillé sur mesure pour répondre à certains critères. Ces critères déterminés par ces spécialistes lui permirent d'être l'arbitre, un « régisseur » du

⁴ trad. Française J Grosclaude, La sociologie du droit, Paris, PUF 1986, P. 225 voir Habermas, Droit et Morale, Seuil 1997 P. 18

⁵ Droit et morale, Seuil 1997, P 18

⁶ Droit et Démocratie, Gallimard P. 169

fonctionnement de l'économie capitaliste et en même temps d'être le bouclier de la domination bureaucrate de l'état territorial en phase de constitution. Ce processus était celui en vigueur dans les pays du *Common Law*. De ce processus d'enchevêtrement, Habermas dit retenir un point qui paraît déterminant dans l'éclairage de la philosophie du droit. En effet, la désintégration du système juridique médiéval, son inadaptation, et son inutilité face aux nouveaux défis juridiques vont tour à tour expliquer la tendance vers la « positivation » du droit.

La compréhension d'une telle stratégie est possible sous la posture de la reconsidération du droit alors en vigueur dans les traditions. En effet dans les traditions, l'organigramme législateur était tel que le droit au dessus était considéré comme sacré et son décodage nécessitait une exégèse assurée par des théologiens ou juristes experts qui jouaient ce rôle éclairé. Le cœur du système était régi par un droit édicté par « *le roi ou l'empereur, qui étaient en même temps les juges suprêmes et ce en conformité avec les traditions sacrées du droit* »⁷

Le droit coutumier était alors constitué de ces deux types de droits qui se transmettaient d'une génération à une autre. Ils constituaient ce que Marx et Engels ont appelé rapports sociaux c'est-à-dire « *une somme de force de production, un rapport avec la nature et entre les individus, créés historiquement et transmis à chaque génération par celle qui la précède, une masse de force de production, de capitaux et de circonstances qui, d'une part sont modifiés par la nouvelle génération, mais d'autre part lui dictent ses propres conditions d'existence et lui impriment un développement déterminé, un caractère sacré* »⁸. Ce droit coutumier n'était pas écrit, mais il avait force de législation. Selon Habermas, c'est le moyen âge européen qui a vu les choses, se considérer différemment. Le droit canonique de l'église catholique avait excellé le mythe de la supériorité, supériorité de droit qui avait fait atteindre un certain seuil le droit romain classique à double points de vue : technique, juridique d'une part et conceptuel de l'autre.

Mais avant la redécouverte du *Corpus Justinianum*, les orientations royales étaient toujours liées aux normes juridiques de l'empire romain.

Toutefois, d'après Habermas, « *le droit coutumier provenait de la culture juridique mixte, germano-romaine, des provinces de l'empire de l'occident et fut transmis par écrit depuis le XIIe siècle. Dans ses traits essentiels, on retrouve toutefois, la structure comme dans toutes les civilisations développées, à savoir la vision en droit sacré et droit profane* »⁹. Ce que Habermas veut dire, c'est que le droit coutumier n'est pas dépourvue d'une influence subie au niveau de tous

⁷ Droit et Morale, Seuil 1997, P. 70

⁸ Marx et Engels, *l'Idéologie Allemande*, éditions sociales, 1975, P. 17

⁹ Droit et Morale, Seuil 1997, P. 70

les temps, Etats, qui partagent les valeurs morales et juridiques de base. Provenant des cultures mixtes déterminées, le droit coutumier était tel qu'il ne pouvait se passer des fondamentaux de ces cultures, mais en intégrant à chaque fois des données normatives nouvelles. Ainsi se scellent, subtilement peut être, les premières esquisses d'une évolution du droit qui n'était alors qu'une norme propre à une culture, vers la possibilité partagée par une multitude de critères. Mais ce droit coutumier, intégrant aussi dans ses normes régulatrices le religieux ou l'impliquant, était comme subdivisé en deux sections : le droit sacré d'une part qui s'occupe des questions religieuses et le droit profane qui gère les actualités temporelles ou « césariennes ».

Pour Habermas, le droit sacré était le fait des religions universelles. Son action était limitée à circonscrire leur champ cosmique dans un ordre religieux déterminé. Ce droit divin qui structure ces questions religieuses, Habermas dit qu'il « *n'est pas à la disposition du souverain politique* »¹⁰. Mais dans la gestion de ses différentes fonctions, le souverain le considère plutôt comme un moyen par lequel il accentue sa légitimation à l'intérieur du cadre de l'Etat. Selon Habermas, c'est le contexte dans lequel Max Weber parle du « *double règne de la domination traditionnelle* ». Double règne en ce sens que le souverain s'arroge de droits considérés comme un seul : à savoir le droit sacré et le droit profane dans le droit coutumier.

Cette forme de droit a un caractère traditionnel dans la mesure où il acquiert sa légitimité dans les consciences institutionnelles en quête perpétuelle de repères. De ce fait, en même temps qu'il appartient au passé, ce droit s'actualise en empruntant sa validité au droit naturel à l'origine divine. Toute édicition d'un nouveau droit engendre alors deux postures de position conservatrice.

Dans la première position, des correctifs sont apportés au droit traditionnel en vigueur. Il s'agit de déceler ses forces et faiblesses afin de maintenir celles-là et de perfectionner celles-ci. Cependant, pour Habermas, la compréhension d'une forme de droit était déjà énigmatique dans la mesure où d'une part le juge suprême est soumis au droit sacré. Sinon, il n'aurait aucun moyen de le faire appliquer. Ensuite, la garantie du maintien de sa légitimité exige du prince qu'il utilise le droit à son profit. Comment alors se sentir concerner par l'obéissance à un droit supposé transcendant tout en l'utilisant pour maintenir une légitimité ?

C'est que selon Habermas « *le droit en tant que moyen d'exercer bureaucratiquement la domination ne peut, de ce côté, remplir ses fonctions qu'aussi longtemps que, de l'autre côté, il conserve en même temps, sous la*

¹⁰ Droit et Morale, Seuil 1997, P. 79

forme de traditions juridiques sacrées, un caractère non instrumental, autrement dit indisponible, que le souverain doit respecter dans le cadre de son exercice de la justice »¹¹.

Ce que pose Habermas, c'est le problème de l'indisponibilité du droit d'une part et celui de son instrumentalisation de l'autre. Le caractère d'indisponibilité du droit se pose dans le règlement des conflits, des désaccords devant les juridictions alors que l'instrumentalisation réside dans le fait qu'il ne soit entre les mains du législateur que comme moyen de domination du peuple. C'est là, pense Habermas, que réside la tension non résolue. Toutefois, elle reste imperceptible tant que les fondements sacrés du droit ne sont pas foulés au pied et que ce qui donne un sens au droit coutumier soit toujours sensé dans les activités quotidiennes.

Les questions que se pose Habermas dans Droit et morale¹² sont de savoir « *comment le droit politique qui est soumis à des transformations arbitraires peut-il avoir une autorité disposant d'une force d'obligation comparable à celle de droit sacré d'autrefois dont nul ne pouvait disposer ? Le droit sacré conserve-t-il encore un caractère obligatoire dès lors qu'il ne peut plus, comme le pouvait le droit souverain bureaucratique dans le système de droit traditionnel, emprunter son mode de validité à un droit antérieur ou supérieur ?* ».

C'est le positivisme qui permettra à Habermas de tirer les équivoques. Selon le courant de pensée positiviste en effet, il faut faire de telle sorte que le droit se déporte de ses prétentions normatives pour ne conserver que sa forme instrumentale. Ce faisant, il ne serait qu'un commandement de prince. Une telle vue faisait disparaître en même temps le caractère d'indisponibilité.

Une autre conception retient que le rôle de règlement des conflits du droit ne peut prospérer que lorsque les lois continuent de remplir des fonctions normatives. Mais selon Kelsen, cet aspect du droit concerne plus la forme de droit positif que le contenu du droit rationnel.

Ainsi, un environnement juridique sans politique ni morale « *dont la justice est le cœur institutionnel* » est l'environnement où le droit peut garder sa forme et son autonomie.

Selon Habermas, cette considération est en contradiction avec les racines historiques du droit moderne et du droit traditionnel. En effet, les sciences sociales notamment l'anthropologie avance le primat de la naissance d'une domination politique ou d'une domination organisée sous forme étatique alors

¹¹ Droit et Morale, Seuil, P. 79

¹² Ibid

que le droit reconnu dans l'Etat dérive de la forme de la domination politique. Et pour diverses raisons, il paraît impossible de faire séparer le droit de la politique entièrement car on intègre totalement la politique dans le droit. Et puis, plusieurs mécanismes de la conscience morale ont permis de néantiser le facteur déterminant que constitue cette conscience dans la réalisation de la symbiose entre droit et politique. C'est pourquoi, Habermas pense que « *la conscience morale joue un rôle analogue dans le passage du droit traditionnel au droit positif profane, garantie par le monopole étatique de la force et mis à la disposition du législateur politique* »¹³.

Ce que Habermas pose à travers la conscience morale, c'est la question de la capacité des personnes vivant dans un état à contracter leur ambition pour un projet idéal de vie commun. Dans la mesure où chacun fait abstraction de ses projets personnels pour le bien de tout le monde, l'homme se présente à ses yeux comme un sujet moral; sujet moral en tant que sachant répondre à des questions procédurales pratiques de légitimation propre à instituer un ordre légitime. C'est ce fait qu'on peut appeler « contrat social » avec Rousseau ; c'est-à-dire convention entre citoyens de respecter tel ordre dont chacun a contribué à l'institutionnalisation en tant que tout.

D'après Habermas, dans la mesure où l'idée de contrat social, qui se reconnaît dans les consciences morales des sujets, introduit une procédure qui justifie la pertinence et l'urgence de l'institutionnalisation de tels principes, « *le droit positif dépend de tels principes moraux* »¹⁴.

A la place du droit rationnel et métaphysique, selon Habermas, Kant s'était proposé de reconstituer la ruine en procédant tout simplement à la substitution par le droit rationnel fondé sur l'un des principes rationnels. Le droit rationnel subtilisé se trouve alors évalué pour ne plus se contenter d'un rôle médiateur ; mais passe pour fondateur des équilibres dans la gestion des programmes. Alors, selon Habermas, on assiste à une éclipse par des Res publica noumenon fondée sur la raison des pouvoirs étatiques traditionnels¹⁵ ; respublica censée se refléter dans la Res publica phaenomenon. C'est ainsi que, dit Habermas, « *en tant que réalisation de principes du droit rationnel, le droit devenu positif obéit lui-même encore aux impératifs de la raison* ». Une compréhension des rapports droit naturel et droit rationnel permettra de mieux faire éclore cette évolution du droit traditionnel vers la positivité.

3 – Droit Naturel et Droit rationnel

¹³ Droit et morale, Seuil 1997, P. 74

¹⁴ Ibid

¹⁵ Droit et morale, Seuil 1997, P. 82

Dans l'approche définitionnelle du concept de droit naturel, deux courants ont principalement marqué dans les réflexions ayant jaloné l'histoire de la philosophie. Le premier courant était incarné par Cicéron et les classiques, et le second par Spinoza et autres ayant fait de la puissance, le manteau de la signification du droit naturel.

En effet, à l'époque classique, Cicéron et les philosophes définissaient le droit naturel comme la vie conforme à l'essence. Selon eux, le droit naturel c'est la vie conforme à l'essence de l'individu lorsqu'il vit en société. L'essence de l'homme pour eux, c'est d'être un animal raisonnable. En d'autres termes, pour les classiques, à l'état de nature, l'homme se réfère à des normes sociales, il vit conformément à la raison.

Une conception moderne du droit naturel au XVIIe siècle en prendra le contre pied sous la tutelle de Spinoza et de Hobbes. En effet, selon eux à l'état de nature, l'homme ne saurait être qualifié de rationnel. L'état de nature est un état de guerre et le droit naturel se définit en termes de puissance, de force. A l'état de nature, selon eux, il n'y a aucune législation et l'homme vit selon ses désirs, ses passions, ses intentions.

Spinoza dira que *«le droit naturel doit être défini non par la raison, mais par tout appétit qui les [les hommes] détermine à agir et par lequel ils s'efforcent de conserver»*¹⁶. Mais selon Habermas, l'opposition dans ces deux formes de conceptions du droit naturel n'est pas simplement formelle ou de surface. Il dénote d'une *«confusion organique»*¹⁷ qui résulte d'un défaut d'appellation. Selon lui en effet, ce que les classiques appellent droit naturel c'est tout simplement l'expression rationnelle du droit née d'une intersubjectivité moralement fondée. C'est pourquoi il serait plus indiqué de dire droit rationnel à la place de droit naturel. Mais cette conception du droit rationnel n'englobe généralement pas tous les contours définitionnels du droit rationnel.

Quant à la seconde conception, Habermas dira être intéressé par Hobbes pour une simple pertinence insolite : *«le fait que le droit soit modifiable à volonté»*¹⁸.

Quand des auteurs comme Kant semblent se cantonner sur une conception fermée du droit qui fait que toute possibilité de nouvelle justification soit impossible, Habermas dira qu'ils sont fascinés, passionnés; mais le droit, pour des raisons de génération, peut être d'inadéquation ne saurait s'enfermer sur une

¹⁶ Spinoza, *Traité politique*, P. 16

¹⁷ Expression de Louis Althusser dans *lire le Capital*. Tome I P. 20

¹⁸ *Droit et morale*, Seuil 1997, P. 89

seule conception définitive. Il doit s'ouvrir à d'autres nouvelles pistes de validité qui puissent à termes emprunter « *des routes goudronnées* ».

Expliquant Hobbes, Habermas dit avoir décelé une contradiction interne entre le fonctionnement amoral du droit, ce qu'il a tenu pour un droit positif, et le vide pragmatique que sa théorie doit jouer en offrant aux citoyens, résolus à vivre en commun, de bonnes raisons de se décider à être à l'obéissance exclusive du pouvoir absolu.

En effet, selon Habermas, les fondements de l'explication du droit de Hobbes épluchent le droit positif et le droit politique de leurs connotations morales dans la mesure où le droit fondé sur le bon vouloir personnel de l'individu ne saurait intégrer les principes de la discussion ou de la communication inhérente à toute rationalisation du droit. Etant entendu que ces principes continuent à offrir pragmatiquement au droit considéré comme positif son aspect moral. De là Habermas verra Hobbes s'embourber dans une « *confusion performative* », selon son expression.

L'explication implicite des suppositions normatives de Hobbes sera assurée par Kant qui, développant sa théorie du droit, l'intégrera dans le cadre d'une théorie morale. En effet, il intégrera l'impératif catégorique, pour mieux dégager le principe général du droit objectivement inhérent à toute législation. La législation étant le point culminant de toute détermination politique individuelle ou collective, donnera à son tour « *le droit subjectif originel de tout un chacun, qui consiste à obliger tout autre sujet de droit à respecter la liberté pour autant qu'elle s'accommode avec une égale liberté de tous sous des lois universelles* »¹⁹.

Selon Habermas « *si pour Hobbes, le droit positif est en dernière instance un moyen d'organisation de la domination politique, il conserve pour Kant un caractère essentiellement moral* »²⁰.

D'après Habermas donc, les rapports entre droit naturel et le droit rationnel se posent en termes de l'autoconservation des citoyens d'une part et du système d'autre part. En effet, le droit naturel, fondé sur des principes individuels de participation à la marche des systèmes, se heurte à la contingence d'une application rationnelle du bon vouloir du sujet. En tant que sujet individuel, les participants au système, bien qu'ayant des motivations objectivement normatives, ne sauraient, par cette simple volonté, manifester une réelle aptitude à la moralisation du mécanisme. En voulant même le rendre moral, ils pourraient, par un coup de pouce inconscient, verser dans l'immoral dans la mesure où des motivations personnelles sont strictement individuelles et

¹⁹ *Droit et morale*, Seuil 1997, P. 89.

²⁰ *Ibid.*

ne sont aucunement collectives. C'est à ce niveau, selon Habermas, que le droit rationnel intervenait pour réagir à la possible désintégration du système par divers tiraillements d'ordre subjectifs. «*Le droit rationnel réagit à la désintégration du droit naturel fondé sur la religion et la métaphysique, ainsi qu'à la démoralisation d'une politique de plus en plus interprétée dans un sens naturaliste et désormais fondée sur l'intérêt de l'autoconservation* »²¹.

Mais selon Habermas, la substance du droit rationnel réside dans la manière de légiférer entre la volonté politique des citoyens et toute tendance du pouvoir politique à enlever ce signe de souveraineté au peuple. Le droit rationnel sera alors une synthèse de la raison pratique Kantienne et de la volonté souveraine. C'est ce que Habermas explique : «*La clé du droit rationnel qui opère avec l'idéal rousseauiste et Kantienne de l'autodétermination est une association de la raison pratique et de la volonté souveraine, qui enlève au pouvoir politique tout aspect purement spontané, en ramenant l'exercice de ce pouvoir à celui de l'autonomie politique des citoyens* »²².

II- SYSTEME JURIDIQUE ET L'AUTONOMIE SYSTEMIQUE DU DROIT

Pour désigner la communication, toutes les communications fondées sur le droit, Habermas utilise le concept de système juridique. Une communication en tant que fondement de la détermination politique des citoyens et du bien fondé des liens sociaux qui unissent les sujets politiques ne peut-être efficace que dans la mesure où elle se fonde sur le droit. Une communication, c'est l'interaction, mais une interaction qui met en branle le langage. Or le langage comme expression de la libre volonté des sujets, leurs désirs et passions, pour être collectivement bénéfique, doit avoir d'un coup de pouce rationnel. Ce coup de pouce qui en sert aussi de principe est assuré par le droit en tant que principe moteur et fondement de toute détermination communicationnelle. En d'autres termes, toutes les procédures intégrées dans la législation socio-politique et économique des sujets en tant qu'elles déterminent les limites et fixent les règles de l'intersubjectivité est ce que Habermas appelle système juridique.

En conséquence donc, le système juridique ne devrait pas être exclusivement déterminé par le code juridique hérité du droit positif. Le système juridique, c'est l'ensemble de tous les procédés normatifs implicites ou explicites pourvu qu'ils visent à auto-réguler les interactions sociales. Dans son ensemble, dira Habermas, le système juridique «*comprend toutes les communications fondées sur le droit* »¹.

²¹ Droit et Morale, Ibid.

²² Droit et Démocratie, Gallimard, 1997, P. 209

¹ Droit et Démocratie, Gallimard 1997, P. 63

Il est heureux alors de constater, au passage, qu'Habermas entend par système juridique, le système des droits c'est-à-dire l'ensemble des droits qui interviennent dans la législation sociale avec chacun sa spécificité. Ce système est par excellence le tout, dont le peuple a besoin pour réguler un aspect de la vie religieuse, économique et socio-politique. C'est la source d'où chaque sujet tire son ravitaillement pour s'autodéterminer socialement dans la vie publique.

En tant que tout, le système juridique prévoit, dans le processus de législation sociale, tous les cas de figures qui peuvent se poser aux sujets dans leurs actes d'autodétermination. Pour trouver une réponse à une question religieuse, les sujets n'ont pas besoin de faire appel à des réponses extérieures au système juridique; étant entendu que ce dernier contient des principes des réponses consacrées à ces questions à travers le droit sacré. Il en est de même pour toutes les autres formes de questions juridiques qui peuvent se poser. En d'autres termes, pour chaque question donnée, le système trouve en son sein les possibilités d'y apporter une réponse. C'est ce qu'il appelle l'autonomie systémique du droit, c'est-à-dire le droit en tant que capable, dans la réalité des principes juridiques qu'il recèle, de se réguler sans apport extérieur.

Selon Habermas, Luhman aborde le droit sous la facette d'un système de ce genre et montrera comment on peut en faire usage pour des visées critiques.

Luhman explique, d'un point de vue pratique et fonctionnaliste, l'apparition de droit sous la houlette d'une pratique normative comme un principe provenant de mécanismes factuels de la maintenance auto-rejetée en acte dans le sous-système. C'est pourquoi Habermas dégagera la théorie systématique du droit selon trois volets :

Nature / Proposition	Moyens	A terme
Qualité déontologique des normes juridiques	Réinterprétation	Contribuer à l'analyse purement fonctionnelle
Conception positiviste du droit	Traduction en termes fonctionnalistes dans le modèle de système différencié	Totalement autonome
Légitimité par la légalité	Explication illusoire pour stabiliser les attentes et le système	Illusion nécessaire pour maintenir le code juridique et dissiper par le code juridique lui-même

D'après Habermas, les attentes de comportement normativement reconnues dans l'autolégislation sociale se départent de leur caractère déontologique et obligatoire. Pour ce faire, il rend flexible et il ne supprime pas complètement tous les mécanismes de contrôle et d'obligation qui font que les

sujets se sentent obliger de faire quelque chose, de se comporter de telle ou telle manière au risque d'être sanctionné. Il développera une théorie simpliste qui voudrait que ce fait soit pris non pour acquis comportemental normatif, mais pour principe d'apprentissage, dont la base ne sera pas une autorisation mais un pronostic. Il en résulte, d'après Habermas, que *« suivant cette lecture, les normes ne peuvent stabiliser les attentes et les immuniser contre des déceptions qu'au prix d'un déficit cognitif »*².

Habermas voit les attentes normatives dans une telle posture comme des attentes cognitives dogmatisées, « réfutées » uniquement pour se refuser la peine d'apprendre. Or cela ne peut constituer un alibi contre l'adaptation au système dans la mesure où le refus de ne pas s'adapter à un système est un risque au cas où on ne dispose pas d'une autorité particulière où certains privilèges permettant de les dissiper ; ceci dans la possibilité de son institutionnalisation étatique. C'est pourquoi Habermas dira que *« plus les sociétés deviennent complexes, plus le système juridique est à son tour contraint de changer »*³.

Décrivant dans un deuxième temps, *« le droit positif comme une combinaison intelligente d'un refus d'apprendre »*⁴, Luhman se bornera à expliciter comment le droit acquiert sa différenciation. Selon lui, en effet, la différenciation du droit s'effectue grâce d'une part, à son complet détachement des normes sociales qui n'ont rien à voir avec le droit ou qui sont fondées sur le droit rationnel, et de l'autre si le droit se rend capable de s'extirper complètement ou de s'éloigner de la politique et alors de la législation et de l'administration.

Il se pose ainsi comme une manière de s'autodéterminer fonctionnellement sans faire usage de l'extérieur qu'en cas de sollicitation pratique.

Habermas pense que *« le système juridique n'acquiert ce type d'autonomie systémique qu'au prix du paradoxe qui caractérise aussi la règle de la reconnaissance (rule of recognition) de Kant. En effet, ce qui, vu de l'extérieur, est un fait social, une qualité émergente ou encore une pratique habituelle, en tout cas un phénomène contingent, doit pouvoir être reconnu, de l'extérieur, comme un critère convaincant de validité »*⁵.

Habermas pose le système juridique sous forme de cercle dans lequel les mécanismes juridiques sont autonomes les uns des autres, mais d'où toute acquisition du statut de droit dénote de développements de moyens de

² Droit et Morale, Seuil 97, P. 60

³ Droit et Morale, P. 69

⁴ Ibid

⁵ Droit et Morale, Seuil, P. 69

législation qui tiennent compte des procédures légitimes d'institutionnalisation. L'édification de ce type de droit fait appel à des raisons légitimantes qui excluent toute intervention de principes extra juridiques déjà en vigueur. Selon Habermas, la validité du droit peut s'acquérir selon des procédures légitimes, mais pour les besoins de la réalisation de cette procédure, la fiction d'un droit qui modèle la procédure à respecter est importante.

Selon Habermas, Luhman est pertinent en proposant une méthode procédurale de législation du droit à savoir la législation par la procédure. Cette proposition est pertinente en ce sens qu'elle pose que le droit doit s'extraire ou se passer de toutes les questions relatives à l'humanisme car comme le dit Rousseau « *l'homme est humain, trop humain* ». Dans l'usage de la légitimation par la procédure, les velléités d'intérêts qui engendrent les conflits, les déceptions sont absorbées par des mécanismes inhérents à l'institutionnalisation du droit. Pendant une procédure, les points de vue conflictuels, les positions qui peuvent chambouler le déroulement équitable ainsi que les avis irrationnels, c'est-à-dire non fondés en raison sont dépouillés de leurs maladrotes et les sujets qui tiennent à faire prospérer de telles incrédulités sont mis en quarantaine (nous y reviendrons dans la quatrième partie de notre travail).

D'après Habermas donc, « *le concept d'autonomie systématique a également une valeur critique* »⁶. Pour l'expliquer, Habermas rappelle les thèses de Max Weber sur la déformalisation du droit. En effet, pour ce dernier, le refus d'une instrumentalisation du droit est le seul gage de son autonomie et de son efficacité. Cette instrumentalisation survient lorsque le droit est médiatiquement mis en avant pour défendre des positions politiques ficelées a priori. C'est le danger d'une médiatisation du droit dénoncé par Niklas Luhman comme une entorse à la noblesse de son autonomie. « *L'autonomie du système juridique tient entièrement à sa capacité à se réguler lui-même réflexivement et à se délimiter par rapport à la politique et à la morale* »⁷. C'est la raison pour laquelle, pour définir et déterminer le rôle du droit en face de l'argent et du pouvoir, Luhman ressuscita la rationalité wébérienne qui, selon lui, est inhérente à la forme du droit.

Pour donner plus de contenu significatif à l'autonomie systématique du droit, même analytique, Habermas pense qu'il faut préciser le principe structurant qui caractérise le droit. Cette précision permettrait de faire le départ entre ce que le droit est dans les systèmes juridiques, de déterminer son rôle dans ce système et de montrer comment les données s'imbriquent les unes dans les autres dans ce système.

⁶ Droit et Morale, P. 64.

⁷ Droit et Morale, P. 64

C'est ainsi que Luhman postulera un retour sans faille à la rationalité wébérienne pour extraire les impertinences du système et renforcer sa crédibilité devant les sujets qui aimeraient en faire appel pour réguler des différends.

Avec Weber et Forsthoff, Luhman montrera que la forme du droit, bien qu'abstraite et conditionnelle c'est-à-dire qu'elle ne permette de fixer aucune évidence normative, était tout de même partie intégrante du système. Surpris par les aspects que le système intègre de nos jours, Luhman peine à expliquer le sens et la portée de la détermination du droit matériel et du droit effectif, autrement dit, il ne « *peut plus réduire ce droit matériel et le droit réflexif à de simples déviations* »⁸. C'est ce qui explique, d'après Habermas, que Luhman ait différencié le code juridique des programmes juridiques afin de permettre à ce code l'autonomie du système juridique et ne se fonder que sur le code juridique exclusif, différencié, tout en prenant le soin de préciser que le code n'a de fonction que de permettre de faire le départ entre ce qui est légal et ce qui est illégal.

Selon Habermas, la théorie Luhmanienne subit la fronde de détracteurs proferée notamment par les écoles réalistes du droit. Selon les critiques de ces derniers, le système juridique n'est pas aussi autonome que tient à l'admettre Nicklas Luhman. Cela tient au fait exclusif qu'aucune garantie ne peut être assurée par le système juridique vis-à-vis des arguments qui ne s'originent pas dans le droit mais qui y « *sont rattachés à des textes de lois et traduits dans le langage du droit positif* »⁹. Luhman confirme cette position pourtant en disant que « *le système du droit acquiert sa fermeture opératoire grâce au fait qu'il est codé par la différence entre le légal et l'illégal et qu'aucun autre système n'est régi par ce code là. Le codage binaire du système juridique génère la certitude que lorsqu'on est dans son bon droit, on est dans son bon droit, et donc on n'est pas dans son tort* »¹⁰. En d'autres termes, Luhman dit que lorsque le sujet pose un acte, c'est en vertu des principes de la légalité et de l'illégalité qui ne sont pas des principes juridiques forcément écrits, mais légitime en vertu de leurs fondations légales assurées par le fait que chaque être rationnel est en mesure de confirmer ses intentions, actions et actes sur des principes légitimés du milieu. Ces principes pourront soit être explicites ou implicites, pourvu que chaque sujet soit en mesure de s'y conformer. Les critiques venant des positivistes, selon Habermas, visent à montrer que le droit arrive à des termes où il lui est impossible de recourir à des principes politiques et moraux pour se valider ou s'authentifier. Or, une telle objection proferée de Fuller à Dworkin et de Kelsen à Hart tient à montrer que le code du droit reste toujours sous l'influence d'apports extérieurs provenant principalement de la morale et de la politique. De ce fait, le système du droit garde une fenêtre ouverte où peuvent passer d'autres

⁸ Ibid.

⁹ Droit et Morale, P. 68

¹⁰ Nicklas Luhman cité par Habermas dans Droit et Morale.

valeurs pertinentes pour son efficacité. C'est ainsi qu'Habermas conclut Luhman en disant que *même lorsqu'il dispose d'un répondant empirique, le concept d'autonomie systématique ne saisit pas l'intuition normative que nous associons à l'autonomie du droit.*

Une étude des origines parallèles du droit subjectif et des droits objectifs nous permettra de mieux circonscrire la portée du système du droit.

2 - Co-originarité des droits subjectifs et des droits objectifs

Le système des droits reste dominé par la tension entre factualité et validité qui caractérisent le système juridique dans son intégralité (nous y reviendrons). Le droit moderne constitue un système de savoir et un système d'action dont le rôle moteur est assuré par les droits subjectifs.

En effet, par « droit » Habermas dit entendre « *le droit moderne édicté qui prétend à la fois à une fondation systématique et à une interprétation et à une mise en exécution obligatoire* »¹¹. En d'autres termes, le droit n'est pas qu'un savoir culturel, politique, économique destiné à normaliser les rapports dans ces genres de milieux. Il est en même temps une participation importante qui compose le système dans les institutions sociales.

Selon lui, le concept de droit subjectif correspond à celui de liberté d'actions subjectives. Les droits subjectifs (rights en anglais) permettent de déterminer les limites d'action des citoyens dans un cadre régulé normativement. Ils permettent de montrer au sujet les limites et les frontières de l'affirmation libre de sa volonté. Et selon Habermas, ils « *définissent d'égales libertés d'action pour tout individu ou sujet de droit en tant qu'il est compris comme porteur de droit* »¹². *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 stipule que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux membres de la société la puissance de ces mêmes droits ; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».*

Selon Habermas, c'est là une obsession à laquelle Kant tient. En effet, Kant s'est évertué à montrer comment la liberté individuelle doit tenir compte de la liberté de tous selon des principes universels qui tiennent force de lois. Selon Kant, le principe universel du droit n'est applicable que lorsque toute action individuelle tienne compte de son souci de conformité avec la coexistence de la liberté et de l'arbitre de chacun. C'est encore, selon Habermas, ce que véhicule Rawls lorsqu'il pose son premier principe de la justice : « *chacun doit avoir un*

¹¹ Droit et Démocratie, Gallimard 1997, P. 94

¹² Droit et démocratie, P. 97

droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatibles avec un même système pour tous »¹³.

La doctrine du droit civil allemand sert de support à Habermas pour l'explication de l'influence de ce droit subjectif fondé sur les libertés individuelles exercées par la philosophie idéaliste du droit. Parmi les adeptes d'une telle philosophie, Savigny qui posait l'autorité du droit dans le fait qu'il garantit « *le pouvoir qui revient à la personne individuelle : un domaine où sa volonté règne et règne avec notre accord* »¹⁴. L'intérêt de cette position de Savigny réside dans la connexion qu'il établit entre les droits subjectifs en tant que les libertés individuelles, dans leur reconnaissance intersubjective par les sujets du droit. Savigny semble catégorique sur la suite de sa thèse lorsqu'il explique la valeur intrinsèque accordée au droit privé. Selon lui, le droit subjectif n'est légitime que pour autant qu'il assure per se l'inviolabilité de la personne en tant que son libre exercice de sa volonté est garanti dans « *un domaine individuel où régner de manière indépendante* ».

A la suite de Savigny, Putcha concevra aussi le droit comme essentiellement un droit subjectif. « *Le droit est la reconnaissance de la liberté qui est due, de manière égale, aux hommes en tant qu'ils sont les sujets ayant la faculté de vouloir* »¹⁵. Cette conception pose deux problèmes fondamentaux intéressants dans la perspective d'Habermas. D'abord en posant le droit comme reconnaissance de liberté, il rectifie quelques questions de l'intersubjectivité en tant que fondement moral de tout ce qui est tenu pour légitime. Ensuite, il pose les droits subjectifs comme des droits négatifs qui, en tant qu'ils régulent la détermination individuelle des sujets, peut les dissuader de toutes aspirations égoïstes de destruction, d'attentat à la vie et à la propriété. Dans ce cadre, l'autonomie privée de chaque citoyen est assurée par cette reconnaissance intersubjective.

Bien à la suite de Putcha, Ihering, se fondant sur le concept d'utilité, interprétera le droit en fonction des intérêts qu'il peut générer dans les systèmes sociaux. En effet, selon Ihering, le « suc » du droit ne serait pas la volonté, mais l'utilité. « *Le droit subjectif est conceptuellement un pouvoir juridique, dit-il, qui est conféré à l'individu par l'ordre juridique, un moyen de satisfaire selon ses fins des intérêts humains* »¹⁶. En d'autres termes pour Ihering, le droit ne peut être équitablement édicté que pour autant qu'il intègre les intérêts des sujets. La réticence des sujets à l'égard de droits qui ne serait qu'un cerbère « *pour garder le temple* » peut paraître irréel dans les esprits des sujets. Mais intégrant les

¹³ John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, éd. Du Seuil, 1987, P. 91

¹⁴ F. C Savigny cité par Habermas dans *Droit et Démocratie*, P. 100.

¹⁵ Cité par Habermas dans *Droit et Démocratie*, p. 100.

¹⁶ Cité par Habermas dans *Droit et Démocratie*, p. 100.

vellités d'intérêts qui font que chacun trouve son compte dans le droit, ce droit se donne à chacun comme il se donne à tous.

Puis Hans Kelsen suggéra une définition du droit subjectif comme « *intérêt garanti par le droit objectif* »¹⁷. En même temps, selon Habermas, Kelsen épluchera le droit objectif de ses connotations instrumentales tel que proposé par Thon qui posait une conception de droit objectif selon laquelle, c'est dans le commandement qu'il faut chercher et trouver la source de la validité juridique. Selon Kelsen en effet, l'autorisation faite à quelqu'un de passer un acte lui donne, en même tant que le droit subjectif, la possibilité de les valider normativement. « *Les propositions de droit établissent des libertés d'action qui sont exigées par devoir* »¹⁸. Toutefois, ce n'est pas dans une perspective d'anthologie qu'il faut comprendre ce « *devoir être* », selon Habermas, mais dans une posture empirique qui voudrait que les normes pénales et le droit édictés par le législateur soient une preuve de la validité de la liberté d'actions du sujet. Lisons Michelman qui nous explique en ces termes comment on peut envisager, d'emblée, une co-originarité des droits subjectifs et des droits objectifs.

*« Un droit, après tout, n'est ni un fusil ni un one-man show. C'est une relation et une pratique sociale, et sous l'un et l'autre de ces aspects, il s'agit d'une expression de connexité. Les droits sont des propositions publiques incluant des obligations envers les autres mais aussi des exigences légitimes à faire valoir contre eux. En apparence, du moins, ils sont une forme de coopération sociale, cela ne fait aucun doute et, en dernière analyse, ils restent quoi qu'il en soit une forme de coopération »*¹⁹.

Les droits subjectifs, selon Habermas, se pose seulement comme un extrême de deux bouts. L'un des bouts ne peut être affirmé sans dire implicitement l'autre. Entre les droits subjectifs et les droits objectifs, c'est comme qui passe par les droits subjectifs pour exprimer l'intervention et le domaine d'action des droits objectifs.

En effet, dans l'ordre social, « *les droits subjectifs selon Habermas, ne se réfèrent pas à des individus atomistiques et aliénés se dressant dans un esprit possessif les uns contre les autres* »²⁰. En d'autres termes, si on peut parler de droits subjectifs, c'est pour autant qu'ils incluent d'autres sujets dotés de ces mêmes droits dans le champ social. En ce sens qu'il contient des éléments du système juridique, les droits subjectifs apparaissent aux yeux des sujets comme moyen d'ouverture des uns et des autres en vue de la collaboration pour une reconnaissance juridique des sociétaires libres et égaux. Cette reconnaissance

¹⁷ *Droit et Démocratie*, Gallimard, 1997, p. 101

¹⁸ Ibid.

¹⁹ F. Michelman « justification and the justifiability of law in a contradictory world » 1986, p. 79, sg, cit p. 91

²⁰ *Droit et Démocratie*, Gallimard, 1997, p. 104

mutuelle est constitutive d'un ordre juridique dont se déduisent des droits subjectifs exigibles. C'est en ce sens, selon Habermas qu'on peut parler d'une co-originalité des droits subjectifs et du droit objectif. Et Habermas dit « *qu'on se méprenne, à vrai dire, lorsqu'on comprend le droit objectif dans une optique étatique car il ne peut que procéder des droits que les sujets se concertent mutuellement* »²¹. En d'autres termes, le droit objectif, c'est le droit que les sujets décident de contracter pour auto-réguler le mécanisme de fonctionnement social. En tant que les droits subjectifs décident du champ d'intervention des sujets et fixent leurs limites d'action, le droit objectif s'institue dans ce processus d'une volonté de faire et de bon vouloir communs. Ce droit objectif donc co-origine avec les droits subjectifs. En posant le droit moderne comme social, Habermas vise à rendre plus valide l'institutionnalisation du droit objectif sous les auspices de cette connexion juridique droits subjectifs et droits objectifs.

Toutefois cette co-originaireté, selon Habermas, ne figure pas une égalité de fait dans les domaines d'intervention des droits subjectifs et des droits objectifs. Mieux, Habermas pense, en expliquant le développement factuel du droit, que « *les droits subjectifs étaient secondaires par rapport au droit objectif et ne pouvaient nullement offrir la base conceptuelle au système du droit fixé dans son ensemble* »²².

En abordant la question relative au formalisme du droit moderne, nous éluciderons davantage cette « aporie » conceptuelle.

3 – Formalisme du droit moderne

Dans Droit et Démocratie, Habermas ouvre sa thèse, sur l'explication du droit en tant que système, par la définition du concept de droit. En effet, dans le terme droit, Habermas dit récuser toutes les théories du droit fondées sur une édicition juridique partielle. L'édicition partielle du droit est celle mise sur pied pour satisfaire un besoin individuel, un intérêt particulier selon des procédures irrégulières. C'est ce qui fend le système de droits en diverses conceptions de droit.

Parlant de droit, Habermas dit n'entendre que le droit moderne qui s'édifie selon des procédures communicationnelles régulières fondées sur la participation de tous et de chacun. Le droit n'est pas, pour Habermas, une norme décrétée unilatéralement ou de manière cloisonnée pour des prétentions normatives communes. La justesse communicationnelle inhérente à l'usage rationnel du langage grâce à une participation est ce qui produit le droit moderne. Cette édicition nécessite alors une mobilisation et requiert un fort

²¹ Ibid.

²² Droit et Morale, Seuil, p. 64.

potentiel de rationalité du langage. En conséquence, édicté de manière commune, le droit moderne prétend combler le gap qui sépare les ordres communs socio-politiques qui, à eux seuls, ne disposent pas de suffisamment de moyens pour venir à bout des discussions sociales et réaliser normativement, l'intégration sociale, politique, voire même économique. Il trouve alors sa légitimité dans les procédures rationnelles et sa base de validité nécessaire pour une régulation sociale efficace.

Habermas posera pour une fois l'idée de société civile qui se fonde sur le mécanisme de régulation du monde vécu et du système fonctionnellement autonome. La société civile ne se pose pas sous forme de prises de positions politiques qui prennent des allures d'appréciations et de critiques des failles sociales dans la gestion des gouvernants. Elle est l'ensemble des citoyens qui participent, selon des procédures légitimes, au processus de fondation et d'édiction du droit.

Contrairement donc à une idée répandue selon laquelle, la société civile représente les citoyens non engagés dans les partis politiques, Habermas voit la société civile dans l'engagement participatif des sujets pour des procédures de délibération équitable. N'est alors pas de la société civile qui n'adhère pas à un parti politique, mais qui accepte de participer, de manifester son engagement dans la participation au processus délibératif.

Habermas voit alors le droit moderne, comme celui capable de faire prospérer les défis de solidarité, même abstraitement, en vertu d'une exigence de légitimité dans cette communauté sociétale qu'il appelle dans ses transformations, alors société civile.

Habermas explique :

« Etant donné que la forme positive de droit résulte irrésistiblement de la rationalisation des bases de validité, le droit moderne ne peut stabiliser les attentes de comportement d'une société complexe, constituée de mondes vécus structurellement différenciés et de son système fonctionnellement autonome, que si, en tenant lieu d'une communication sociale qui s'est à son tour transformée en société civile, il peut maintenir l'héritage de l'exigence de solidarité sous la forme arbitraire d'une exigence crédible de légitimité »²³.

Selon Habermas, pour une nouvelle vision de la concrétisation et de la généralisation de la notion de citoyens, on peut affirmer que les systèmes juridiques modernes, prennent en charge une belle acceptation du droit moderne. Faisant dans l'apologie, Habermas explique, empruntant le mot à M. Barbalet : *« Une communauté sociétale, composée d'égaux à la base, semble être le point d'aboutissement de long processus qui a sapé la légitimité de bases*

²³ Droit et Démocratie, p. 91.

d'appartenances attributives, plus anciennes et plus particularistes que sont la région (dans une société pluraliste), l'ethnique, de la région ou la localité et la position héréditaire dans la stratification sociale [...] Ce thème de base qu'est l'égalité a de lointains antécédents, mais il s'est d'abord cristallisé dans les conceptions des droits naturels [...]. L'importance actuelle des problèmes de la pauvreté et des problèmes raciaux aux Etats-Unis doit beaucoup à la profonde répugnance morale que la conception d'une classe « inférieure » par nature, pour ne rien dire que la race inférieure, soulève dans les sociétés modernes, malgré les objections bruyantes de certains groupes contre l'égalitarisme moderne »²⁴. En réalité ce que pose Habermas, c'est la problématique des questions fondamentales qui rendent problématique l'édiction du droit moderne et partant l'effectivité de la société civile. Certaines questions à visée d'hostilité rendent difficile l'application des règles procédurales communes nécessaires pour un droit capable de stabiliser les attentes mutuelles et de réaliser les rêves communs. Ces problèmes donc sapent les fondamentaux de la société civile dont la volonté politique doit symboliser le droit moderne. La constitution de la société civile, pilier fondamental de toute détermination du droit moderne, part de principes telle que l'égalité devant la procédure de reconnaissance. Lorsque cette base est faussée par des considérations d'ordre ethnique, racial, toute conclusion juridique issue d'une telle procédure partisane et partielle ne peut être du domaine du droit moderne.

Parsons soulignait l'importance de l'égalité des chances dans les structures et mécanismes de décisions sociales. Cette égalité de chance va de l'éducation à l'exercice de la citoyenneté. Dans le système éducatif en effet, il ne saurait avoir d'inégalité criarde malgré le déséquilibre des moyens matériels financiers entre sujets. « *Le foyer de la nouvelle phase est la révolution de l'enseignement, qui, en un sens fait la synthèse des thèmes des révolutions industrielle et démocratique : égalité des chances et égalité de citoyenneté* »²⁵. Par le concept de « *révolution de l'enseignement* », Parsons entend une modification de l'idée fort répandue et traduite en acte de nos jours selon laquelle les fils des nantis vont à bonne école, tandis que les autres se contentent des écoles qui sont à leur portée et à la portée de tous les sujets de classe modeste. Aujourd'hui, si on voit la conjoncture scolaire, la remarque de Parsons saute aux yeux. Quels élèves étudient dans les écoles les plus huppées de la capitale comme Institution Notre Dame, le Collège Sainte Marie de Hann, le cours secondaire Sacré-Cœur et j'en passe ! Les fils des généraux, des ministres, des hauts fonctionnaires de la République, en gros les fils des gens qui ont les moyens. Au sein de cette « classe », les disparités sont visibles. Il en est de même de l'exercice de la citoyenneté.

²⁴ Cité au même ouvrage, p. 91.

²⁵ T. Parsons, Le Système des sociétés modernes, trad. G. Melleray, Paris Durand 1973, p. 102.

En effet, selon Parsons, il y a des inégalités diverses et contradictoires de l'exercice de la citoyenneté même qui se soldent par une hiérarchisation des citoyens. Il y a une hyper-citoyenneté, une moyenne citoyenneté et une basse citoyenneté. Chaque type de citoyenneté est exercé par une catégorie selon ses moyens. La manière dont les fils des présidents et autres hauts fonctionnaires exercent la leur est différente de celle dont les enfants des paysans exercent leurs citoyennetés. Elles sont nombreuses les fois où les fils des présidents agissent comme si les lois qui régissent le pays ne les concernaient pas, parfois même, c'est à eux que revient le privilège de prendre des décisions à la place de leurs parents. On pourrait en citer plusieurs exemples de ces fils de président qui influent beaucoup dans la gouvernance de leurs pays au moment où le fils du simple citoyen croupit en prison pour avoir commis une infraction de détails.

En réalité, ce que dénonce Parsons, c'est le manque de solidarité qui existe entre sujets et qui doit se manifester par une communication sincère entre citoyens. Les inégalités financières, matérielles et intellectuelles ne doivent pas empêcher l'égalité dans les processus décisionnels entre sujets.

C'est pourquoi, Parsons voit le droit moderne comme un moyen de traduire cette solidarité en acte à travers l'égalité dans la participation équitable aux processus de prise de décision.

Voici comment Habermas a expliqué Parsons : « *le droit [est] comme une courroie de transmission permettant de traduire la solidarité et dose les structures exigeantes de la reconnaissance réciproque que nous connaissons dans nos conditions de vie concrètes, sous une forme abstraite mais qui dispose néanmoins d'une force d'obligation dans les rapports d'une société complexe devenue anonyme et médiatisée par les systèmes* »²⁶.

Ainsi, selon Habermas, le formalisme du droit moderne se posera nécessairement d'un triple point de vue. D'abord, il se traduira par une mise en forme de propositions et dénonciation destinées à assurer une cohérence interne de l'ensemble du système en introduisant dans « *les normes en vigueur un ordre d'ensemble visible et contrôlable* ». En d'autres termes, un ensemble de formulations de règles juridiques édictées sont à mettre sur pied afin de réguler les comportements et d'assurer sa rationalité du tout en décelant les cas de pathologies volontaires et involontaires, c'est-à-dire non conforme au système.

Ensuite, Habermas prône une structuration unitaire de tout le système. Selon lui, cela passe par l'édition de normes et lois qui prennent en charge les préoccupations de tout le monde et non de quelques uns, destinées et applicables à tout le monde et non à quelques individus particuliers.

²⁶ Droit et Démocratie, Gallimard, 1997, p. 91.

Enfin, Habermas pose que l'obligation vis-à-vis de la justice chargée d'appliquer la loi de s'y soumettre lui donnera de la crédibilité et en donnera aussi à toute la procédure d'édition du droit. Et selon Habermas « *les déviations par rapport à ce modèle libéral peuvent alors être comprises comme étant autant d'atteintes portées aux qualités formelles du droit. La pensée de juridicisation qu'a générée l'Etat providence rend désormais intenable l'image classique du système du droit privé, l'idée d'une séparation claire entre droit privé et droit public, mais aussi la hiérarchie de la norme fondamentale et de la loi simple* ». ²⁷

III – RAPPORT DROIT ET MORALE

1 – Tension entre factualité et validité

Habermas pose, d'entrée de jeu, dans l'explication du lien interne qui unit le droit au pouvoir politique, comment il appréhende la tension inhérente au droit, celle opposant la factualité à la validité. Voici ses propres termes : « *Cette tension s'était d'abord manifesté à la fois dans la dimension de la validité juridique en tant que tension entre positivité et légitimité du droit, et à l'intérieur de système des droits en tant que tension entre les autonomies privées et publiques* » ¹.

Ne faudrait-il pas alors partir du concept moderne de raison pratique pour mieux expliciter cette tension ?

En effet, en dépit de son sens subjectif en tant que faculté individuelle d'appréhension et de pratique de la réalité normative, la raison pratique est considérée par Habermas comme un concept moderne.

Selon Habermas, le fait que certains des concepts aristotéliens aient été interprétés en termes de philosophie du sujet n'était pas avantageux car on dépouillait la raison pratique de ses subsides culturels, et on l'arrachait de ses raisons d'être, c'est-à-dire les formes de vie positives dans lesquelles elle s'était incarnée. Habermas pense néanmoins que l'intérêt de cette transposition réside dans le fait que chaque sujet pouvait alors considérer cette raison pratique comme sienne dans la mesure où elle prenait de plus en plus une forme morale. Ainsi, renvoyait-elle d'abord à la liberté de l'homme en tant qu'agissant dans le cadre d'une société civile structurée et régie normativement par des normes morales et communicationnelles.

²⁷ Droit et Morale, Seuil, p. 19.

¹ Droit et Démocratie, p. 154.

Dans le rôle que le citoyen est appelé à exercer dans le cadre de la société civile, l'individu n'est plus pris pour un sujet particulier ; « *il est à la fois un Je à la fois universel et particulier* ». A ces énoncés conceptuels du XVIII^e siècle, le siècle suivant (le XX^e siècle) augmenta la dimension historique.

En effet, selon Habermas, le XIX^e siècle verra l'homme se regarder dans l'image de son propre miroir pour se reconstituer et reconstituer son devenir et son titre. L'exécution d'une telle reconstitution historique ne peut aucunement faire abstraction d'une vie partagée entre le Je et le Nous. Car, par la magie de cette raison pratique, l'individu était moi et nous ; autrement il s'était engagé dans la vie avec soi-même et avec les autres. C'est, selon Habermas, ce qui motive la création, par Hegel, du concept de droit objectif et c'est ce qui a permis à Aristote de se convaincre que la société trouvait son unicité dans la vie politique et l'efficacité de l'organisation de l'Etat. La philosophie des temps modernes faisait toujours prospérer une idée de société collective. Cette société se posait comme un ensemble d'individus qui, malgré leur connotation d'origine diverse, constituaient un tout à la manière des membres des collectifs.

Toutefois, selon Habermas, cette raison pratique par laquelle les sociétés maintenaient l'unicité de la société devient de plus impuissante à organiser un ordre régi par des mécanismes de plus en plus complexes. En effet, pour Habermas, la raison pratique, en tant que disposition individuelle de suivi de maintien de l'ordre social normatif, présente des signes de faiblesse dus à des complications de plus en plus intenses de la société.

D'ailleurs Marx et les marxistes avaient jugé inutile de théoriser sur des propositions normatives de l'Etat. Donc, forcément les philosophes modernes, notamment Habermas, devront de plus en plus réfléchir sur une garantie du maintien efficace de l'ordre politique. C'est pourquoi, à la raison pratique, il substituera le concept de communication. La première différence entre la raison pratique et la raison définie par la communication est que cette dernière n'est plus imputée ni à un acteur isolé ni à un macro-sujet social ou étatique. C'est bien plutôt « *le médium du langage au moyen duquel se tissent les interactions et se structurent les formes de vie, qui créent la possibilité d'une raison fondée sur la communication* »². En d'autres termes, la raison pratique était fondée sur ce que bien des philosophes ont appelé « le bon sens ». Mais bon sens n'est pas à entendre ici au sens de capacité inflexible, mais surtout d'adaptation rationnelle à un système juridique fondée en raison et pris pour légitime. Or, la raison communicationnelle est fondée sur des interactions discursives et intersubjectives partagées. Donc, la tension inhérente à la factualité et la validité de droit s'éclaircit de plus en plus.

² Droit et Démocratie, p. 17.

Selon Kant, le « *principe universel du droit* » ne peut être obtenu que par l'application du principe moral aux « *relations externes* ». C'est pourquoi il abordera sa doctrine du droit avec une évidence qui veut que tout homme dispose du droit conféré par son humanité même, autrement le droit à des libertés subjectives pourvues de prérogatives contraignantes. Selon Habermas, ce droit Kantien règle « *le tien et le mien externe* »; « *de son application au tien et au mien* » résultent les droits privés subjectifs ». Habermas continue toujours en disant que « *ce système des droits auquel tout homme peut prétendre de manière (inaliénable) (unverlieber), et « qu'il ne peut jamais abandonner quand bien même il le voudrait »³, se légitime avant qu'il ne soit différencié par des lois publiques, à partir de principes moraux, et donc indépendamment de l'autonomie politique du citoyen, qui ne se constitue quant à elle qu'avec l'apparition du contrat social* ».

En d'autres termes, la tension entre factualité et validité se pose à l'édiction du droit moderne. En tant que normes sociales reconnues comme système juridique légiférant la société et ses mécanismes, la factualité du droit se heurte à la légitimité du droit moderne édicté selon des règles procédurales communes. Dans la factualité, le droit tirant sa légitimité dans le bon vouloir commun et selon des pratiques culturelles et sociales déterminées, ne remplit pas toutes les conditions d'une légitimité. Mais il est simplement légal, c'est-à-dire seulement valide dans les faits. Or cette légitimité dans les faits est parfois tellement intériorisée que toute législation nouvelle pose non seulement problème aux sujets auxquels elle s'applique, mais se heurte à l'intronisation d'une moralisation assimilée. Alors se pose un « choc » de légitimité avec, d'une part, ce droit reconnu par les faits et les actes, et un autre validé selon des règles communicationnelles acceptées et pratiquées par tous.

Le problème de cette tension se pose à nos sociétés encore religieuses, culturelles et donc castrées. En effet, en dépit d'une loi commune plébiscitée par référendum, bien des citoyens sont toujours réticents, sous prétexte qu'il leur interdit par les coutumes à épouser certaines catégories sociales et religieuses ou à s'adonner à certaines pratiques jugées bannies par leurs traditions en transgressant les règles édictées procéduralement. On peut en dire que ne sachant à quelle norme obéir, les sujets se trouvent toujours tiraillés entre deux choix normatifs jugés légitimes. Selon Habermas, ce type d'indécision qui survient, n'est pas exclusivement propre à la tension qui existe entre factualité et validité. Mais elle se pose aussi entre normes ou valeurs ou droits au sein d'un système juridique. En effet, Habermas pense que des valeurs ou normes qui s'entrechoquent au sein d'un système de valeurs sont rationnelles, contrairement à Weber qui cherche à prouver le contraire. Pour Habermas, Weber « *n'a pas fait la différence entre la préférence pour des valeurs qui, au sein de certaines*

³ Emmanuel Kant, « sur le lieu commun, il se peut que ce soit toujours en théorie, mais en pratique cela ne vaut point », trad. L. Ferry

traditions et formes de vie culturelles, s'imposent pour ainsi dire comme préférables à d'autres valeurs, et la valeur nominale des normes qui obligent de manière égale tous ce à qui elles s'adressent »⁶. Autrement, au sein d'un système de valeurs, il y a plusieurs normes et les unes peuvent être préférées aux autres, mais cela ne remet pas en cause l'existence d'une norme suprême reconnue par tous et qui régulent l'activisme des normes intermédiaires. La rationalité d'une norme donc dépend de l'exercice qui en a été fait pour le fonder en raison et autant des normes sont fondées en raisons et légitimées d'une manière impartiale, autant elles sont valides, selon Habermas. Mais Habermas remarquera que « *la validité d'une norme ne suffit pas à garantir la justice dans un cas particulier* »⁷.

Habermas continuera l'explicitation de la tension qui existe entre factualité et validité sous la forme d'une tension entre légitimité et positivité du droit. En effet, cette tension se pose du point de vue du contenu dans l'exercice de la justice. Selon Habermas, la décision de justice, en tant qu'elle doit être juste et cohérente, se heurte à la flexibilité donnée par les règles morales prises en compte dans l'édiction du droit en vertu duquel un sujet est jugé. De ce fait, bien que tenu à prospecter le droit, les juges en tant que personne morale sont réticents à appliquer une peine allant à contre courant de certains contenus moraux.

Une décision juste est une décision qui obéit à tous les critères contenus dans le code juridique. Appliquer le code juridique, c'est appliquer ce que le code dit, c'est alors appliquer la justice. L'harmonisation pose non seulement la conformité de la peine avec le droit en vigueur, mais aussi d'avec les règles procédurales qui président à l'édiction du droit.

C'est pourquoi, selon Habermas, cette tension se rapporte à « *un niveau pragmatique de la pratique de décision judiciaire elle-même puisque les requêtes idéales qui sont rattachées à la procédure argumentative doivent être mises en harmonie avec les restrictions imposées par le besoin factuel de restriction* »⁸. C'est donc là que se trouve toute la problématique habermassienne de la tension perceptible entre validité et factualité; tension qui survient dans le cadre du rapport entre droit et moral ; rapport dont l'analogie entre vérité et justice nous permettra de saisir au mieux.

2 – Analogie Vérité et Justice

⁶ Droit et Morale, p. 26.

⁷ Droit et Démocratie, p. 239.

⁸ Droit et Démocratie, p. 257.

Dans le débat ayant opposé Habermas à John Rawls, la question d'une explication fondamentale de la théorie de la justice occupe une place importante. Car chacun se fondant sur ce qui lui paraît convenir pour circonscrire l'idée de justice, « *les pionniers se déchirent les mains aux épines* »⁹.

D'après Habermas, Rawls ne s'est pas affranchi des conceptions classiques de la justice. Kant, par exemple, avait formulé la question fondamentale de telle sorte qu'on ne pourrait y répondre que rationnellement. Selon lui, en cas de conflit, pour appliquer la justice, les protagonistes devraient « *faire ce qui est également bon pour toutes les personnes* ». Autrement, la justice consistait à faire dans l'impartialité. Faire dans l'impartialité, c'est se situer au milieu ou à égale distance de deux extrêmes, de deux positions divergentes et partisans. Est impartial quiconque fait ce qui arrange tous les sujets du droit. C'est alors cette impartialité, qui découle de l'applicabilité égale de la loi à tous, qui définit la justice chez les anciens, notamment Kant.

Selon Habermas, Kant n'est pas allé au-delà d'une telle conception de la justice. Mais il s'est tout de même posé des questions à propos d'une vie harmonieuse des sujets en communauté. En d'autres termes, Rawls s'est demandé « *comment les citoyens d'une communauté politique pouvaient cohabiter dans des conditions de justice* »¹⁰. Rawls s'est montré souvent pointu dans la recherche de réponses à une telle question. Il commençait par chercher à découvrir des principes selon lesquels une justification de l'action des citoyens était possible en tant qu'ils garantissaient la coopération équitable des personnes considérées comme classe dans un cadre de vie commun. Dans ce qu'il a appelé « *la position originelle* »¹¹, Rawls énumérait au moins deux principes sur lesquels les partenaires seraient d'accord, un principe fondé sur le modèle libéral qui accorderait à tous les citoyens une totale liberté d'action subjective ; une autre fondée sur « *l'accès équitable aux fonctions publiques* » et qui tolérerait les inégalités lorsqu'elles avantagent les citoyens les plus défavorisés. L'adoption d'une telle conception repose sur des conditions d'un pluralisme qu'elle même justifie.

C'est ce modèle de la position originelle que Habermas mettra en doute. Autrement, Habermas se demande si ce modèle est suffisant pour garantir une impartialité dans le jeu des rôles. Pour Habermas, en effet, le test de la validité morale, ce qu'il a appelé la vérité, est « *l'acceptation rationnelle pleine et entière dans le cadre de la situation idéale de parole* », *toutes les conditions requises étant faites* »¹² (nous reviendrons sur le débat Habermas, et John Rawls). A partir de ce moment, le voile se lève sur une conception analogique

⁹ Prophète Ezéchiel, Bible de Jérusalem, Ancien Testament.

¹⁰ Habermas et John Rawls, Débat sur la justice politique, édition de Cerf, Paris, 1997, p. 9.

¹¹ Lire la réponse de Rawls à Habermas dans Débat sur la justice politique.

¹² Débat sur la Justice Politique, p. 67.

de la justice et de la vérité chez Habermas. En effet, par vérité Habermas entend le produit rationnel obtenu et accepté à partir de la situation idéale de parole en accord avec toutes les conditions procédurales garanties par une participation sincère à la discussion. La vérité se donne alors comme ce que tout le monde reconnaît intersubjectivement comme tel. Ici, la notion de vérité ne renvoie pas exclusivement au résultat, mais elle intègre aussi les procédures qui le justifiaient. C'est donc d'une justification de la justice procédurale qu'il s'agit.

En effet, pour Habermas, « *la théorie de la justice qui s'engage immédiatement dans la voie normative et qui, tentant de justifier les principes d'une société bien ordonnée, opère par-delà les institutions et les traditions existantes, doit se poser le problème de savoir comment l'idée peut s'accorder à la réalité* »¹³. Autrement, Habermas pose le problème de l'accord idée et réalité comme garantie par le principe de la discussion. L'idée de chacun est la conception de la réalité existentielle. Or cette conception étant subjective est donc forcément diverse et parfois contradictoire ; les poser dans l'ordre de la réalité par des mécanismes cohérents de validité, c'est les rationaliser. Sinon chacun peut prendre son idée pour la justice et la vérité.

En conséquence, dire la justice pour Habermas, c'est dire la vérité et dire la vérité, c'est évoquer la rationalité de la procédure ayant présidé à l'établissement de ce qui est reconnu comme juste et vrai. L'application de toutes décisions conformes aux conclusions issues d'une telle procédure est vraie et juste. Alors est posé, analogiquement, le problème du rapport vérité et justice. Mais comment concevoir les normes juridiques en tant que concept. Autrement, qu'est-ce que le concept de norme juridique ?

3 – Le concept de Norme juridique

Habermas a tenu, dans ses théories normatives, à lever l'équivoque consistant à faire des normes juridiques, des normes morales. Selon lui, toutes les normes morales s'accordent rationnellement avec les normes juridiques, mais leurs retrouvailles conceptuelles ne sauraient réduire les uns aux autres. Faisant dans la définition pratique, Habermas dira que les normes juridiques ne sont applicables qu'en faisant recours à la raison pratique dans toute son étendue. Pour lui, le concept de norme juridique exprime des données normatives se situant toujours au-dessus des normes en vigueur. Du fait qu'elles ont fait au préalable l'objet d'une reconnaissance intersubjective, ces normes juridiques sont évoquées à chaque fois qu'il y a litige entre norme et entre différentes interprétations divergentes pour valoir de droit. De ce fait, Habermas le prendra comme étant au-dessus des parties en lice, mais aussi au dessus de l'arbitre impartial. Selon les propres termes d'Habermas, « *le concept* » de norme juridique, *indépendante de la situation chaque fois donnée [est] supérieure à la*

¹³ Droit et Démocratie, p. 298.

fois aux parties en lice et à l'arbitre impartial, et donc préalablement et intersubjectivement reconnue comme ayant des forces d'obligation »¹⁴. Selon Habermas, c'est autour d'une telle signification que Lawrence Kohlberg constituera ce qu'elle appelle « *une conscience morale conventionnelle* ». Une telle conception de la norme permet de pallier à tout manquement lié à une défaillance dans le système normatif régulier.

S'il n'existe pas dans un système juridique, l'arbitre doit nécessairement procéder à l'adoption d'un compromis sans quoi les normes en vigueur resteraient traitées entre validité et légitimité ou l'égalité, ou à défaut, l'arbitre use de statut, son âge, sa richesse, pour édifier un ordre légitime.

Pour mieux expliquer l'intérêt de ce concept de norme juridique, Habermas s'appuiera sur une expérience fictive. Il suppose un ordre donné où avant l'existence de quoi que ce soit comme un être humain jouissant d'une autorité, des idées normatives se soient déjà constituées. Tout chef chargé, par la suite, de trancher les choix normatifs ne peut que s'appuyer les idées normatives déjà existantes qu'il trouve sur place sans pouvoir y augmenter un apport normatif individuel selon son propre désir. Alors, le rôle de chef qui était jusque-là d'appliquer individuellement sa volonté personnelle se trouve réduit au suivi de l'accord contracté entre des sujets de la polis.

Ainsi entre en jeu, selon Habermas, « *le concept d'une norme moralement obligatoire* »¹⁵ qui pose au juge des problèmes d'éthique et de conscience dans l'application des normes juridiques. Selon une telle alternative, Habermas posera trois séquences importantes :

Son rôle de gardien des normes intersubjectivement reconnues conférerait au droit que le juge administre une certaine aura, cela pourrait engendrer un transfert de compétence qui irait du juge au pouvoir de commandement du chef dans son ensemble dont Habermas dit qu'il réunira « *alors deux fonctions en une personne* ». Son pouvoir qui était celui d'un homme influent se transforme alors à celui d'un chef capable d'engager la collectivité dans les décisions qu'il prend.

- a- Cela entraîne le changement de décision du juge, selon Habermas, car les normes juridiques moralement reconnues ne seraient plus le fait de pression de tribut exigeant une conformité de la norme à leurs valeurs, encore moins une adéquation d'avec les décisions de personnes influentes telles que les statuts, mais le fait de menaces de sanctions formulées par un souverain légitime. Naîtrait alors une ambivalence du droit étatique par une fusion de la contrainte et de la reconnaissance.

¹⁴ Droit et Morale, p. 76.

¹⁵ Droit et Morale, p. 76

b- Par le biais d'un tel droit, le souverain disposerait, selon Habermas, d'un médium par lequel il peut créer des ministères et exercer une domination bureaucratique. Le droit en tant que moyen d'organisation, acquérait alors un aspect instrumental et sa conscience morale serait une sorte de catalyseur qui permet d'allier le droit au pouvoir. C'est pourquoi Habermas dira que « *les normes juridiques s'accordent, certes avec les normes morales, mais elles sont « légitimes » en ce sens qu'elles expriment en outre, tant à la fois, une compréhension authentique de soi de la communauté juridique, la prise en considération des valeurs et des intérêts distribués dans son cadre, et le choix, rationnels en finalité, des stratégies et des moyens* »¹⁶. Mieux, Habermas se fera plus précis en liant les normes morales à accord et les normes juridiques à convention. « *Les raisons qui justifient les règles morales permettent d'établir un accord rationnellement motivé en revanche, la justification des normes juridiques permet de parvenir à une convention rationnellement motivée. Dans le premier cas dit-il, nous nous persuadons des devoirs que nous avons, dans le second des obligations que nous devrions accepter ou contracter* »¹⁷.

Cette distinction sera plus perceptible dans le débat qui a opposé Habermas à John Rawls et qui se résuma à une simple « *querelle de consensus* ».

4 – Habermas et John Rawls « *Querelle de consensus* »

Par la considération de l'idée de justice politique, Habermas et John Rawls se sont adonnés à ce que l'on pourrait appeler « *querelle de consensus* ». Autrement, l'objet de leur débat est de tomber d'accord sur la détermination conceptuelle de la notion de justice politique, mais force est de reconnaître que le débat tourne au vinaigre puisqu'en lieu et place d'une réconciliation procédurale de l'idée de justice, le débat a plus porté sur l'idée de consensus. Habermas reproche à Rawls de poser le modèle de la position originelle comme base du consensus, alors que selon Rawls, Habermas ne comprend pas les soubassements de sa théorie du consensus par recoupement.

En effet, Habermas a d'emblée reproché à Rawls de conduire le modèle de la raison pratique kantienne qui suggérait qu'en cas de conflit de faire ce qui est bon pour tout le monde. Mais les reproches majeurs vont tourner autour du modèle de la position originelle. En effet, selon Habermas, Rawls assimile la position originelle à « *une situation dans laquelle les représentants des citoyens sont soumis lorsqu'ils prennent une décision rationnelle, aux restrictions précises qui garantissent une appréciation impartiale des questions de*

¹⁶ Droit et Démocratie, p. 175.

¹⁷ Ibid.

justice »¹⁸. Autrement, le modèle de la position originelle se conçoit comme des barrières policières posées en dehors desquelles toute détermination conceptuelle de la justice paraît impossible voire invalide. Selon Habermas, le concept d'autonomie étant réservé exclusivement à des citoyens vivant dans des sociétés organisées et politiquement structurées, Rawls le fait adosser deux éléments fondamentaux qui existent dans toute société organisée. Dans le premier cas, on retrouve des gens qui ne poursuivent que leur avantage rationnel, et le second fait advenir des restrictions moralement pertinentes en vertu desquelles « *des partenaires choisissent des principes pour établir un système de coopération équitable* »¹⁹. En conséquence, ce que reproche Habermas à ce niveau à Rawls, c'est que le modèle ne tient compte que d'une rationalité fins-moyens ou d'une orientation de sujets qui ne se raisonnent que selon des principes axiologiques définis ou déterminés d'avance. En d'autres termes, les systèmes peuvent considérer les choses d'un point de vue moral qui les obligerait à agir en vertu de l'intérêt égal pour tous. Or, un consensus rationnel se fonde sur des principes moraux en vertu de la communication, pour Habermas. D'où donc l'impossibilité première des sujets décrits par Rawls de parvenir à un vrai consensus. Dès lors, Habermas pensera que Rawls gagnerait à modifier le modèle de la position originelle, car cette modification est encore possible.

En effet, selon Habermas, dès la théorie de la justice « *la rationalité des partenaires fait l'objet d'une qualification* ». D'une part, les partenaires ne s'intéressent qu'au jeu qu'ils jouent pour gagner. Chacun séparément pour gagner le jeu social en ne tenant pas compte des autres ; d'autre part ils disposent du sens de la justice « *purement formelle en vertu de laquelle ils savent le rapport qu'ils doivent entretenir les uns envers les autres en tant que membre d'une collectivité devant être régie conventionnellement* ». Autrement, selon Habermas, bien avant d'amorcer la procédure de négociation devant déterminer les règles de vie commune, les partenaires sont conscients du type de réciprocité qui les attend et qui engagera leur avenir. D'où donc, ses partenaires, sortis de leur égoïsme rationnel, peuvent commencer à ressembler à des personnes morales, donc capables de parvenir à des décisions raisonnables.

Selon Habermas, Rawls se situe aussi sur le terrain d'un concept de justice fondée sur une éthique du bien; concept qui, selon lui, est « *plus conforme à une approche aristotélicienne, ou utilitariste qu'à sa théorie des droits fondés sur le concept d'autonomie* »²⁰. Pour Habermas, le paradigme distributif est à l'origine des difficultés de Rawls et tant qu'il maintient le moyen du droit comme constitué par l'autonomie des citoyens suivant une certaine conception de la justice, ses ennuis sont loin de finir. Selon lui, « *on ne peut jouir d'un droit*

¹⁸ Débat sur la justice politique, Habermas et John Rawls, cerf-Paris, 1997, p. 12.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

qu'en l'exerçant ». D'après Habermas, « les droits ne sont pas assimilables à des biens distributifs sans perdre leur sens déontologique. Une distribution équitable des droits suppose que les sociétaires juridiques se reconnaissent réciproquement comme sujets libres et égaux »²¹. Pour Habermas, il existe des droits à une part raisonnable des chances et des richesses, mais les droits régulent essentiellement les relations qui unissent les citoyens dans le cadre d'une société organisée. Ainsi, Rawls devrait, selon Habermas, prendre les libertés fondamentales comme des droits fondamentaux et non comme des biens fondamentaux.

Habermas reprochera à Rawls aussi de limiter exclusivement le rôle du consensus à la justification. En effet, Rawls, selon Habermas, posera la méthode de ce qu'il appelle « l'équilibre réfléchi » pour illustrer ses idées normatives centrales. Selon Habermas, Rawls n'atteint le concept de personne morale qu'au prix d'étalage des justifications de tous les citoyens politiquement autonome, coopération équitable, la société bien ordonnée par le biais « d'une reconstruction rationnelle d'intuitions qui ont fait leurs preuves et qui sont découvertes dans les pratiques et les traditions d'une société démocratique »²². En d'autres termes, ce que pose Rawls, c'est la justification des procédures ayant présidé à la fondation des règles normatives démocratiques. Et ce qui permet d'atteindre l'équilibre est le fait que le philosophe qui « construit » s'est assuré de l'impossibilité pour les membres de la société de rejeter les fondations reconstruites et justifiées au prix de « bonnes raisons ».

C'est donc pour Rawls, les bonnes raisons du philosophe qui permettent d'avoir le consensus. Autrement le consensus, c'est sur ces raisons fondées par le philosophe et justifiées en tant que tel par des arguments valables et non le consensus en tant qu'objet de validation de la pratique procédurale de la décision. Or Rawls dit distinguer entre deux idées différentes du consensus. Selon lui, l'une se vérifie dans les actes de tous les jours où les hommes politiques, quoi qu'ils fassent, même quand ils ne sont pas dans le terrain politique, « chassent » un accord. Sous l'obsession de la réunion d'un maximum de voix pour obtenir une majorité, l'homme politique dégage une ligne de conduite que tout le monde soutient afin d'aboutir à cette majorité. C'est cette idée que Rawls désigne comme celle d'un recoupement. Elle est déjà présente, selon Rawls, et ne demande qu'à être articulée par l'homme politique en vue d'unir les intérêts existants.

Une autre idée de ce que Rawls appelle consensus, ce qu'il désigne par le consensus par recoupement raisonnable. L'idée d'un tel consensus, « consiste en ce que la conception politique de la justice est élaborée tout d'abord comme une vision indépendante qui peut être justifiée relativement, sans tenir compte des

²¹ Ibid

²² Ibid, p. 27.

doctrines compréhensives existantes, sans essayer de s'accorder avec elles, ou même sans savoir à quelles doctrines on a affaire »²³. En d'autres termes, la justification d'un tel consensus n'a pas besoin d'un maître à penser ou à décider en vertu duquel on modèle le consensus. Ce consensus dénote d'une vision indépendante libre du sujet qui se fonde certes sur des doctrines mais dont on ne cherche pas forcément à s'accorder entre elles, mais seulement à justifier. Ce consensus met le sujet au cœur de sa responsabilité politique comme sujet capable de déterminer, de choisir en se référant à des doctrines de base. C'est pourquoi, reprenant Jérémy Waldron, Rawls dira que « *la conception politique de la justice est adoptée grâce à un consensus par recoupement comprenant toutes les doctrines compréhensives raisonnables de la société, lesquelles constituent une majorité double par rapport à celles qui rejettent cette conception* »²⁴.

Rawls dit tenir compte dans l'idée d'un tel consensus des sensibilités de plusieurs associations et regroupements sociaux. Leur diversité étant réelle, toujours arrondir les angles en vue de permettre à chacun de s'y retrouver est une nécessité. Or, l'idée de consensus doit en tenir compte. Mieux, il doit les refléter. En conséquence donc, le débat entre John Rawls et Jürgen Habermas sur la détermination de la justice politique s'avère être un véritable dialogue de sourds. Partis pour décider de la justice, les deux se heurtent aux raisons qui doivent présider à la décision de justice politique, une véritable querelle de consensus qui consiste en ce que non seulement ils ne sont pas d'accord sur l'idée de consensus, mais le fait qu'entre eux, malgré les dénégations et les justifications, il n'y ait jamais eu de consensus. Pourtant aussi, les raisons présidant à l'exercice de la justification du consensus sont mises en branle, comme le conçoit Habermas, à savoir la discussion. Mais hélas, à celui qui ne veut pas voir le soleil en ayant les yeux fixés au ciel en pleine journée ensoleillée, on ne peut obliger d'approuver l'évidence.

B- LES DROITS DE L'HOMME : UNE JUSTIFICATION PUBLIQUE DE LA RAISON ET DE LA MORALE ?

I - GENESE DES DROITS DE L'HOMME

1- De l'époque classique à nos jours

Les premiers signes de l'idée de droits de l'homme ont été décelés dans les écrits du code Hammourabi¹, vers les années 1700 avant Jésus Christ. Hammourabi envisageait, à Babylone de « *faire éclater la justice pour empêcher le fort de faire tort au faible* ». Mais bien avant, c'est-à-dire vers 300, des traces

²³ Débat sur la justice politique, p. 73.

²⁴ Ibid.

¹ Hammourabi fut le 6^{ème} roi de la dynastie sémite de Babylone vers 1730 – 1690 avant Jésus Christ. Il fut à l'origine du code qui porte son nom et a beaucoup contribué à l'essor intellectuel et artistique de Babylone.

d'écrits de Meng Tseu² magnifiant la noblesse de l'individu et la nécessité de le protéger ont été découvertes. Voici ce que ses écrits disaient : « *L'individu est infiniment important, la personne du souverain est ce qu'il y a de moins important* ».

Obnubilés par l'outrance des considérations inhumaines de plus en plus visible dans une société qui ne reconnaissait l'égalité que dans le verbe, Sun Tseu³ écrit, un siècle après : « *qu'est-ce qui rend la société possible ? Les droits des individus* ».

Saint Augustin forcera les cadences d'une société fermée sur les droits des individus en vertu de la fameuse liberté de conscience après que Sénèque a annoncé au 1^{er} siècle après Jésus Christ que « *l'homme est une chose sacrée pour l'homme* ».

Alors des considérations du type le pouvoir politique est garant de l'intégrité physique des individus et en tant que tel doit protéger leurs libertés et leurs droits commencèrent à naître, notamment avec la Magna Carta vers 1212 – 1213. Ces considérations visaient aussi la protection du droit à l'innocence, la liberté de circulation, de groupes sociaux (nobles, marchands, artisans, etc.) et d'institution notamment l'Eglise. En Angleterre, le mouvement donnera des « *pétitions des Droits* »⁴, plutôt prise en charge dans *l'Habeas Corpus* appelée encore « *loi pour mieux garantir la liberté des sujets* ». Ce mouvement s'est soldé, en 1689, par le « *Bill of Rights* » qui circonscrit les droits du parlement et ceux des citoyens.

Il faut arriver en 1689, avec le philosophe Anglais John Locke pour voir le premier texte moderne sur les droits de l'homme. Appelé Virginia Bill of Rights en Mai 1776, ce texte sera formulé sur le territoire Américain. Dans la déclaration d'indépendance du 04 Juillet 1776, le Virginia Bill of Rights, se reprendra pour l'essentiel notamment comme « *des vérités évidentes par elles-mêmes que les hommes naissent égaux, que leur créateur les a dotés de recherche du bonheur* »⁵. Cette reconnaissance a aussi entraîné la pérennisation de la mise sur pied d'un système juridique qui n'entretiendra pas de rapport avec le politique et l'accord sur des chartes démocratiques de règles reconnaissables et stables capables de s'être référées tant par la société civile que par le pouvoir politique.

² Philosophe chinois, Meng Tseu, a vécu de 372 à 289 avant Jésus Christ. Premier grand écrivain de l'école confucéenne, il défendait un idéal humaniste fondé sur les vertus d'humanité et d'équité.

³ Philosophe chinois qui donna un essor décisif au confusiannisme naissant.

⁴ Pétition rédigée en 1678 et institutionnalisée en 1779 qui reconnaît à tout homme arrêté le droit d'être présenté automatiquement à une instance judiciaire qui statue sur la légalité de son arrestation.

⁵ Cf. Annexe.

La valeur normative de ce premier texte n'est pas si contraignant, mais sera tout de même repris dans la constitution française du 27 Octobre 1946⁶. Néanmoins, les principes du premier texte constitutif ont guidé *la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789*⁷ dont les spécialistes s'étaient accordés à penser qu'il était le meilleur en ce qu'il exhale le sens universel des droits de l'homme en époque et de toute race.

Les premiers droits économiques et sociaux seront écrits, en 1793 dans la Constitution du 24 Juin⁸ mais sans jamais être appliqués. Et le Directoire reposera un texte proche de celui de 1789 et durant près de 150 ans, cette idéologie libérale persistera à faire une avec cette conception restrictive des droits de l'homme.

Les premières critiques des droits de l'homme fusèrent à partir de 1820. Par le biais du philosophe et économiste français Charles Fourier, ces critiques vont dénoncer *une déclaration des droits s'adressant plus aux gens de bien qu'au peuple* et remettent en cause la notion de peuple souverain. D'ailleurs, ces critiques, comme nous le verrons, seront plus accentués aux XIXe et XXe siècle.

L'atrocité de la deuxième guerre mondiale incitera à une réorganisation plus structurelle des relations internationales en vertu de principes humains visant à préserver la paix. Considéré de façon interne jusqu'à tard, les années 45-50 verront l'évolution « *mentale des peuples* » colonisés qui aspirent à l'autodétermination. D'ailleurs, dans le préambule de *la Charte des Nations Unies du 26 Juin 1945*, s'inscrit le respect des droits de l'homme. Le nombre de voix ayant adopté solennellement le texte final de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* fut 56 sur 48⁹. Les états ayant apposé leur signature se chiffraient à 180 en 1998. Mais ce fut une simple déclaration d'intention entérinée par une résolution par l'Assemblée Générale des Nations Unies. Ainsi, elle servait juste de *base pour des engagements* dans le futur mais n'avait pas de force d'obligation. Pourtant, les pactes qui la prolongent, une fois que les États les auront ratifiés, leur engageront directement.

La guerre froide a fait naître deux camps dans la défense des droits des individus. Le premier camp, c'est celui des démocrates libéraux qui mettent en avant les droits civils et politiques, qui offrent au capitalisme les conditions d'épanouissement. Tandis que les démocraties populaires se livreront à une véritable contestation de l'idéologie de « *l'individu libre en soi* ». La réconciliation des deux camps surviendra vers 1966, mais elle se limite à une acceptation des deux seuls principes contenus dans *La Déclaration Universelle*,

⁶ Cf. Annexe.

⁷ Cf. Annexe.

⁸ Cf. Annexe.

⁹ L'URSS, l'Arabie Saoudite, l'Afrique du Sud et huit pays se sont abstenus.

et il n'était pas possible de concocter un texte commun chaque bloc tenant à l'obtention du vote de son pacte.

Depuis lors, des textes affirmant des principes « *de portée universelle* » font florès, prenant en charge des thèmes particuliers tel le travail ou rassemblant les pays d'un continent¹⁰ ou encore intégrés à la constitution d'un Etat.

(Pour illustration, nous avons mis en index de nombreuses déclarations, mais elles ne sont pas les seules, il en existe d'autres).

2 - De Kant à Kelsen

D'après Habermas, « *le pacifisme juridique n'entend pas seulement endiguer par le droit des gens l'état de guerre latent qui sévit entre Etats souverains, mais le remplacer par un ordre cosmopolite totalement soumis au droit. De Kant à Kelsen, cette tradition a existé chez nous*¹¹ ». En d'autres termes, Habermas pose que dans la tradition philosophique du droit, le bon sens a toujours voulu que le droit individuel ou droits subjectifs offre à l'individu les possibilités d'épanouissement libres dans le cadre de la vie entre sujets. Mais cette proposition d'ordonnancement juridique fondée sur l'inter-individualité ne peut générer, légiférer les différends qui existent entre Etats. Selon lui donc, du fait que les droits subjectifs délimitent seulement le champ individuel d'action des sujets dans le cadre social, ils ne peuvent garantir un ordre supérieur au cadre étatique, il faut donc, selon une tradition philosophique allant de Kant à Kelsen, trouver un ordre commun légitime capable d'assurer l'ordre inter-étatique. Et c'est donc dans cette direction qu'il faut orienter l'exécution des droits humains allant de Kant à Kelsen.

En effet, comme nous l'avons souligné déjà plus haut, l'autonomisation normative des droits subjectifs a fait la caractéristique essentielle du commencement de la doctrine du droit subjectif. Ces droits subjectifs possédant une autonomie normative prétendent à l'égard du processus politique législatif à « *une légitimité majeure* »¹². La signification des droits subjectifs relative à la garantie des libertés était censée leur offrir une autorité morale qui ne requerrait pas une fondation dans la théorie du droit elle-même, car leur reconnaissance était autonome à l'institutionnalisation du droit elle-même.

L'élargissement partagé de cette autorité morale des droits subjectifs leur conféra une légitimité sociale fondée sur l'intersubjectivité. Et c'est le

¹⁰ Voir, « la charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples » de 1981, cf. Annexe.

¹¹ Jurgen Habermas « Bestialité et humanité : une guerre à la frontière du droit et de la morale » publié dans le forum Franco-Allemand

¹² Droit et Démocratie, p. 104.

développement d'une telle autorité morale à toute la société qui offrira à ces droits subjectifs une validité objective qu'on distinguera par le droit objectif. Alors les droits objectifs étaient la reconnaissance large des droits reconnus à l'individu comme garants de son intégrité, de ses biens et qui lui tracent les limites de son action dans le cadre social déterminé par l'interaction. C'est donc ici, d'un élargissement du concept de liberté qu'il s'agit.

Savigny partait de l'idée de droits privés « *en tant que système de droits négatifs et procéduraux destinés à garantir la liberté* »¹³ pour maintenir la validité du concept « *idéaliste* » de la liberté. Selon Habermas, ce droit privé de Savigny se garantissait par des procédures rationnelles de justification. Savigny donc, contrairement à Kant, justifiait la procédure d'acquisition des lois universelles.

Dans sa doctrine du droit, Kant est resté confus dans la détermination des rapports entre les principes de la morale, du droit et de la démocratie « *si toutefois nous pouvons appeler principe de la démocratie ce à travers quoi Kant voit ce qui est présentement par là le mode républicain de gouvernements* »¹⁴. Selon Habermas, Kant exprime, par les trois actions, la même idée d'autolégislation. Mais c'est avec le concept d'autonomie qu'il va répondre à l'objection avortée de Hobbes qui vise à « *justifier l'instauration du système de droits civils sans le recours à des raisons morales, sur la seule base de l'intérêt égoïste averti des participants* »¹⁵.

Hobbes donc, dans une perspective kantienne extrait les droits de l'homme du bon sens du législateur ayant le droit et le devoir de garantir à ses sujets privés des libertés subjectives selon les lois universelles « *car ceux qui gouvernent l'Etat ne peuvent point contribuer davantage à la félicité publique que d'éloigner les troubles de guerres civiles ou étrangères afin que chacun puisse jouir en repos des biens qu'il s'est acquis par son industrie* »¹⁶.

Kant voit les droits subjectifs comme des droits instaurés selon des modèles extirpés des droits privés. Ils ne pouvaient donc être fondés qu'en recourant à de tels modèles. Contre Hobbes, il objecte que ce dernier n'aurait pas fait la différence structurelle consistant à spécifier « *la figure de la légitimation du contrat de socialisation [au] contrat privé* ». Selon Kant l'attente des comportements des sujets contractants doit être autre qu'égoцентриque du fait que d'habitude des parties contractantes concluent toujours des clauses en vue « *d'une fin quelconque* », alors qu'en soi le contrat social en soi est « *une fin* ». Ce contrat en vue d'une fin fonde « *les droits des*

¹³ Ibid. p. 105.

¹⁴ Droit et Démocratie, Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Hobbes, De Cive, chap. XIII, S. 3, p. 237.

hommes [à vivre] sous des lois de contrainte publique par lesquelles ce qui appartient à chacun peut être défini et garanti contre toute intervention d'autrui »¹⁷.

Dans cette perspective, Habermas revoit le contrat social comme un moyen d'institutionnaliser l'unique droit « inné » qui est « *de disposer de libertés d'action subjectives égales pour tous* ».

Kant appelle cela un droit de l'homme originel et estime qu'il trouve la fondation dans la volonté autonome des individus. En effet, en tant que personnes morales, les individus ont une raison sociale par laquelle ils peuvent examiner la loi et cette raison leur permet aussi de justifier prudemment leur vie dans des situations où les libertés ne sont pas garanties et aussi « *les fonder moralement* ». D'où le constat pour Kant qu'il est nécessaire de faire le départ entre « *l'unique droit de l'homme* » et le système des droits par lequel tant « *la liberté de chaque membre de la société en tant qu'homme* » que « *l'égalité de celui-ci avec tout autre en tant que sujet* » tiennent leur aspect positif.

Kant conclut, selon Habermas, sur le plan de l'imprécision du principe moral et du principe démocratique, que « *les droits de l'homme, fondés dans l'autonomie morale des individus, n'acquièrent un aspect positif qu'à travers l'autonomie publique du citoyen. Il semble que le principe du droit constitue un moyen terme entre le principe moral et le principe démocratique* »¹⁸.

Ce n'est donc pas le fruit du hasard que les droits de l'homme et le principe de la souveraineté populaire soient les seules idées desquelles le droit moderne peut être justifié.

Deux traditions politiques ont entretenu un système arc-en-ciel entre droit de l'homme et souveraineté populaire. La première tradition est d'origine libérale. Selon cette conception, les droits de l'homme expriment l'autodétermination morale, et l'autre est républicaine qui tient la souveraineté populaire pour l'expression d'une réalisation éthique de soi. Selon ces deux conceptions, comprendre les droits de l'homme, c'est se dessaisir d'une conception qui les supposerait mutuellement d'une manière réciproque et complémentaire. Pour cette conception, « *les droits de l'homme et la souveraineté populaire entretiennent plutôt une relation de concurrence et non de complémentarité réciproque* »¹⁹.

¹⁷ John Rawls : « Le constructivisme kantien dans la théorie morale » dans Justice et démocratie, trad. C. Audard, éd. Seuil, 1993, cf à ce sujet, J. Habermas, De l'éthique de la discussion, trad. M. Hunyadi, éd. Du Cerf, 1992, p. 118-120

¹⁸ Droit et Démocratie, p. 109

¹⁹ Droit et Démocratie, p. 195.

La conception libérale tenait les droits de l'homme comme des pré-requis moraux, imposés à l'état de nature. En effet, cette conception libérale trouve que « *les droits de l'homme s'imposent à l'intuition morale comme quelque chose de donner et d'ancrer dans un état de nature fictif* »²⁰. Autrement, même à l'état de nature, les sujets disposent d'une intuition morale partagée et par laquelle ils peuvent donner une détermination exacte des droits de l'homme.

La conception Républicaine se proposera de peser les droits de l'homme, selon une détermination civile politique. En effet, les droits de l'homme, au lieu d'être des données morales, sont « *une volonté éthico-politique d'un collectif qui se réalise lui-même [et qui] n'est autorisée, à rien reconnaître qui ne corresponde à son projet de vie dans son authenticité* »²¹. On retrouve ici les germes des droits de l'homme déterminés selon une loi intersubjectiviste. Mais si la reconnaissance est ici de mise, la procédure de reconnaissance n'est pas encore déterminée clairement.

Ce qu'on retient entre ces deux conceptions, c'est d'une part les droits de l'homme dont le comportement moral et cognitif prime et de l'autre fondé sur des moments éthiques et volatiles.

Kant et Rousseau n'ont pas réussi, malgré leurs contributions officieuses, à réconcilier les droits de l'homme et la souveraineté populaire. Voulant penser le concept d'autonomie politique en réunissant le concept de raison pratique et celui de la volonté souveraine, ils ont repris, selon Habermas, l'un une version libérale de l'autonomie politique, l'autre, c'est-à-dire Rousseau, une version Républicaine.

De Fuller à Dworkin à propos d'Austin, de Kelsen à Hart, des conceptions positivistes révèlent des positions critiques faisant valoir un droit qui ne peut se passer ni d'un recours explicite à des objectifs politiques, ni d'un « *recours à la justification morale et la mûre considération des principes* ». Dans un langage plus ordinaire, cela veut dire que les droits, notamment les droits humains, se passent difficilement de raisons morales et pour leur légitimité, ils ont besoin de justification procédurale valide.

Selon Kelsen l'autorisation accordée à quelqu'un de faire quelque chose lui confère non seulement le droit subjectif détenu par une autorité, mais cette autorisation est accompagnée de reconnaissance normative. Kelsen introduit alors un contenu moral dans les droits subjectifs vus dans une perspective individualiste, c'est-à-dire du point de vue de la liberté individuelle qu'une personne manifeste dans un cadre social déterminé en exerçant sa domination.

²⁰ Ibid, p. 116.

²¹ Ibid.

Cette liberté, bien que fondée légitimement, a besoin de la protection de l'autonomie privée des citoyens.

La conception kelsencienne ne dépouille pas seulement le concept juridique de personne de la personne morale, elle le dépouille également de la personne physique. Car un ordre, quel qu'il soit, doit pouvoir s'adapter « *aux fictions qu'il a lui-même créées* ». Habermas en conclura qu'« *avec les droits subjectifs, c'est l'ordre juridique lui-même qui crée un lieu logique pour le sujet de droit en tant qu'il est porteur de ces droits* »²². Or porter les droits, c'est être le point de référence de ces droits, leur point focal. Les droits en tant que retrouvés en une personne présentent alors trois caractères : donner droit, obliger et normer. En d'autres termes, en tant que point de départ des droits, les droits donnent droits ; en tant qu'obligations de respecter, ils obligent et en tant que système normatif, ils norment. C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre le système des droits de l'homme comme cet ensemble de droits exigeant à endiguer l'état de guerre. Mais pour sa reconnaissance universelle, ils ont besoin d'un ordre cosmopolite. Autrement dit, d'une reconnaissance systématique.

On retiendra donc de la tradition philosophique allant de Kant à Kelsen, l'idée de substitution des droits subjectifs garantissant à l'individu isolé des devenirs et des libertés, par l'idée de droit cosmopolite qui intègre tous les droits susceptibles de protéger l'homme et de lui conférer un statut supérieur. Les droits de l'homme seront alors cet ensemble pourvu de positivité.

3 – Marx et Rousseau : « Deux extrémistes »

Marx et Rousseau sont de traditions philosophiques différentes. Rousseau s'est imposé dans la tradition philosophique du sujet grâce à son modèle de contrat social, qui confère aux sujets un modèle de vie commune, alors que pour Marx l'aliénation des formes de vie des sujets est issue des conditions de vie historiques perpétuées par une domination légitimée par un ordre encore « *sans ordre* » des bourgeois.

La perspective dans laquelle se trouvent les deux auteurs dans la conception des droits humains se situe dans deux « extrêmes ». D'une part, Rousseau verra les droits de l'homme comme légitimés par un contrat valide entre sujet. Et Marx les tiendra sous une forme de domination de l'histoire préférée par une classe qui veut maintenir un ordre de domination déjà légitimité par des circonstances historiques. C'est-à-dire un ensemble de rapports entre individus et entre la nature et les individus ; rapport établi de telle sorte que la classe la plus dominante ne peut guère se sentir responsable dans la législation de tels droits, même s'ils leur sont destinés. C'est sous cette lancée qu'il faut

²² Droit et Démocratie, p. 202

d'emblée comprendre les deux « *bouts extrémistes* » où se tiennent les conceptions de l'un et de l'autre.

Le modèle de contrat rousseauiste s'est appuyé sur l'idée des droits humains fondés sur l'échange entre particuliers en tant que ce modèle est prototypé d'une égalité vécue sous forme pratique. Il se portait sur l'idée selon laquelle la société, dans son intégralité, était régie par les échanges sous diverses formes qui offraient aux participants une égalité et une autonomie naturelles. C'est le caractère de la société civile qui garantit la liberté et qui n'a besoin que d'une consécration formelle par le droit.

Les théories contractualistes avaient l'intention de donner un modèle de société fondé sur les bâtisses du droit rationnel et structurant les institutions construites selon ce modèle. Lequel modèle devait alors permettre de prendre la société « *comme une structure intentionnelle fondée sur l'association volontaire des membres initialement égaux et autonomes* »²³. Alors être membre d'une société, c'est se sentir non seulement concerner par les droits véhiculés dans ce cadre, mais voire sa touche personnelle participer à l'élaboration d'une société de droit. Un membre de la société assumé et non subi tel que Marx en donnera les initiales.

Le concept de droit moderne, tel que nous l'avons vu plus haut, contient donc déjà les germes d'une belle idée rousseauiste qui pose l'idée démocratique, et par de là les droits de l'homme, comme un contrat de tous et de chacun et de chacun pour tous. Selon cette idée, « *l'exigence de légitimité d'un ordre juridique, construit à partir de droits subjectifs, ne peut être honorée que par la force d'intégration sociale de la « volonté concordante et unie de tous » de tous les citoyens libres et égaux* »²⁴.

En d'autres termes, parler des droits de l'homme, c'est parler d'une volonté unifiée du peuple qui s'accorde sur ce qu'il veut entendre être ses droits. Les droits de l'homme se trouvent être alors un accord tacite de volonté des citoyens en tant que cet accord leur confère une volonté commune et de défense des droits communs. De ce fait, les droits humains ne sont pas seulement les droits fondamentaux des citoyens dans leur totalité, mais leur droit en tant que issus de leur autorité libre. Voilà un extrême du bout de fil qui s'étire entre Rousseau et Marx.

En effet, ce dernier continuera à battre en brèche l'idée que des droits puissent être fondés sur un contrat de ce genre qui ne peut dire que tête-bêche.

²³ Droit et Démocratie, p. 58.

²⁴ Ibid, p. 46.

Marx ne détourne pas le concept classique de société de ses objectifs initiaux, celui d'être une totalité. Seulement, il posera que le sommet et la totalité sociale, qui offre aux individus les conditions d'intégration en tant qu'ils en sont les parties est retournée tête-bêche, c'est-à-dire renversée. Selon lui, l'unité avancée d'un ordre supposé légitime parce que légitimement fondé s'est substituée d'une unité latente, c'est-à-dire une unité qui n'est pas encore réalisée telle quelle et qui, de ce fait, est sous le coup de boutoir d'intérêts capitalistes. En d'autres termes, cette unité met en valeur un « *processus économique global par lequel le capital est mis en valeur* ». Ce processus est alors une totalité négative du fait de son incapacité à revendiquer une volonté unifiée posée et légitime une fois pour toutes.

La supposition d'une telle totalité non encore instituée et incapable de se passer d'intérêts capitalistes particuliers confère une idée de droits fondée sur une réalité posée tête baissée. Or, au lieu des droits de l'homme, fondés sur les droits de tous, on assiste à des droits catalogués sur les initiales de particuliers et au service des classes (nous reviendrons dans les droits de l'homme aujourd'hui).

En définitive, les conceptions de Rousseau et de Marx dénotent les acceptations de deux « extrémistes ». Si l'extrémisme tient au caractère extrême d'une position que ce soit dans le domaine religieux, ou politique ou dans la vie tout court, on peut dire que Rousseau et Marx ont le modèle de l'extrémisme en philosophie politique. La contradiction ou la divergence de position ne suffit pas à modeler l'extrémisme. Mais il faut surtout que les positions se situent au delà de toutes les conceptions développées.

Dans la conception des droits de l'homme, c'est sans équivoque que ces extrémismes se posent. Car si pour l'un les droits de l'homme ne peuvent se passer de la volonté unifiée des sujets libres, pour l'autre les droits de l'homme ne peuvent se poser que comme volonté de puissance ou de domination proférée par une classe qui se préoccupe de maintenir une domination.

4 – Les Germes de l'intersubjectivité : Habermas hérite Raiser

Après les atrocités commises par le régime nazi en 1945, le statut de droit privé conféré aux citoyens d'alors a connu un changement de cap. Des réactions s'étaient levées, selon Habermas, pour dénoncer le carcan dans lequel s'était embourbé le droit subjectif alors dépouillé de son contenu moral par un droit objectif biaisé, au gré des intérêts, par les régimes totalitaires. Ces réactions, selon Habermas, reposaient sur une justification morale.

Après ces tentatives de « *détournement d'objectif* » du droit subjectif, vient le temps de sa reconstitution et de sa reconsolidation pour l'adapter à ses

initiatives morales initiales. Mais une telle restauration, devant considérer le lien entre autonomie privée et autonomie morale n'était plus convaincante. Ce que Habermas a appelé « *l'ordolibéralisme* » ne put réactualiser une compréhension des droits subjectifs qu'en interprétant des droits privés du point de vue de la fonctionnalité.

« L'idée de droit subjectif maintient en vie la conception selon laquelle le droit privé, et la protection juridique qu'il fonde, sert en dernière instance à préserver la liberté de l'individu dans la société, la liberté individuelle étant l'une des idées fondamentales pour la grâce de quoi le droit privé existe. En effet, ce qu'estime l'idée de droit subjectif c'est cette réalité selon laquelle le droit privé est celui des sociétaires juridiques, indépendants les uns des autres qui agissent en vertu de leurs propres décisions »²⁵.

C'est cette erreur d'interprétation fonctionnaliste que Raiser tentait de corriger en introduisant l'idée de droit social et par ce moyen, de redonner au droit privé un contenu moral. Selon Raiser, le droit social n'est que le caractère matériel des libertés d'actions classiques en vertu desquelles les sujets se déplaçaient selon des intérêts matériels conçus d'avance. Raiser les appelle droits fondamentaux et pensera qu'ils se doivent, comme auparavant, assurer « *l'affirmation de soi et la responsabilité individuelle de la personne dans la société* ». Mais ils ont besoin de l'appui des droits sociaux pour se consolider : « *La reconnaissance de ces statuts juridiques dans le cadre du droit privé, est importante d'un point de vue éthique et politique, mais s'est tout autant, du même point de vue, le fait d'intégrer aussi juridiquement l'individu dans les contextes d'influence qui, régulés comme structures d'ordre, l'enserment, le mettent en relation avec autrui et donc d'instaurer et de garantir des institutions juridiques dans lesquelles l'individu prend statut de membres* »²⁶.

Selon Raiser, les droits fondamentaux sont très faibles pour garantir à l'individu une protection juridique incarnée dans un cadre d'autolégislation sociale car ce cadre « *est intégré à des ordres plus grands supra-individuels* ». Autrement, les efforts de Raiser pour se constituer le sens des droits déplumés de leur connotation morale ne sont pas exclusivement abstrait.

Ce que Raiser pose, c'est de repenser les droits du point de vue intersubjectif. L'intersubjectivité, c'est la vision morale inter-individus, donc partagée. L'intersubjectivité est ce qui fait qu'une personne se reconnaît dans les décisions d'un tel autre. Est intersubjectif toute action qui se pose sous l'angle d'un sentiment partagé. La conséquence, les droits de l'homme, du point de vue intersubjectif, se passent de lectures individualistes. Ils se posent comme des droits définis dans un cadre général en vue du bien commun.

²⁵ Cité dans *Droit et Démocratie*, p. 103
²⁶ Raiser cité par Habermas, *Ibid*

Selon Habermas, cette conception des droits de l'homme repose sur une reconnaissance réciproque des sujets de droit coopérant. Pour lui, dans le cadre d'une société régie par l'intersubjectivité, les sujets se prennent comme des alliés par le biais d'une union personnelle de collectivité, aux personnes de droit qui font de ces droits un usage stratégique, c'est-à-dire qui les visent en vue de venir à bout de quelques difficultés majeures. D'après Habermas, pour autant qu'ils ne sont pas identiques, ces personnes s'affrontent exclusivement, les unes les autres. « *Un droit, après tout, n'est ni un fusil ni un one-man show. C'est une relation et pratique sociale et sans l'un ou l'autre de ces aspects essentiels, il s'agit d'une expression de commodité. Les droits sont des propositions publiques, incluant des obligations envers les autres mais aussi des exigences légitimes à faire valoir contre eux. En apparence du moins, ils sont une forme de coopération sociale, cela ne fait aucun doute et, en dernière analyse, ils existent quoi qu'il en soit une forme de coopération sociale* »²⁷.

C'est d'une telle idée fondée sur le sens commun des individus que se déploiera le sens intersubjectif des droits de l'homme que Raiser utilisera pour corriger la conception biaisée du droit objectif d'après guerre et que Habermas reprendra comme fondement des droits de l'homme en tant que cette intersubjectivité, seul noyau d'unifier les sujets, prend en charge la dimension morale de ceux-ci pour fonder un droit supra-positif.

II- LES DROITS DE L'HOMME AUJOURD'HUI

1 – Caractéristiques générales

Au sens moderne, les droits de l'homme trouvent leurs racines dans le Virginia Bill of Rights, dans la déclaration d'indépendance des Etats-Unis de 1776, et dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est la philosophie du droit rationnel, notamment sous l'impulsion de John Locke et de Rousseau, qui a inspiré ces déclarations.

Toutefois, « *en tant que normes constitutionnelles, ils [les droits de l'homme] ont validité positive, mais en tant que droits auxquels chaque personne peut prétendre en tant qu'être humain, on leur attribue une valeur plus que positive* »²⁸.

Aujourd'hui, la formulation des droits de l'homme laisse beaucoup de place à son historicité. En plus, certains principes contenus dans les déclarations des droits de l'homme et du citoyen paraissent ambigus alors que leur caractère

²⁷ Annah Arrendt, « sur la violence » dans *Du mensonge à la violence*, trad. G. Durand, Paris Calman Levy, 1972, p. 141.

²⁸ Voir Le mémoire de DEA Corinne Rinter soutenu en 1999 à l'Institut d'Etude Politique de Lyon sur le thème « Réconciliation procédurale des droits de l'homme et de la souveraineté populaire chez Habermas »

européo-centriste s'exhibe au gré des contestations idéologiques d'arrière plan qui les défendent.

Dans cette citation d'Habermas par exemple, les droits de l'homme paraissent se situer dans un cadre intermédiaire entre le droit moral et le droit positif, et de l'autre côté, ils se posent comme des droits moraux ou comme des droits juridiques, c'est-à-dire « *d'un droit valide à un niveau pré-étatique, garanti ou bafoué* ».

Le philosophe Paul Ricœur, par exemple, contestait l'universalité du concept de droits de l'homme et pensait que le concept de droits humains existait dans toutes les cultures. C'est pourquoi, dans *le Juste* il évoque la révision du formalisme du droit et la vision nouvelle d'une notion nostalgique d'un droit supra-positif qui soit par-dessus du droit positif très largement technique et sujet à changement. C'est le concept de droit cosmopolite que suggérait Habermas pour harmoniser les différentes conceptions des droits de l'homme qui refait surface dans cette position de Ricœur.

Cependant, on peut admettre une universalité vue de différentes manières, même si les bases d'une telle universalité peuvent être contestées. L'universalité peut être dans la manière de les interpréter selon des conditions socio-culturelles et historiques déterminées. C'est dans la diversité de ces cultures que va se déterminer et se consolider « *l'universel concret* ».

Léopold Sédar Senghor, lors du congrès de l'Institut International de philosophie de Dakar du 27 au 30 Décembre 1980 défrichait les termes d'un tel terrain en ces termes.

« *Pour éviter d'être idéologue bourgeois ou un philosophe idéaliste, méconnaissant les conditions matérielles, concrètes de l'existence, il faut faire de l'être spirituel qu'est tout homme, une entité idéale séparée de la vie, mais un esprit singulier incarné dans un corps et dans une société originale, ayant une identité culturelle* ». Avant d'ajouter :

« *Si élevée que soit la visée universaliste, c'est-à-dire à travers une culture singulière qu'elle tend. Si l'histoire des droits de l'homme est intimement liée à l'histoire de ces mécanismes de protection, force nous est de constater que les techniques de protection ont volé dans le temps et selon des espaces culturels déterminés. L'histoire apprend que la protection des droits de l'homme exige une adhésion populaire à ses techniques de mise en œuvre. La commune volonté de lutter pour la sauvegarde des valeurs clairement exprimées*

et généralement partagées et une condition fondamentale pour garantir la défense et la promotion des droits de l'homme »²⁹.

Dans la conception des droits de l'homme telle que véhiculée de nos jours, on ne parvient pas à dissocier ces mêmes droits humains de ses moyens de défense. Autrement, ces contours conceptuels ne sont pas circonscrits. De ce fait, tout ce qui a trait à la désapprobation de certaines mœurs sans même avoir de rapport avec l'homme, est considéré comme une atteinte aux droits humains. D'ailleurs de plus en plus, on ne parle plus de droits humains. Autrement, on ne définit plus le concept, on se contente de nos jours d'atteinte aux droits humains. Alors, des confusions délibérées règnent dans le principe d'universalisé comme substance des droits humains et celui que revendiquent les cultures territorialisées. On prend des aspects des droits de l'homme qui doivent être interprétés comme tels et sanctionnés selon des modalités spécifiques, pour des droits de l'homme ; créant un imbroglio constant entre ce que des peuples estiment être leurs droits et les droits de l'homme. Cette « *multiplication de ces droits, tout en consacrant l'éclatement de la notion des droits de l'homme, commence à susciter un certain sentiment de scepticisme, voire de nihilisme, chez certains penseurs qui concluent à leur inexistence* »³⁰.

Une autre caractéristique des droits de l'homme est fondée sur l'inégalité. Jusqu'à présent, certaines idéologies n'arrivent pas à admettre l'égalité des races et des cultures. Elles proposent l'existence des races supérieures, au droit desquelles les droits de l'homme doivent être modelés et étendus aux autres races. Les adeptes d'une telle idéologie ne peuvent imaginer une égalité des droits entre les hommes. Pourtant, les pays supposés « *inférieurs* » en tant que destinataires de droits dictés ne peuvent admettre l'impartialité de tels droits. C'est un risque grave qui menace l'universalité des droits de l'homme, comme le pense Benoît Saliou Ngom.

« Le risque grave qui menace l'avènement des droits de l'homme est le polycentrisme culturel mariné aux idées des adeptes des inégalités des races. Pour les tenants d'un certain courant idéologique, issus aux Etats Unis de la sociologie et regroupés, en France notamment, sous l'étiquette de « la nouvelle droite », les hommes et les civilisations sont par nature différents, « il n'y a pas de valeur universelle, ni d'archétype d'homme ou de culture. Les normes ne sont valides que pour ceux qui les ont édictées. En ce sens, elles sont d'autant plus nécessaires qu'elles sont l'émanation d'une culture donnée pour faire face au défi de l'histoire »³¹.

²⁹ Communication de ce congrès contenu dans le numéro 26 de la Revue « Ethiopique » du mois d'Avril 1981.

³⁰ Benoît Saliou Ngom, *Les droits de l'homme et l'Afrique*, Edition Silex 1984, p. 18

³¹ Ibid, p. 19. Benoît Saliou Ngom est enseignant président de l'association des juristes africains.

C'est là quelques unes des caractéristiques générales des droits humains. La question de l'universalité et un défi réel qui se pose à leurs défenseurs et qui ne peut être résolu qu'en les pensant selon des normes procédurales édictées par Habermas. Et les rapports droit de l'homme et droits des peuples permettront de mieux poser leur caractère partiel aujourd'hui.

2- « L'excision » de l'universalité des droits de l'homme

Plusieurs questions se posent à propos de l'universalité des droits de l'homme. Et beaucoup de versions contradictoires se confrontent sur le « ring » de leur légitimité. La non conformité de l'excision avec les droits humains « excise » davantage l'universalité de ces droits qui devaient être universels. En effet, les thèses modernes les plus tangibles assimilent, par exemple, l'excision à une atteinte aux droits humains. Mais, ne devrait-on pas, plutôt parler de mal. Car une atteinte à quelque chose sous-tend une reconnaissance préalable de légitimité à cette chose. Or, dans le cadre des droits humains, leurs fausses universalités leur font payer le prix d'une légitimité extra-état. D'ailleurs, Habermas ne parlait pas de « *Droits de l'homme* » mais de « *droits de l'homme* ». Est-ce un moyen de reconnaître à chaque tradition culturelle la possibilité de légitimer ce qu'il dit déclarer être les droits de l'homme, ou s'agit-il tout simplement d'une multitude de droits reconnus aux hommes comme inaliénables ? Habermas ne dénonçait-il pas, après G. Hottos, les fausses universalités et les reconnaissances unilatérales.

En effet, selon ce dernier « *il vaut mieux renoncer aux fausses universalités et aux pseudo-anonymats, puisque l'universalité et l'anonymat mêmes ont un nom propre, et se tourner plus modestement vers l'aveu d'une reconnaissance orientée* »³². Et dans le même sens, Alwin Diemeyer fera observer « *qu'à la place d'une diachronèse monolinéaire correspondant à une tradition bien précise, à savoir la tradition européenne, apparaît maintenant une synchronèse qui correspond à la pluralité et à la diversité de civilisations multiples* ». Autrement dit, les droits de l'homme ne peuvent acquérir leur légitimité que dans des sociétés unifiées où le débat a fait florès en vue de retenir ce qu'il convient de tenir pour droit et droits de l'homme pour la société et le comportement avec cela.

En effet, les sociétés africaines sont des sociétés communautarisées et de natures démocratiques. Elles sont démocratiques dans la mesure où toute loi et toute coutume faisait l'objet de débats contradictoires et la décision finale est arrêtée à l'issue de ce débat. Et du fait qu'elles acceptent la confrontation discursive des idées, on peut dire que ces vérités qu'elles arrêtent sont

³² Cité par Benoît Saliou Ngom, Les droits de l'homme et l'Afrique, éd. Silex, p. 10.

temporelles et non définitives, car toute urgence doit de nouveau faire l'objet de débat.

Elle est communautaire ensuite car elle est très solidaire dans l'arrêté des décisions et leur application. La société africaine est essentiellement consensuelle. Et, selon Benoît Saliou Ngom, « *ce consensus est caractérisé par la volonté d'asseoir, sur les valeurs culturelles fondamentales du groupe, une véritable paix sociale. Il constitue une durée fondamentale de la survie du clan* ». En d'autres termes, ce que le clan décide, c'est ce qui fait force de loi, de coutume et de droit pour toute la communauté. Parallèlement à Habermas, ici, aussi, c'est le consensus qui tient lieu de droit.

Dans cet espace, donc, l'individu occupe la place centrale du moment que c'est lui qui détermine la loi et c'est en vertu de sa protection que la loi est édictée. De ce fait, pour toute question touchant à la communauté, chaque membre est consulté. Ce qui lui donne l'apparence d'une véritable démocratie délibérative, gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple. C'est ce qu'a fait remarquer Lanciné Sylla dans le concept de la « *démocratie de l'arbre à palabre* ». « *La palabre Africaine, écrit-il, nous apparaît comme un véritable système de gouvernement conduisant à une certaine forme de démocratie directe, symbolisée de nos jours par l'arbre à palabre, dont l'ombre formait une sorte d'agora naturelle à la gérontocratie, aux chefs et grands dignitaires de la nation réunis en conseil devant le peuple tout entier. Cette institution à l'arbre à palabre qu'on peut qualifier d'universelle en Afrique noire pouvait prendre les formes les plus variées, depuis les minuscules conseils des anciens des petites communautés claniques et lignagères jusqu'à revêtir les caractères d'un véritable parlement, véritable conseil de gouvernement, véritable conseil exécutif au présidium suprême* »³³.

Ce qui est constant dans les démocraties de l'arbre à palabres, c'est que le consensus sur la vérité du droit renforce le pacte social, car il en est issu et donc, forcément, il solidifie les liens. De ce fait, le droit issu de ce type de consensus est non seulement légitime, mais il est sacré. La sacralité réside dans ses fondements mêmes. « *La conception impériale négro-africaine ou simplement étatique reste confédérale, faisait remarquer Pathé Diagne. Elle unifie les communautés des territoires autonomes et autogérés. Elle ignore culture et langue officielle. L'Etat différentiel négro-africain est l'antithèse même de l'état nation indo-européen, ethnocide et réducteur de l'autre* »³⁴.

³³ Lanciné Sylla, « Démocratie de l'arbre à palabre et du bois sacré. Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines », colloque « Sacralité », pouvoir et droit en Afrique », Paris 1980, p. 6 ; Voir aussi Ahmadou Moctar Mbow Le Consensus dans les relations Internationales, UNESCO 1980, p. 29

³⁴ Pathé Diagne, Le pouvoir en Afrique , In Le concept de pouvoir en Afrique. Les presses de l'UNESCO, 1981, p. 28-55.

Si donc l'excision est légitimité à ce point, c'est qu'elle est issue d'une telle procédure d'institutionnalisation du droit reconnu à l'arbre à palabre. L'excision est instituée comme droit en vertu d'une procédure légitime qui lui confère toute sa dignité et toute sa valeur. Ainsi, elle est tellement ancrée que toute tentative de la dévaloriser ne peut prospérer que par une autre institutionnalisation parallèle à de telle procédure. Autrement dit, aux yeux de certains peuples, l'excision a valeur de droits à l'instar des droits écrits dans les chartes des droits et des peuples et que toute tentative de la « *démaquiller* » des consciences des peuples ne peut avoir d'issues favorables. La reconnaissance de l'excision comme atteinte aux droits humains mérite que la communauté internationale détentrice, à travers les droits de l'homme, du droit de tous fasse l'expérience temporaire de sa reconnaissance comme droit. C'est seulement à l'issue de cette reconnaissance qu'elle peut, selon des procédures légitimes, la « *dévaloriser* » comme un mal.

Par delà l'universalité « *forcée* » des droits de l'homme, Habermas pense que ceux-ci ne peuvent avoir de légitimité réelle que lorsqu'elle se passe selon des accords, dialogues inter-étatiques normalement validés, car il s'agit d'accorder l'arbitre de chacun avec l'arbitre de tous.

En effet, selon lui, « *il n'est pas possible « d'accorder » l'arbitre de chacun avec l'arbitre de tous et donc de réaliser l'intégration sociale, que sur la base de règles normativement valides qui, du point de vue moral, ou « d'après une loi universelle de la liberté, méritent, de la part de leurs destinataires, une reconnaissance sans contrainte, c'est-à-dire une reconnaissance rationnellement motivée* »³⁵.

C'est tout le nerf de la problématique de l'excision. Faire de telle sorte que par un ensemble de procédures légales, les sujets puissent définir, par eux-mêmes, ce qu'ils désirent appeler les droits humains afin de se passer de toute idée de résistance pour s'adapter au système. C'est pourquoi, à propos de l'excision parlons essentiellement de mal, car le mal c'est ce que l'individu commet qui n'est pas bon, mais qu'il fait par ignorance de ses méfaits. Or, du fait que les droits recèlent plus d'effets négatifs que positifs, le non qui convient c'est le mal. Mais le considérant comme valide dans une société consensuelle, ce ne peut être vu que selon des règles déterminées comme atteinte aux droits humains³⁶.

³⁵ *Droit et Démocratie*, p. 43.

³⁶ Iba Der Thiam, « Les droits de l'homme dans les traditions culturelles africaines : l'exemple de certaines sociétés sénégalaises », revue « enseignement des droits de l'homme », UNESCO, Vol. III, 1982.

IIe PARTIE : PARADIGME PROCEDURAL DES DROITS DE L'HOMME CHEZ HABERMAS

A- LES CONDITIONS PROCEDURALES : LA PRAGMATIQUE UNIVERSELLE

I – REALITES ET SUPPOSITIONS : LE PARI HUMAIN

1- Les présuppositions éthico-morales

L'intérêt des droits de l'homme, dans l'ordre juridique mondial, ne peut résider que dans ce qu'ils incarnent des intérêts particulièrement individuels capables d'être hissés à niveau universel. Et la validité d'une telle posture appelle forcément un dépassement du cadre de la simple connaissance mutuelle.

L'exigence de validation et de légitimation des intentions avancées dans le cadre restreint d'une société assortie des contingences de l'Etat-Nation, prône une approche simpliste qui légitime le résultat par la procédure. Et tout paramètre justificatif d'un ordre déterminé, quel qu'il soit, ne peut être valable, et son résultat légitime, que lorsqu'il suit ce que Habermas désigne être les conditions procédurales de désignation et de détermination de toute volonté politique. Et pour lui, ce sont d'abord ces conditions procédurales justifiables universellement qui sont désignées comme étant une pragmatique universelle en ce sens qu'elles « *confèrent à la formation institutionnalisée de l'opinion et de la volonté sa force de légitimation. Il s'agit très précisément des conditions dans lesquelles on peut supposer que le processus politique aura des résultats raisonnables* »¹. La rationalité du processus politique exige alors des procédures rationnelles de formation de la volonté et des droits de l'homme si on veut que ceux-ci remplissent leur rôle de régulation Universelle. De ce fait, ceux de la pragmatique qui réalisent les conditions d'une procédure légitime dans laquelle se reconnaît et se « meut » intellectuellement tout participant au processus politique sont « *d'identifier et de reconstruire les conditions universelles de possibilités de l'intercompréhension* »². Autrement dit « *Peut on, sur les questions pratiques (dont relève la politique) définir des valeurs et des normes qui puissent légitimement revendiquer pour elle l'université, et si oui, à quelles conditions*

¹ Droit et Démocratie, p. 297.

² Professeur Sékou Pathé Guèye : *Du bon usage de la démocratie en Afrique*. Chap. I, De la pragmatique universelle à la théorie de l'agir communicationnel : la politique sur le modèle de la pratique argumentative nouvelle Edition Africaine du Sénégal, p. 54.

(procédurales) ? C'est à cette double interrogation qu'Habermas tente de répondre, notamment par sa pragmatique Universelle»³.

L'impossibilité d'achever la connaissance de l'humain, de ses capacités et de ses limites dans une maturation politique est un fait. De même aussi que la volonté et l'engagement, s'ils sont dépourvus d'intérêts personnels, sont gages de bonne foi. L'enchevêtrement de l'exigence politique et de l'édition de la règle juridique demande d'opérer des « Paris » allant dans le sens de positiver la détermination intentionnelle de tout individu désireux de participer au processus politique. C'est d'ailleurs, pour Habermas, une exigence dès l'instant que la nature humaine est une imbrication de vérité et de suppositions, de réalités et de soupçons. N'empêche, puisque les droits de l'homme « incarnent manifestement des intérêts « universalisables » et se situent du point de vue de ce que nous pourrions tous vouloir »⁴, ils ne peuvent, dès le départ, pas se passer des conduites éthico-morales des individus participant à son élaboration. Si « personne ne prétendrait que ces droits qui constituent la substance morale de notre œuvre juridique ne sont pas pertinents quant à la vie éthique » conditions de vie modernes », c'est que l'on présuppose d'emblée que les personnes elles-mêmes les ayant élaborées répondent aux critères par lesquels une personne est désignée comme étant morale.

La présupposition est une hypothèque. Présupposer, c'est admettre, c'est parier, c'est passer quelque chose non comme vrai, mais comme base de solution. La présupposition éthico-morale, pour Habermas, désigne une marque de confiance, un pari sur la capacité de l'homme à pouvoir mener à bien un projet selon des considérations éthiques nécessaires. Dès lors qu'elle est postulat, la présupposition peut aussi être fautive si elle ne remplit pas toutes les conditions fondées en elles. Mais dans le cadre de l'édition des droits de l'homme, les présuppositions éthico-morales fondées sur la personnalité universelle des participants peuvent être retirées de leur caractère juridique dès que les individus désignés comme tels n'en sont pas pourvus de tous ses critères.

Ainsi, les présuppositions éthico-morales désignent les conditions éthiques et morales qui président à l'instauration du droit et des droits de l'homme. Elles se situent à un niveau collectif et matériel.

L'individu participant à la désignation de la volonté politique est supposé conscient des enjeux. De ce fait, il doit sans cesse se parer de parures éthiques qui lui indiquent non seulement le chemin discursif à prendre, mais les conditions pour rester dans « l'environnement sécurisé ». La capacité de l'homme à rester dans un tel champ politique est ce qui valide la présupposition éthique d'au départ. Et ce champ est celui dans lequel pousse la dignité de la personne humaine, de la considération de l'autre et du respect des rapports inter-

³ Ibid.

⁴ J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Flammarion, p. 25.

subjectifs de reconnaissance. C'est un premier lieu de considération pratique des droits de l'homme, un premier laboratoire d'expérimentation de la capacité morale de l'individu à respecter ce qu'il exige de l'autre.

D'après Habermas « *chaque morale autonome doit résoudre deux tâches en une seule : elle exige l'inviolabilité des individus socialistes en exigeant un égal traitement, et par là un égal respect de la dignité de tout un chacun ; et elle protège les rapports intersubjectifs de reconnaissance réciproque en particulier, en exigeant des individus solidarité en tant qu'ils sont membres d'une communauté dans laquelle ils ont été socialisés* »⁵.

Et par morale, Habermas n'entendait autre chose que ce que nous désignons communément par éthique ; c'est-à-dire l'ensemble des critères objectifs qui permettent à l'individu de se sentir en phase avec les règles et normes juridiques. Donc l'éthique est à un niveau matériel et collectif et la morale se situe à un niveau plus individuel et personnel. « *J'aimerais nommer morales toutes celles des intentions qui vous confirment sur la question de savoir comment nous devons nous comporter au mieux afin de contrecarrer l'extrême invulnérabilité des personnes, en les protégeant, en l'épargnant* »⁶.

La présupposition éthico-morale donc est une capacité, une susceptibilité d'être affecté par la condition de l'Autre, d'être traumatisé par son remords. Or la susceptibilité, pour autant qu'elle découle d'un sentiment personnel, est une disposition individuelle, une vulnérabilité sentimentale trustée par les ressentiments de l'Autre. Autrement dit, le fait d'être toujours touché par un devoir sympathique non rempli. Dans le cadre de la procédure d'édiction des droits de l'homme, « *Ego doit tout d'abord remplir la condition d'une sympathie éprouvée pour la situation de l'autre, il doit quasiment s'identifier à lui, afin de pouvoir adopter précisément la perspective à partir de laquelle Alter, dans le conflit moral pourrait faire valoir ses antennes, ses intérêts, ses orientations axiologiques. Dès lors, Ego doit pouvoir supposer que l'adoption de perspective n'est pas une entreprise unilatérale, mais réciproque. On présuppose chez Alter la même adoption de la perspective d'Ego, et ce afin que la manière d'agir litigieuse puisse être perçue et thématifiée de conserve à partir d'une prise en considération des intérêts concernés des deux côtés* »⁷. Et « *Ego doit pouvoir se présenter comme tout un chacun se met dans la situation des autres* »⁸.

Et c'est Ego qui remplit les conditions d'une présupposition éthico-morale réussie dans toute élaboration des droits de l'homme. Et Ego ne peut être

⁵ Ibid, p. 68

⁶ De l'éthique de la discussion, p. 19.

⁷ Ibid, p. 59.

⁸ Ibid.

appréhendé que lorsqu'on le présuppose dans cette disposition d'esprit. C'est non idéalisé.

2- Le Pari idéalisant

L'idéalisation de la condition et de la situation de l'homme est une force et une obsession humaine. L'homme n'est en sécurité que dans un environnement mentalement crédible qui lui offre les garanties d'un concept matériel, mais aussi vital minimal.

Le dépassement mental de la situation sans cesse ponctuée par la peur et la routine pousse l'homme sans cesse à se plonger dans l'imaginaire où la situation vitale contredit ses réalités existentielles faites de malheur et de désastre. Cette capacité « *d'immigration mentale* » répétitive que l'homme fait sans cesse est signe de désir de surréalité sur laquelle on peut présupposer une force constructive capable d'idéaliser un mode de vie inconnu, un idéal. C'est sur cette capacité que, d'après Habermas, on peut parier pour supposer l'homme capable, à chaque fois, de transcender les réalités existentielles quotidiennes ; les exigences et contingences de son propre milieu, pour contribuer à bâtir un monde ou une société où sa réalité n'aura d'effet que dans le résultat d'une procédure équitable, d'institutionnalisation ou de validation.

D'après Habermas, une telle foi en la capacité humaine est une présupposition dans la mesure où tous les hommes désirent vivre heureux et que cette aspiration à la vie harmonieuse n'est pas seulement idéale, mais que par l'acte même, et la foi, en leur pouvoir et capacités bien des humains sont parvenus à se hisser au sommet de leurs rêves et projections dans la vie.

Autrement, cette promesse égocentrique de réaliser ses rêves, ce ne sont pas tous les hommes qui en ont la capacité. Comme des hommes ont réussi à traduire leur rêve en acte, bien des hommes ne sont jamais arrivés à faire de leurs projections une réalité concrète.

Le pari idéalisant est alors un « *pronostic* » que l'on fait sur cette contingence des capacités humaines, sur cette élévation possible que l'homme vise sans cesse dans sa vie de tous les jours. Les moyens d'une telle projection ne sont pas exclusivement matériels. Autrement dit, les présuppositions ne sont pas exclusivement réalisables par les faits, ceux-ci ne pouvant qu'être du domaine concret. C'est pourquoi Habermas, en même temps qu'il se fondait sur cette capacité de transcendance pour désigner cette force d'idéaliser, parlait de présuppositions contrefactuelles « *desquelles doivent partir les participants d'une argumentation* »⁹.

⁹ Droit et Démocratie, p. 349.

D'après Habermas, ces présuppositions contrefactuelles qui se fondent sur le pari idéalisant, c'est-à-dire le fait pour l'homme de transcender sans cesse sa condition, sa situation existentielle, son milieu de vie, ses réalités historico-temporelles, dénotent aussi une capacité de s'oublier pour le bien universel, le bien de tout le monde. Or la capacité de s'oublier est une vertu universelle qui débouche sur un bénéfice commun. Donc l'homme qui est capable de se surpasser du poids et des tentatives de l'égoïsme est aussi capable de transcender ses convictions personnelles pour l'instauration d'un droit commun.

C'est pourquoi pour Habermas, la présupposition contrefactuelle « *ouvre une perspective qui leur [hommes] permet de dépasser ce que leur contexte spatio-temporel et les pratiques, de justification habituelles là où ils se trouvent ont d'inévitablement provincial aussi bien dans l'Action que dans l'expérience, autrement dit de rendre compte du sens des prétentions à la validité qui transcendent leurs contextes chaque fois donné* »¹⁰.

Cependant, pour Habermas, « *à travers les prétentions transcendantales, les participants ne se transportent pas eux-mêmes dans l'au-delà transcendant. Il a un règne idéal d'êtres intelligibles* »¹¹. Autrement dit, la projection dans l'univers idéal n'est pas corporelle ou matérielle, elle est dans l'ordre transcendant.

Et supposer l'homme comme capable de surmonter tout ce que le réel lui offre de biens, c'est le poser comme un individu qui ne se satisfait jamais de conditions d'existences définies, et donc qui désire toujours plus et mieux. Désirer, c'est vouloir, c'est se projeter. Le désir est un besoin de transcendance, de dépassement. C'est donc un fait humain. Or, le désir ne se trouve nulle part ailleurs que dans l'Idée. Ce que l'on désire est dans un objet hors de notre portée et qu'il faut posséder, pour détenir ce que l'on désire. Être capable de désirer donc, c'est être conscient d'abord et être conscient de ses limites et des exigences pour atteindre ce qu'on le désire. Dès lors, porter sur la capacité d'idéalisation de l'homme, c'est le supposer capable de désirer quelque chose qu'il veut, un idéal et, susceptible de trouver les moyens et règles à s'appliquer et suivre pour arriver à une telle fin, puisque l'individu qui désire ne possède pas encore ce qu'il désire et donc forcément il n'est pas encore dans son idéal. C'est pourquoi, pour Habermas, « *les individus ne se transportent eux-mêmes* » dans le lieu de leur désir. Ils en ont juste le désir.

C'est alors, d'après Habermas, « *à la différence de ce qui se passe dans le cas d'une projection d'idéaux à la lumière desquels il nous est possible d'identifier les écarts, « aucun rapport de correspondance, aucune comparaison entre idée et réalité n'entre en ligne de compte dans les suppositions*

¹⁰ Ibid, p. 349.

¹¹ Ibid.

idéalisantes que nous devons toujours déjà faire si tant est que nous souhaitons nous entendre »¹².

3- Les présuppositions pragmatiques universelles

La contrainte est un poids sous lequel aucun participant au processus d'instauration de la volonté commune ne peut tenir pour se déterminer en toute conscience face à des questions qui se posent. Ainsi, les participants à l'édiction des droits de l'homme doivent être libres afin que les décisions qu'ils arrêtent puissent être considérées comme objectives et valables dans le cadre de l'Etat-Nation, mais aussi avoir une dimension universelle.

Habermas pense donc à la réunion des conditions pratiques de détermination objective, et d'impartialité des décisions. Pour cela, « *les participants doivent, pragmatiquement, présupposer qu'en principe, tous les concernés participent, en tant qu'êtres libres et égaux à une couche coopérative de la vérité où ne se vaut que la seule force de l'argument meilleur* »¹³.

Et pour lui, c'est sur cet état de fait « *de pragmatique universelle que repose le principe de l'éthique de la discussion* »¹⁴.

L'universalité des droits de l'homme exige que les préalables qui président à son institutionnalisation se passent de contingences et de contraintes. Car exercer un droit sous le poids de la contrainte, c'est s'en acquitter de manière partisane puisque la liberté seule garantit la partialité et la rationalité du choix opéré.

En conséquence, ces présuppositions de pragmatiques universelles s'imposent à l'environnement discursif et à la communauté intellectuelle qui mène les débats. Cette communauté doit être choisie de telle sorte que chaque participant se sente disposer d'une place pour donner un point de vue et le soutenir. Quel que soit la diversité de l'Assemblée, chaque participant doit être en mesure d'être dans les dispositions à donner son avis en toute liberté.

Laisser libre cours à la divergence d'opinions, de niveaux intellectuels, de multiculturalité différente, c'est demander et poser que chaque participant est capable d'apporter, pour la fécondité et la richesse des décisions sur lesquelles il faut parvenir, une idée constructive ; c'est rendre riches les débats et différencier les propositions cognitives ayant force de loi pour l'édiction des droits de l'homme. Car dire comment je conçois un droit en fonction de ma réalité vitale, c'est « *demander quel est le bien pour moi ? [qui] signifie demander comment*

¹² Droit et Démocratie, p. 349.

¹³ Ethique de la discussion, Flammarion, p. 61.

¹⁴ Ibid.

je pourrais vivre et accomplir au mieux l'unité (d'une vie individuelle). Demander qu'est-ce qui est le bien pour l'homme [qui] signifie demander ce qui doit être commun à toutes les réponses à la question précédente »¹⁵. Or, tout ce questionnement individuel aboutit en dernier ressort à une participation active de l'édiction du droit qu'offrent les présuppositions pragmatiques universelles.

C'est pourquoi, pour Habermas, les présuppositions pragmatiques universelles doivent être remplies par les conditions d'instauration du droit et constituer les « rails » par où doit transiger le train de la discursivité humaine. *« Les présuppositions pragmatiques universelles, d'après lui, auxquelles les participants à une argumentation doivent toujours procéder à leur entrée dans une argumentation, qu'elle soit institutionnalisée ou non, n'ont nullement un caractère d'obligation d'action, elles ont plutôt le caractère d'une nécessité transcendantale »¹⁶.*

Autrement dit, les présuppositions pragmatiques universelles ne sont pas conditionnées par la temporalité de l'action ou les contraintes du réel et de l'idéal à atteindre. Elles se situent à un niveau individuel où l'homme mesure la portée de ses actes, son discours, en fonction de la société idéale qu'il contribuera à bâtir en participant de manière équitable et éthique au processus politique. D'où la nécessité, pour l'homme, de se départir de tout poids et de toute pression pouvant avoir une quelconque influence sur sa détermination.

4- Les présuppositions communicationnelles

La « *grandiose tentative de reconstruction* »¹⁷ procédurale du droit, de la volonté politique et des droits de l'homme, quelle que soit la rigidité des dispositions qu'elle met en œuvre matériellement exige, pour une appropriation personnelle, des présuppositions communicationnelles confirmées des participants. La procédure d'édiction des droits de l'homme ne peut être considérée comme valable que lorsque les individus confirment leur prédisposition à la « communication constructive » dans le cadre d'un échange pré-établi. C'est ainsi que cette confirmation à la prédisposition communicationnelle des sujets doit, non seulement être de mise dans le cadre d'un examen pré-procédural, mais également dans le champ même de la procédure d'instauration des droits de l'homme. Et cela du fait que, selon Habermas, « *la quête de la vérité, avec la présupposition d'un consensus intersubjectif, doit également anticiper la morale d'une société de communication idéale* »¹⁸.

¹⁵ Alasdair MacIntyre, cité par Habermas dans *l'Ethique de la discussion*, p. 82.

¹⁶ *Ethique de la Discussion*, p. 122.

¹⁷ Habermas, *Raison et légitimité*, Paris Payot, 1976, p. 204.

¹⁸ K.O. Appel cité par Habermas et repris par le professeur Sékou Pathé Guèye, dans *Du bon usage de la démocratie en Afrique*.

En effet, les présuppositions communicationnelles des participants exigent d'eux une capacité à émettre un jugement à une assemblée et à la soutenir quelles que soient les positions et la facondité avec lesquelles leurs auteurs les soutiennent dans le cadre de l'affrontement discursif. La rationalité communicationnelle exige une capacité d'argumentation et d'appuis des convictions personnelles pour lesquelles on soutient une cause plutôt qu'une autre.

Or dans le cadre de l'autodétermination et de l'élaboration du droit commun, les arguments que des participants s'opposent sont tellement valables qu'il faudrait que chaque participant soit muni d'un minimum communicationnel afin qu'il puisse émettre un jugement sans être noyé par les objections des adversaires. Et cela ne peut être le cas que lorsqu'à priori, tous les participants sont supposés détenir les capacités communicationnelles nécessaires, puisque c'est de la richesse de cette communication que peut se « *dégager un potentiel de rationalité inscrit dans la pratique communicationnelle quotidienne qu'elle-même* »¹⁹. C'est pourquoi, pour Habermas, « *l'activité communicationnelle renvoie à une argumentation au cours de laquelle les participants justifient leurs prétentions à la validité en face d'un auditoire idéalement élargi. Les participants de l'argumentation partent de la supposition idéalisante d'une communauté de communication qui n'avait de frontières ni dans l'espace social ni dans le temps historique, et, selon une formulation de K.O. Appel doivent présupposer, à « l'intérieur » de leur situation sociale réelle, la possibilité d'une communauté idéale* »²⁰.

Présupposer une communauté de communication idéale, c'est admettre que tous les participants à une discussion de fondation ont les capacités nécessaires pour poser un débat et le soutenir. Savoir poser un débat, c'est être capable d'accoucher de sa réflexion, de l'extérioriser de la manière la plus compréhensible possible ; c'est savoir la confronter aux autres opinions. Or là confrontation d'opinions, pour autant qu'elle vise à promouvoir une opinion et rejeter une autre s'avère être une discussion, puisque discuter, c'est démontrer que l'on peut avoir raison. Et l'on ne peut avoir raison que lorsque les thèses que l'on avance surplombent, non en vérité, mais en pertinence, c'est-à-dire plus « adaptable » et intelligible comme droits de l'homme dans le cadre d'une société Universelle. C'est pourquoi, pour Habermas, la présupposition communicationnelle est une prédisposition discursive puisque son mobile est la discussion. C'est ainsi que pour lui, l'Assemblée communicationnelle suppose deux facteurs principaux : une assemblée dont chaque membre dispose des mêmes capacités communicationnelles c'est-à-dire une force d'argumenter et

¹⁹J. Habermas, Espace public, Paris Payot 1978 voir aussi l'ouvrage du professeur Sémou Pathé Guèye Du bon usage de la Démocratie en Afrique, NEAS p. 55.

²⁰Droit et Démocratie, p. 349.

une possibilité réelles, et une communauté idéale qui serait prête à juger et à éprouver les arguments afin d'en tirer une vérité.

C'est ce que K.O. Appel décrit, **dans l'Éthique à l'âge de la science**, en ces termes :

« Celui qui argumente présuppose toujours deux choses en même temps : premièrement, une communauté communicationnelle réelle dont il est devenu lui-même membre par un processus de socialisation, et, deuxièmement, une communauté idéale qui serait capable de comprendre adéquatement le sens de ses arguments et de juger définitivement de leur vérité »²¹.

En Conséquence, les présuppositions communicationnelles se situent principalement à deux niveaux. D'une part à un niveau où c'est la personne qui participe au processus politique qui l'incarne et d'autre part dans celui où c'est l'Assemblée elle-même qui en fait montre dans la mesure où elle est composée d'individus dont les capacités communicationnelles sont supposées avérées. C'est pourquoi, pour Habermas, *« Une telle formulation favorise le mal entendu selon lequel la communauté de communication idéale » aurait le statut d'un idéal ancré dans les conditions Universelles de l'argumentation et qui serait susceptible d'être réalisé par approximations »²².*

Les présuppositions communicationnelles supposent alors le paradigme du langage par lequel seront menés les différents types de discussion devant contribuer à l'instauration des droits de l'homme.

II – FONDEMENTS ET FONDATION DES DROITS DE L'HOMME : LE PARADIGME DU LANGAGE

1- L'équité discursive

Si on peut réellement poser la possibilité d'une formation d'un droit qui s'origine dans le libre-arbitre des participants au processus de l'autodétermination, c'est que les discussions ne peuvent être effectives que lorsqu'elles s'épanchent sur le paradigme du langage. Du fait que, les conclusions de tout processus d'autodétermination résultent de convictions socio-politiques, posées au sein d'un « tribunal » comme objet « d'examen », toute vision globale, toute adoption d'un droit commun est gage d'une exploitation équitable du langage dans les discussions qui s'instaurent entre participants. C'est pourquoi, pour Habermas, *« tant que le langage n'est employé que pour transférer des informations et des redondances, la coordination des acteurs est effectuée par l'influence réciproque qu'exercent les uns sur les autres des acteurs qui poursuivent leurs fins. En revanche, dès lors*

²¹ K.O Appel. L'éthique à l'âge de la Science. L'affaire de la communauté communicationnelle et les fondements de l'éthique, trad. R. Lellouche et I ; Mittman, presses universitaires de Lille, 1987, p. 130 voir aussi Jürgen Habermas Droit et Démocratie, p. 348.

²² Droit et Démocratie, p. 348.

que ce sont les forces illocutoires des actes de parole qui sont chargées de coordonner les actions, le langage, lui-même, se révèle être la première source de l'intégration sociale»²³.

« *Coordonner les actions* » par le langage, pour Habermas, transcende le simple jeu d'échanges qui s'instaure entre participants lorsque la transmission des informations, et les interactions s'effectuent d'une manière pyramidale, voire verticale. La coordination des actions qui s'appuient sur le langage se pose d'une manière équitable dans laquelle les forces adverses d'instauration de la discussion se mesurent en terme d'égalité et d'équilibre, c'est-à-dire que les participants à l'élaboration d'un droit commun doivent d'abord disposer du même langage et dans le cadre des discussions, s'épancher sur les mêmes questions avec les mêmes tranches horaires, instaurées pour l'examen d'une norme quelle qu'elle soit.

C'est d'ailleurs, pour Habermas, ce qui fait la différence entre raison pratique et raison définie par la communication. Pour lui, la première différence réside dans le fait que la raison définie par la communication « *n'est plus imputée ni à un acteur isolé ni à un macro-sujet social ou étatique* »²⁴. Et de continuer : « *c'est bien plutôt le medium du langage, au moyen duquel se tissent les interactions et se structurent les formes de vie, qui crée la possibilité d'une raison fondée sur la communication* »²⁵. C'est « *cette rationalité (...) inhérente au telos de l'entente [qui] forme un ensemble de conditions à la fois de possibilité et de limitation* »²⁶.

Le paradigme du langage est un « *fait thérapeutique* ». Pour peu que les participants au processus d'instauration et d'édiction du droit jouissent de conditions compréhensibles pour faire éclore leur volonté, le langage contribue à l'instauration d'un mécanisme pouvant être pris comme un « *couvre-feu* ». Sur l'incompréhension mutuelle qui pouvait résulter d'une insubordination aux mobiles des discussions, une équité fondée sur la rationalité même est suscitée par le devoir d'échanges ; un devoir qui rend compte de la légitimité de la procédure, permet une reconnaissance intersubjective et une légalité universelle des droits de l'homme au-delà de l'Etat-Nation.

L'équité discursive décrit alors les conditions pratiques dans lesquelles tous les participants contribuent, de manière équitable et libre, à l'instauration et à l'édiction des droits de l'homme et du droit commun. Elle pose surtout l'égalité comme principe substantiel auquel a droit tout participant au processus d'autodétermination.

²³ Droit et Démocratie, p. 32.

²⁴ Droit et Démocratie, p. 16.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

Lorsque les sujets se confrontent dans « l'arène » de la discussion, l'égalité dans l'application des normes discursives doivent servir à instaurer des débats où chaque individu a le droit de donner un avis avec les mêmes privilèges accordés aux uns et aux autres. Autrement dit, les participants doivent traiter des mêmes sujets, avec les mêmes langages, le même principe d'arbitre que légifère la rationalité d'une idée émise.

En d'autres termes, dans le cadre du paradigme d'instauration du droit, l'exclusion et l'arbitraire sont bannis pour que la raison communicationnelle retrouve sa rationalité et la discussion son objectif de « *reconstruire cette vision* »²⁷ commune qui transcende les réalités et les formes de vies particulières. Et c'est, selon Habermas, le but de la théorie de la discussion qui est « *une tentative de reconstruire cette vision de telle sorte qu'elle puisse affirmer son autonomie normative vis-à-vis de certaines assimilations esthétiques* »²⁸.

Ensuite, d'un point de vue qualitatif, l'équité discursive appelle à des participations équitables dans le mode de discussion en vigueur pour déterminer les droits de l'homme dans un cadre social déterminé. En d'autres termes, Habermas suggère, pour des raisons de pertinence, que les sujets qui participent à un débat soient de même niveau intellectuel, afin de pouvoir se comprendre mutuellement et disposer d'atouts cognitifs pouvant les permettre de dépasser, sans cesse, les situations en ne faisant pas de "sursaut".

La prise en compte d'une opinion, sa mise en valeur et son analyse dépend de la manière dont elle est perçue par les sujets qui participent aux débats. En vertu d'une telle évidence, l'arrêt de toute conclusion dans le jeu des règles d'institutionnalisation doit tenir compte de plusieurs facteurs dont l'équilibre, le principal moteur de validation des conclusions. L'équilibre dans les règles d'argumentation en vertu desquelles chaque sujet participe ; l'équilibre dans la diversité des sujets qui participent et par quoi chaque couche se sent concernée ; l'équilibre dans les moments dévolus à chaque participant ; et enfin l'équilibre dans les usages des types de discussions introduites pour valider une conclusion.

C'est ainsi que Habermas dira que « *d'une façon générale, le principe de la discussion soumet la validité de toutes sortes de normes d'action à l'assentiment de ceux qui, en tant qu'intéressés, participent à des discussions rationnelles. Dans la mesure où ce principe de discussion est appliqué à des normes de comportement qui, dans un groupe illimité de destinataires, réglementent des interactions simples, les questions qui surgissent sont celles*

²⁷ Droit et Démocratie, préface.

²⁸ Jürgen Habermas et John Rawls, Débat sur la justice politique, éditions Cerf Paris 1997, Droit et Démocratie, Paris, Gallimard, 1997.

auxquelles correspondent un certain type de discussion, à savoir la forme de l'argumentation morale (...) A la logique de ces argumentations, correspondent différents types de discussions et de négociation »²⁹.

Autrement pour Habermas, l'équité discursive, qui régule les conditions de participation aux débats et d'en déterminer les mécanismes, incite, en vertu de son impartialité, à plusieurs typologies discursives.

a)- Les discussions juridiques dans lesquelles les questions « pratico-morales » sont traitées d'une manière qui les instaure par la voie d'institutionnalisation. Selon Habermas, à ce niveau, *« l'argumentation morale est, en effet, limitée à mains égards : méthodologiquement parce qu'elle est tenue au respect du droit en vigueur; matériellement, car elle doit tenir compte des thèmes et des preuves à produire; socialement, car elle doit tenir compte des participants, de leurs présupposés, de leurs préventions et du partage des rôles ; et enfin temporellement car elle doit tenir compte des délais de décisions »³⁰*. Et donc, ce qui est déterminant dans les discussions juridiques, c'est le principe neutralisateur de l'effet dévastateur du principe moral qui incite au «sentimentalisme». A ce niveau, seule la législation juridique, garantie par une éthique discursive, confère, temporellement, socialement, matériellement, méthodiquement aux participants une répartition équitable de la prise de parole.

b)- Les discussions pragmatiques examinent les opportunités des choix stratégiques en tant qu'ils permettent de voir clairement dans quelle direction l'action est concertée.

c)- Les discussions morales permettent de comprendre le sens des exigences vitales et l'effort de s'adapter aux nécessités du système indépendamment de toutes finalités ou préférences subjectives. Habermas dira qu'ici *«ce que l'on «doit» faire signifie que la pratique correspondante est juste»³¹*.

d)- Les discussions de justification permettent de justifier naturellement un choix opéré. Elles appellent à un examen sans cesse de suppositions, des fondements en vertu desquels des choix sont opérés et des décisions arrêtées. En somme, elles justifient les décisions selon une procédure équitable de participation discursive.

e)- Les discussions de fondation en raison permettent de dégager une volonté politique commune selon des règles procédurales, déterminées. Mais, elles ne peuvent pas *«prendre en compte des constellations possibles de cas*

²⁹ Droit et Démocratie, p. 177.

³⁰ Droit et Morale, p. 69.

³¹ Droit et Démocratie, p. 189.

futures» dans la mesure où l'application de toutes normes, de toutes valeurs, exigent que les sujets participent équitablement de manière argumentée. C'est pourquoi Habermas proposera, parallèlement aux discussions de fondation en raison, des discussions d'application qui prônent l'impartialité d'un jugement s'affirmant à travers un principe d'adéquation et non par un principe d'universalisation.

En définitive, l'équité discursive fait appel à des procédures de discussions équitables, aussi bien au niveau participatif qu'au niveau de l'usage des types de discussions. Une discussion ne peut produire des conclusions validées que dans la mesure où elle offre une crédibilité fondée sur des mécanismes de validation. La crédibilité d'une telle discussion est jugée à l'aune des mécanismes qui président à son effectivité. En tant que moyen de déterminer une volonté politique et des droits de l'homme, les discussions, quel qu'en soit le type, doivent remplir les conditions d'équité en vertu desquelles elle font force de moyen. Sinon, elles seraient une volonté partielle reconnue comme celle de quelques sujets à l'exclusion d'autres. Ce qui pose des difficultés quant à l'universalité. Il en est ainsi des droits de l'homme tel que nous les connaissons aujourd'hui. Ces exigences d'équité dans les discussions vont rentrer dans les paramètres de la négociation dont la finalité ne peut, en dernière analyse, qu'aboutir à l'union des préférences.

2 - La négociation comme unification des préférences.

La société, d'après Habermas, est un système complexe en vertu d'une multiplicité d'individus et donc de désirs, d'intérêts et forcément de préférences. Mais en tant que régie par l'interaction, pouvant être orientée vers une vision commune de l'action, la société peut être transformée comme comportant une unicité dans la nécessité de vue et de préférences.

Du fait que les actions sont toujours orientées vers les préférences et les intérêts, la société doit toujours comporter, parmi d'autres moyens, une technique de "participation" des positions factices ou secondaires. Dans l'interaction, les sujets sont certes amenés à avoir une vision commune, des actes communs par l'intersubjectivité, mais pour une intercompréhension plus active, ils sont amenés à définir eux-mêmes, par leurs positions, ce qu'ils voudraient déclarer être leur volonté. C'est pourquoi Habermas introduira le concept de négociation en vertu duquel les sujets peuvent déterminer, dans la communication et la contradiction, ce qu'ils entendent instituer comme leur droit et leurs droits l'homme. D'après Habermas, la négociation signifie l'engagement, dans la communication, par lequel un sujet est amené à convaincre un autre sujet à accepter des propositions qu'il estime juste. *«Négociation signifie, pour lui,*

s'engager dans la communication dans le but de percer ou d'induire l'interlocuteur à accepter la prétention que l'on émet»³².

D'après Habermas, si les sujets s'engagent à négocier, c'est parce qu'ils acceptent de trouver une issue commune à leurs exigences; c'est qu'ils comptent s'accorder sur une position commune dans les processus d'institutionnalisation de la volonté, mais aussi dans l'adoption de cette même volonté. La conséquence de telles règles se pose d'elle-même : a) la négociation ne peut être engagée unilatéralement, c'est-à-dire que toute négociation met aux prises, au moins, deux personnes; b) la négociation suppose la volonté de s'entendre car deux individus ne peuvent s'appeler à négocier que lorsqu'ils désirent s'accorder sur des conclusions et principes non préétablis, mais voulus et tenus pour volonté commune. Et enfin, c) la négociation unifie, par l'attente, les positions diligentées qui se dégagent des convictions des uns et des autres.

En conséquence, la négociation fait intervenir plusieurs aspects dans la volonté de s'entendre. L'entente nécessite des propositions hypothétiques qui puissent, en l'absence de moyens ponctuels, arrêter des décisions, de faire valoir de garanties. En effet, lorsque des sujets sont emmenés à négocier sur une difficulté qui peut porter préjudice aux deux parties dans sa réalisation, l'accord peut s'effectuer par le biais de menaces ou de promesses. En effet, sur l'entente, selon Habermas, *«les négociateurs peuvent s'appuyer sur des menaces et des promesses qui seront exécutées à l'extérieur de la réunion-même*»³³.

D'après Habermas, les promesses et les menaces ont force d'entente dans la mesure où ils permettront de combler un gap de moyens non disponibles en vertu desquels les sujets s'accordent. En d'autres termes, du fait d'un manque d'objectifs qui fassent intérêt aux sujets et qui leur confèrent l'obligation de s'accorder rapidement, les sujets peuvent se renvoyer ultérieurement en faisant disparaître l'entente à des principes extérieurs à la rencontre. C'est ce qu'il entend par promesses.

La promesse est un commode moyen de renvoyer ultérieurement. Promettre, c'est différer la réalisation de quelque chose à l'obtention de tous les éléments nécessaires. Alors promettre, c'est renvoyer pour mieux exécuter ou exécuter sans complaisance, c'est-à-dire en vertu du rassemblement de tous les moyens qui rentrent dans une décision.

Il apparaît nécessaire que la réussite de la négociation ne découle pas forcément de la meilleure argumentation. Elle peut aussi provenir de moyens matériels et humains nécessaires pour convaincre, on appelle cela convaincre par les actes et c'est ce que Habermas appelait *«la force de négocier*».

³² Droit et Démocratie, p. 186.

³³ Droit et Démocratie, p. 186.

Selon lui, en effet, celle-ci «ne découle pas de la force du meilleur argument, mais de ressources matérielles, la force des bras, etc. Dans le cadre d'un processus de négociation, les énoncés sont assertés avec le prétention d'être crédibles, les négociateurs devant tenter de faire croire à leurs interlocuteurs que les menaces et promesses seraient effectivement mises à exécution»³⁴. Ainsi d'après Habermas, «le principe de la discussion, qui doit observer un consensus sans contrainte, ne peut ici s'affirmer que de façon indirecte, à savoir à travers des procédures qui réglementent des négociations selon des critères d'équité»³⁵. En d'autres termes, le recours à la discussion répond à des critères normatifs pour Habermas. Dans la mesure où les sujets sentent l'urgence de négocier sur quelque chose de commun, ils détermineront eux-mêmes les moyens mis en œuvre afin d'aboutir à une fin équitable. Tous les moyens entrent en jeu, mais la discussion joue un rôle égalitaire. C'est-à-dire qu'elle permet de définir les règles du jeu selon des critères d'équité.

Mais il semble ici que Habermas oublie que c'est en vertu de la discussion que les sujets peuvent transcender les divergences dans le jeu de la détermination du consensus. Autrement, pour Habermas, la discussion n'est pas dans la communication, c'est un aspect de la communication. La communication est un processus général qui met en branle la discussion par le moyen du langage, des interactions sociales, certains types de comportements et l'usage de quelques moyens pratiques. La communication en tant que mode de désignation d'un arsenal de moyens soumis aux règles de l'interaction intersubjective amasse des contours définitionnels et substantiels, qui rentrent en jeu dans la négociation.

Mais là se trouvent les limites d'Habermas. Puisque les différences entre communication, discussion et langage rendent encore plus confuse toute détermination conceptuelle des moyens de la négociation. C'est-à-dire, quelles sont les limites d'interventions du langage dans le processus de la négociation ? La discussion n'est elle pas une action du langage ? Autrement, peut-on discuter sans langage ? Le langage n'est-il pas ce qui permet la discussion ? En vertu de quoi se rend-on compte de l'effectivité de la communication ?

Mais on retiendra, enfin, que la négociation est toujours un processus qui aboutit à des résultats équitables enrageant toutes les parties en conflits. C'est une certitude contenue dans le processus ayant présidé à son institutionnalisation.

En effet, «dans la mesure où la négociation d'un compromis se fait selon des procédures qui assurent à tous les intéressés des chances égales de

³⁴ J. Elster cité par Habermas, *Droit et Démocratie*, p. 186.

³⁵ Ibid.

participation aux débats et, pendant la durée de ceux-ci, leur accordent des chances égales d'exercer une influence réciproque et offrent ainsi des chances généralement égales de faire valoir tous les intérêts en question, on est fondé à supposer que les accords réalisés sont équitables»³⁶.

Par conséquent, le processus de la négociation comme finalisé par un résultat équitable retient l'attention d'Habermas dans la mesure où c'est l'exemple type d'unification des préférences.

En vertu de la légitimité de ses fondements, Habermas se dit intéressé par cette manière par laquelle, d'ailleurs, John Elster trouvait des solutions à des divergences dans la mesure où la même technique est appliquée à des processus politiques.

Habermas définit le réalisme ici comme modèle qui permet de passer de choix en choix, de préférences en préférences selon ce même processus. Et donc « *sont peu réalistes, d'après Habermas, tout d'abord des modèles en vertu desquels les possibilités de choix et les préférences sont traitées comme des réalités données ; en effet, les unes et les autres changent au cours du processus politique* »³⁷. En conséquence, des techniques qui n'instaurent pas de tels débats, de tels processus s'avèrent incapables de prendre en charge de telles unifications des préférences dans la mesure où des discussions équitables, de relations d'hommes à hommes ne sont pas posés de telle sorte qu'un dialogue soit possible. En guise d'exemple, Habermas cite des «*préférences affirmées en réponse à des questionnaires individuels*»³⁸. De telles préférences ne peuvent être considérées comme issues de négociation dans la mesure où l'adaptation au système a fait appel à des processus aveugles d'une compréhension du système dans son ensemble.

En effet, d'après Habermas, le changement politique des valeurs et des attitudes n'est pas un processus d'adoption aveugle, mais plutôt le résultat d'une «*formation constructive de l'opinion et de la volonté*»³⁹. C'est, selon lui, ce que Ester appelle une formation autonome des préférences : «*l'autonomie est aux désirs ce que le jugement est aux croyants*»⁴⁰.

³⁶ Ibid.

³⁷ Droit et Démocratie, p. 363.

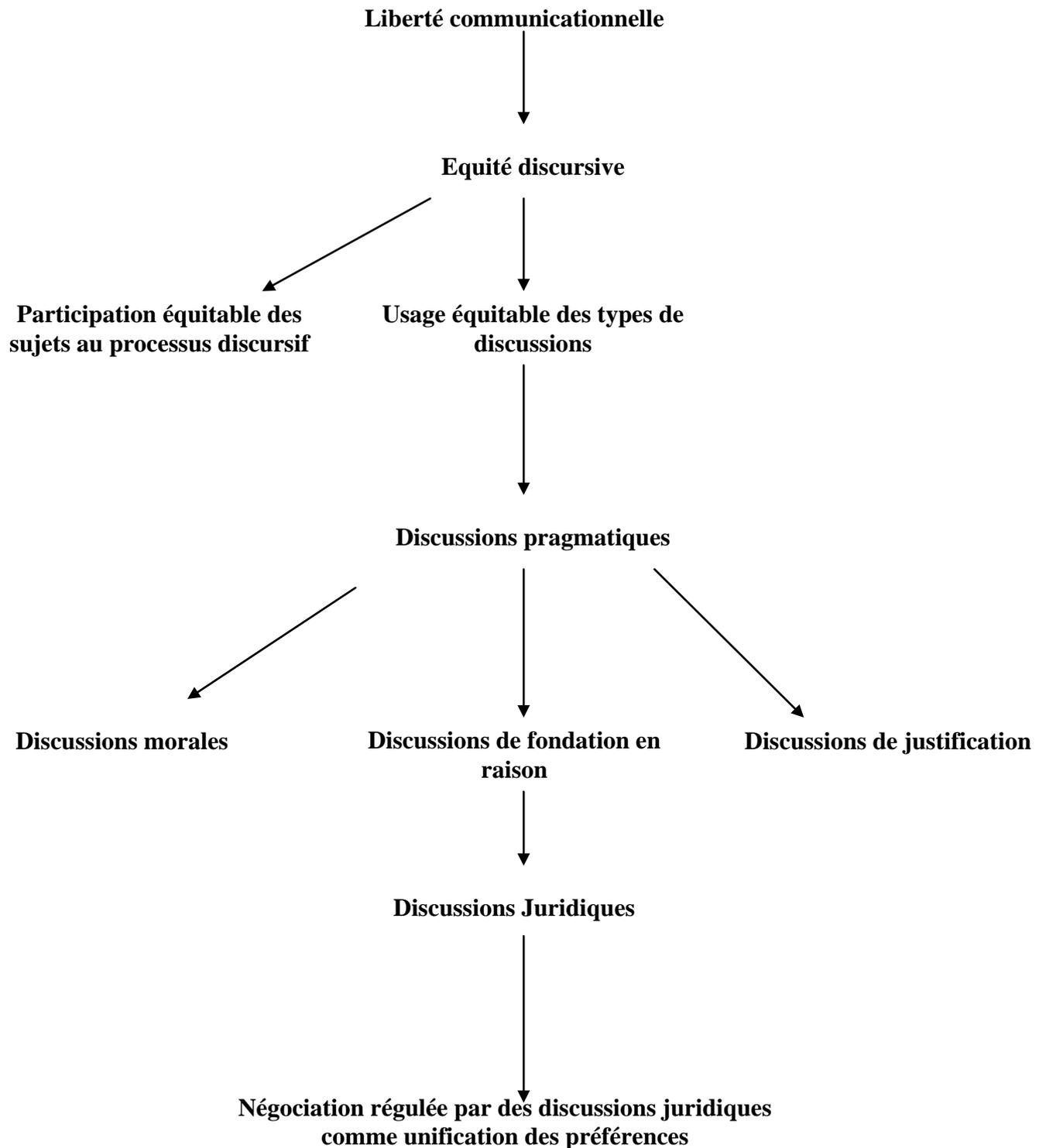
³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ John Ester dans « Marché et Forum », presse universitaire de Cambridge, 1986, p. 109, cité par Habermas dans Droit et Démocratie.

3 - Schémas du processus de matérialisation des pré-requis.

Le processus de matérialisation des négociations qui va des libertés communicationnelles aux pratiques de la négociation se pose alors comme suit :



B- Légitimation et Légitimité

I - Les Mobiles de la Légitimation :

1 - Légitimation par la procédure :

Quoique complexe, le processus qui aboutit à l'institutionnalisation de la volonté populaire demeure, chez Habermas, procédural. La volonté populaire ne saurait se valider que selon des procédures légitimes d'autolégislation des sujets de droits. En tant que résultat d'interactions, la volonté populaire et les droits de l'homme apparaissent comme les conclusions, les accords d'un long processus de négociation mené selon des normes procédurales définies et reconnues par tous et par chacun.

Pour expliquer une telle phénoménalité procédurale de la légitimation, Habermas part de présuppositions normatives. En effet, Habermas présuppose le milieu social comme un système juridique autonome différencié. Autrement, Habermas pose la société à deux niveaux :

Un premier niveau qu'on peut qualifier de prédisposition à la docilité dans lequel les comportements sont déterminés par les normes en vigueur. Autrement dit, la manière dont l'individu ou le sujet se comporte est régi par des normes et valeurs instaurées implicitement ou explicitement et en vertu desquelles les sujets traitent les questions qui les concernent, instaurent des débats concernant l'avenir de leur milieu de vie et posent des critères normatifs d'autodétermination dans leur milieu. Dans ce premier niveau, le caractère des sujets insinue une attitude de docilité, c'est-à-dire que tout ce que les sujets font, ils le font en fonction des règles en vigueur qui fixent les limites d'intervention des acteurs sociaux. Ainsi, le sujet ne peut faire ou proposer que ce qui peut le conformer aux règles de vie du milieu. En conséquence, toute résistance entraîne des sanctions implicites ou explicites qui peuvent aller jusqu'à la marginalisation.

A un second niveau, Habermas pose des règles qui résultent du comportement auto-référentiel des sujets et qui, en vertu de leur validité sociale, déterminent la norme, c'est-à-dire ce que les sujets reconnaissent être leur volonté et leurs règles de vie. A ce second niveau, il y a deux moments : un premier moment où les sujets se regardent pour s'auto-modeler leur comportement et un autre où par une reconnaissance intersubjective, les sujets valident en même temps leurs normes comportementales. Ce processus de légitimation se déroule à un niveau purement phénoménologique dans lequel les sujets s'observent et s'influencent réciproquement.

En conséquence, le comportement adopté par tous se pose comme la loi qui régleme juridiquement le processus d'autolégislation et par conséquent, de fondation des règlements périodiques. C'est pourquoi Habermas dira que la «*qualité des règlements juridiques ne se mesure qu'au respect des procédures de restauration du droit juridiquement prescrits*»⁴¹.

Il conclura que «*cette légitimation par la légalité de la procédure d'instauration du droit privilégie la provenance, c'est-à-dire la correction du processus selon lequel une norme a été rendue positive ou selon lequel elle a été décidée, sur la purification en raison de son contenu*»⁴². C'est-à-dire «*la légitimation de l'ordre juridique dans son ensemble se déplace vers un point de départ, c'est-à-dire vers une règle fondamentale ou de reconnaissance légitime sans être elle-même capable d'une justification rationnelle, en tant que partie d'une forme de vie historique, elle doit être acceptée par acclimatation de fait, c'est-à-dire par habitude*»⁴³.

D'après Habermas, c'est Niklas Luhman qui donnera une interprétation plus pertinente de la légitimation par la procédure. En effet, d'après Luhman, les procédures chargées de légitimer les droits de l'homme sont telles qu'elles ne peuvent laisser prospérer aucune prétention sur des velléités conflictuelles. En tant que chargé de filtrer «*les bonnes raisons*», les procédures institutionnalisées, sont chargées d'absorber les déceptions et de trouver des mécanismes qui puissent permettre qu'à chaque fois qu'un sujet a des «*raisons défaites*» de ne pas avoir l'opportunité de les faire émerger. «*Au cours d'une procédure, dit Habermas, les positions sont spécifiées compte tenu de leur résultat ouvert, tandis que les thèmes conflictuels sont dépouillés de leur signification pour le monde vécu et ramenés à de simples exigences subjectives de telle sorte que "le sujet récalcitrant est isolé et dépolitisé en tant qu'individu"*»⁴⁴. En conséquence, il s'agit certes de produire un consensus, mais un consensus superficiel.

Habermas dira même que ce n'est pas de produire «*un consensus, mais seulement de créer une apparence extérieure (ou de la vraisemblance de la supposition) d'une acceptation générale*»⁴⁵. Ce mode de légitimation se rencontre surtout dans les sociétés de type traditionnel où c'est, dans la plupart des cas, les normes qui déterminent l'être des individus. Autrement, l'intégration de l'individu dépend du degré d'intériorisation des normes et modèles et de leur aspect. Et toute défaillance dans le système d'adaptation entraîne sanctions.

⁴¹ Droit et Démocratie, p 222.

⁴² Ibid, p. 222-223.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Niklas Luhman cité par Habermas dans Droit et Morale, p. 62.

⁴⁵ Droit et Morale, p. 62.

Mais la légitimation par la procédure est surtout celle qui obéit aux règles procédurales des discussions de justification et d'application. En effet, en tant que destinées à la reconnaissance des sujets du droit, les normes juridiques doivent dériver de processus sérieux qui émanent des sujets eux-mêmes. Ceci ne peut être tel que lorsque les sujets eux-mêmes, par un processus d'échange et de dialogue, justifient, rationnellement, en dépit de quel motif une règle, une loi, doit être comme ceci et non comme cela. Cela suppose une prise en compte complète de tous les avis sur les questions. Or, cela ne peut être tel que quand les sujets eux-mêmes expliquent les soubassements des positions qu'ils prônent. Dans les discussions de justification, les acteurs expliquent les faits et dans les discussions d'applications, ils s'efforcent de les adapter à la réalité de leur propre milieu existentiel.

La légitimation donc ne peut s'affranchir de telles évidences discussives pour se retrouver à la frontière des normes existentielles établies selon des procédures informelles. Certes les lois reconnues comme valides tirent leur légitimation de procédures légales car reconnues intersubjectivement par des individus qui se donnent la peine de vivre conformément aux normes en vigueur. Mais elles ne peuvent être réellement valides que lorsqu'elles se posent selon des principes légitimes qui confèrent à chaque acteur le droit de participer et de soumettre sa position au tribunal social de la critique des avis.

C'est pourquoi, en dépit du fait que la légitimation par la procédure puisse être expliquée selon des principes partagés, elle garde tout de même ce caractère pragmatico-démocratique dans le modèle discursif de la formation de la volonté générale et des droits de l'homme. Alors, la légitimation des droits de l'homme par la procédure garderait mieux son caractère opératoire si elle donnait à chaque membre la certitude de proposer une conception personnelle de droits de l'homme et de critiquer celle des autres.

2 - La rationalité procédurale.

Si Weber avait posé la rationalité du droit comme préalable à toute détermination conceptuelle de la norme juridique, c'est que celle-ci ne peut prétendre à une validité que lorsqu'elle s'instaure selon des règles procédurales rationnelles. Autrement, pour Max Weber, la rationalité du droit était issue d'une tactique ayant présidé à l'institutionnalisation des procédures normatives. Seulement, selon Habermas, *«l'hypothèse selon laquelle il y aurait une rationalité inhérente au droit en tant que telle, qui, indépendante et étrangère à la morale, serait le fondement de la force de la légitimation de la légalité ne s'est pas confirmée»*⁴⁶. Autrement, pour Habermas, ce qui garantit le rationalité du droit, ce n'est guère une astuce indépendante et différente de la morale. La morale en tant que référence normative des sujets en cas d'absence ou

⁴⁶ Droit et Morale, p. 44.

d'indétermination de la norme juridique et ce qui confère au droit sa rationalité. La rationalité n'est pas alors un droit ou une souffrance se trouvant au sein du droit même et en vertu de laquelle son usage est orienté vers tel un tel sens. La rationalité souligne la pertinence de l'aspect de la morale dans les procédures d'institutionnalisation juridique et détermine comment le droit doit s'accommoder de la réalité existentielle, s'il veut avoir une signification et un sens aux yeux de ses destinataires.

C'est pourquoi, la rationalité procédurale se posera selon différentes formes par lesquelles le droit acquiert sa légitimation authentique. Elle se posera, d'abord, sous forme d'impartialité du sujet qui préside à l'édition des normes en vigueur. Autrement les sujets, en tant que destinataires des droits légitimes, doivent faire preuve de dépassement de tout intérêt partisan pouvant permettre de choisir des convictions selon des fins personnelles. C'est en vertu d'une telle impartialité que les sujets peuvent reconnaître la procédure comme rationnelle. Cette rationalité procédurale se situe à la bâtisse des normes.

L'autre rationalité procédurale concernant l'impartialité se situe au niveau de la mise en œuvre des règlements ayant force d'obligation. En effet, les règlements qui font force d'obligation doivent être les mêmes pour tous les sujets qui participent au phénomène d'édition des normes juridiques. En d'autres termes, les normes qui obligent doivent obliger tout le monde et si elles interdisent, elles doivent le faire sans exception. Alors, il ne saurait avoir d'explication dans l'application des normes qui régulent le processus d'institutionnalisation des droits de l'homme. En conséquence, toute inadéquation avec une telle norme entraîne une irrationalité de la procédure d'institutionnalisation du droit.

D'après Habermas, l'idée qui se dégage de l'impartialité de la norme dans les procédures de la légitimation est relative à la fondation en raison. En effet, l'impartialité qui se déploie sous l'aspect de la fondation des normes dans les théories de la morale ou de la justice propose une procédure sur la manière dont les questions pratiques peuvent être évaluées du point de vue moral. Selon Habermas, *«la rationalité d'une pure procédure telle que celle-là, préalable à toute institutionnalisation, se mesure alors à sa capacité à expliciter adéquatement le point de vue moral qu'elle porte en elle»*⁴⁷.

Habermas dit n'avoir enregistré que trois candidats capables de produire une telle théorie procédurale relative à la justice. De tradition Kantienne, ils se distinguent cependant de par les modèles auxquels ils recourent pour fonder un processus authentique de formation impartiale de la volonté.

⁴⁷ Droit et Morale, p. 45.

D'après Habermas, le premier d'entre eux est John Rawls. Partant d'un modèle fondé sur l'accord contractuel et inscrit dans l'élucidation de la position originelle, Rawls montre comment les aspirations personnelles les plus égoïstes aboutissent, en dernière fin, à des principes justes selon des choix ayant un contenu normatif et formant des conditions de purification des velléités égoïstes. «*L'équité des résultats est, pour Rawls, garantie par la procédure qui permet qu'on les atteigne*»⁴⁸. Lawrence Kohlberg, héritant de G. H. Head son modèle de la réciprocité universelle, montre comment les sujets adoptent des perspectives liées entre elles. En effet, en vertu d'une réciprocité dans l'action qui voudrait que le sujet soit lui-même dans l'autre, Lawrence Kohlberg suggère une vision unique de la notion de sujet dans l'interaction sociale. Celle-ci, comme lieu de pratique de l'autodétermination des individus, exige qu'un sujet pourvu d'un jugement moral soit toujours dans les dispositions à s'offrir aux autres en se mettant sans cesse à leur place. Ainsi, considérant les autres comme soi-même en se mettant sans cesse à leur place, le sujet ne peut se donner que comme impartial dans l'édiction des normes sociales ainsi que dans leur exécution.

Habermas dira que les deux modèles ne se rendent pas service ou justice à «*l'exigence cognitive des jugements moraux*»⁴⁹. Selon lui, «*dans le modèle contractualiste, les institutions morales sont assimilées à des choix rationnels, tandis que dans le modèle de l'adoption de rôle elles le sont à des prestations empathiques de compréhensions*»⁵⁰. C'est pourquoi Habermas inclura, avec Karl Otto Apel, une vision rationnelle de la procédure qui intègre la morale. D'après Habermas, l'argumentation morale est elle-même la procédure appropriée de la formation rationnelle de la volonté. En d'autres termes, si on peut garantir la rationalité de la procédure, c'est pour autant qu'elle intègre une argumentation moralisée. Celle-ci se pose comme une exigence à la procédure qui doit se fonder sur des règles rationnelles assurées par la morale.

En conséquence, pour Habermas, «*droit procéduralisé et fondation morale renvoient l'un à l'autre*». Selon lui «*il ne faut pas brouiller les frontières entre droit et morale*»⁵¹, mais les tenir pour une réalité car c'est elles qui offrent à la procédure sa rationalité. Autrement, pour Habermas, il ne peut y avoir que complicité entre droit et morale en vue de réguler la procédure d'institutionnalisation des droits de l'homme selon les normes qui répondent à une certaine rationalité.

Pour Habermas, les théories de la justice n'ont offert qu'une explication qui évalue la manière dont elles comprennent la justice d'un point de vue moral. Donc, elles n'ont de similitude qu'avec les procédures juridiquement

⁴⁸ J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. Catherine Audand, Paris, éd. Du Seuil, 1997.

⁴⁹ *Droit et Morale*, p. 46.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ *Droit et Morale*, p. 47.

constitutionnalisées, «*la rationalité doit garantir "la validité" des résultats de manière procédurale*»⁵².

Habermas expliquera que les théories qui s'approchent le plus des exigences de la rationalité procédurale sont les théories juridiques. En effet, du fait qu'elles sont du domaine constitutionnel et donc répondent à des critères institutionnalisés, de ce fait indépendantes, Habermas dira qu'à l'aide de ces critères, on peut poser, du point de vue du participant, si une décision respecte des règles en vigueur ou non et en vertu duquel respect, il est jugé rationnel ou valide.

En définitive, la rationalité procédurale se pose sous l'aspect du sujet qui cherche à se conformer aux exigences de la loi morale dans la légitimation des droits de l'homme. Ce n'est que lorsque le droit est dosé par une graine de morale que la procédure peut être considérée comme rationnelle.

3 - Entente et Activité d'Entente.

Les sujets de droits, pour autant qu'ils s'orientent et orientent leurs activités et leurs actions en vue d'atteindre un objectif commun, visent à réaliser l'entente. L'entente est l'union qui se crée autour d'un idéal de vie commune et l'activité d'entente est l'acte par lequel les sujets de droits tombent d'accord sur une fin commune. L'entente est alors l'accord et l'harmonie auxquels les sujets aboutissent après des procédures équitables d'institutionnalisation en rapport avec leur diversité de formes de vie. C'est pourquoi Habermas la posera comme préalable à toute légitimité des droits et droits de l'homme.

Car s'entendre, c'est certes s'accorder, mais s'accorder en fonction des objectifs communs qui visent à réaliser les fins et les intérêts de la communauté de vie des sujets. Dès lors, l'entente permet aux sujets de valider les actes qu'ils posent comme légitimes et valides dans un ordre social, politique et économique déterminé.

C'est pourquoi l'entente peut concerner les actes ou les interactions sociales. Mais l'entente se réalise aussi le plus souvent par l'intermédiaire de débats et discussions.

En effet, le milieu social est un milieu déterminé par l'action et l'activité. Les sujets ne peuvent être considérés comme acteurs de leur vie que pour autant qu'ils se déterminent et fixent leurs comportements en fonction de leur vie et des comportements des auteurs. Le regard de l'autre demeure alors la lumière qui éclaire mes actes. Dès lors, le sujet apparaît comme influencé par la manière dont les autres le regardent, le perçoivent et eux-mêmes vivent. Ainsi, pour ne

⁵² Ibid.

pas être considéré comme ayant un comportement pathologique, les sujets cherchent, tant bien que mal, à refuser tout comportement qui répugne aux yeux des autres. L'autre qui agrège devient ainsi en même temps celui qui chosifie, valide et valorise. S'entendre avec les autres, devient alors une véritable bataille d'adoption et d'acclimatation qu'il faut gagner pour jouir de la valeur à leurs yeux. Ainsi, s'entendre avec les autres, c'est non seulement jouir de crédibilité à leurs yeux, mais aussi savoir être en accord comportemental, avec les normes et valeurs qu'ils véhiculent.

Cette première explication de l'entente, explication d'ordre empirique s'appuie sur la conception Wébérienne selon laquelle ce qui fait la légitimité des ordres sociaux, c'est la durabilité des comportements qui s'y adaptent. En d'autres termes, les ordres sociaux ne sont légitimes que pour autant qu'ils sont durables et ils ne sont durables que pour autant qu'ils valorisent l'entente par nature et donc comportementale entre les sujets. Il devient alors le joyau d'une vie sociale prospère en tant que sa validité se fonde sur ce que les sujets désirent rendre compatibles comme instituant un ordre social valide.

Une telle validité se fonde d'abord sur l'habitude, mais aussi sur la coutume. En effet, l'habitude vient de ce que les hommes, effrayés par la désintégration des systèmes sociaux, se résolvent à s'unir afin de maintenir l'ordre social qui leur assure déjà une vie harmonieuse. L'habitude devient alors l'entente réalisée afin de maintenir un système empirique et toute tentative de passer outre une telle habitude, si elle n'est précédée d'un accord préalable des sujets, entraîne la désintégration du système qui met en péril l'entente tacite nouée entre sujet.

Or la coutume aussi se fonde sur une telle acceptation de la validité. Dans la coutume, l'entente se réalise par oui-dire, autrement dit par un processus continu de transmission des ordres sociaux considérés comme valides. De telle sorte que tout refus d'adaptation paraît presque impossible dans la mesure où l'entente se fonde sur d'autres ententes, comme celle dans la société traditionnelle qui veut que les enfants obéissent à leurs parents en les écoutant et en observant les commandements qu'ils leur prescrivent. Ce qui s'avère être ceux mêmes que leurs propres parents les ont prescrits. Ce type d'Entente non fondé en droit mais en morale repose sur ce que Habermas a appelé une «*habitude sourde*.»

En effet, selon Habermas, «*la coutume repose sur une habitude sourde, pour ainsi dire mécanique, tandis que «l'action fondée sur un ordre légitime» requiert une orientation consciente en fonction d'une entente considérée comme valide»⁵³.*

⁵³ Droit et Morale, p. 82.

L'entente nécessite donc plus qu'une simple régularité dans les attentes des comportements qui se produisent selon des mécanismes cycliques, c'est-à-dire selon des procédures d'entente et de routine. *«A notre sens, dit Weber, la «validité» d'un ordre signifie quelque chose de plus qu'une simple régularité dans le déroulement de l'activité sociale, conditionnée par une coutume ou par une situation commandée par l'intérêt»*⁵⁴. Par la conception de Weber, le rideau se lève sur une appréhension de l'entente qui doit être considérée dans un cadre plus que coutumier. En effet, Habermas posera l'entente comme résultant d'une action orientée rationnellement et de manière participative en vue d'une fin. L'entente, c'est alors le résultat d'un échange commun sur des définitions tirées au clair par la magie de la communication; c'est une conclusion arrêtée par deux personnes dans la fondation de la volonté politique. Habermas dira que *«nous entendons par «entente» le fait qu'une activité qui s'oriente d'après les expectatives que suscite le comportement d'autrui possède une chance «valant» empiriquement de voir ses expectatives se réaliser, pour la raison qu'il existe objectivement une probabilité selon laquelle les autres considèreront pratiquement eux aussi ces expectatives comme significatives et «valables» pour leur propre comportement, malgré l'absence de tout accord préalable»*⁵⁵.

En d'autres termes, pour Habermas, l'entente provient des attentes comportementales que les sujets sont en droit de s'attendre les uns des autres. Mais en tant que ce surgissement est gage d'une activité qui met aux prises plusieurs personnes, plusieurs sujets prêts à s'entendre afin de réguler leurs comportements.

L'activité d'entente revient alors à dire la communication, même abstraite, qui s'instaure entre ces sujets afin de déterminer la volonté politique et les droits de l'homme. Si l'entente arrête définitivement un type comportemental, un droit définitif considéré comme droits de l'homme, l'activité d'entente est le moyen qui réalise l'entente. L'activité d'entente est alors une activité orientée, finalisée en vue de monopoliser les attentes. *«L'activité d'entente, dira Max Weber, c'est l'activité communautaire qui s'oriente (et tant que telle) dans son développement d'après cette sorte de chances d'entente»*⁵⁶.

Habermas élargira les champs de pratique d'entente en vigueur que *«dès la pratique quotidienne l'entente entre les sujets de l'activité communicationnelle est fonction des prétentions à la validité qui - sur l'arrière plan massif du monde vécu intersubjectivement partagé- suscitent des prises de position par oui ou par non. Elles sont conçues en fonction d'une critique*

⁵⁴ Max Weber, Economie et Société, Paris, Plon 1971, p. 30, rééd. Collection « Agora » 1995, t.I, p. 64.

⁵⁵ Droit et Démocratie, p. 82.

⁵⁶ M. Weber « Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive », in ID, Essai sur la théorie de la Science, trad. J. Freud, Paris Plon, 1965, p. 371, coll. « Agora », 1992, p. 349.

possible et en même temps que le risque de dissensions, offrent également l'opportunité de les honorer par la discussion»⁵⁷. En posant l'entente comme résultante de la pratique discussive, Habermas réhabilite une politique délibérative qui tient compte des préférences individuelles et des prétentions normatives des opinions personnelles. Habermas ne pense pas que l'entente puisse se réaliser sans une activité communicationnelle qui met aux prises différents protagonistes. Dans la pratique d'autodétermination des sujets, l'entente seulement peut figurer l'équité des procédures d'autolégislation. Or, l'équité procédurale de la détermination des droits de l'homme est aussi gage de sa crédibilité. Les droits de l'homme ne peuvent être crédibles que pour autant qu'ils se suintent des opinions, des directives conceptuelles des droits.

L'intérêt réalisé crée une acceptation commune, gage de légitimité des diverses acceptions et approches définitionnels du concept des droits de l'homme.

II- Les principes de la légitimité

1- De la validité des propositions :

Autant des sujets vivent ensemble selon des normes juridiques qui régulent leurs interactions, autant ils tiennent ces normes et cet ordre pour valides. La validité des normes se pose aux sujets comme un mécanisme qui jouit d'une légalité collective aux yeux des sujets soumis à cet ordre. Est valide tout système reconnu par des sujets comme ayant de la valeur et en vertu duquel ils tentent de s'orienter dans leur milieu de vie.

Dès lors, la validité d'une norme, d'une valeur, ne tient pas à son caractère régulier. L'acceptation des normes qui préfigurent leur validité se situent à un niveau plus que de routine et habituel. Dans nos sociétés, le caractère valable des propositions émises pose aussi en même temps leur statut opératoire. Autrement dit, des propositions sont considérées comme valides tout simplement parce qu'elles sont valables. Etre valable pour une proposition, c'est avoir du sens en vertu des réalités vitales des sujets soumis aux exigences de leurs propres interactions. La proposition valable est celle dont les sujets reconnaissent une valeur et un sens dans leur mouvement d'autodétermination. Dire une proposition valable, c'est alors dire la valeur qu'elle induit et incarne au regard des sujets de droit. En conséquence, en vertu de sa « *valabilité* », une proposition est valide, car elle est intégrée dans le système de normes juridiques qui régulent les interactions sociales.

Cependant, la validité des propositions et des normes juridiques se passe de simples reproductions coutumières et habituelles des comportements sociaux

⁵⁷ Droit et Démocratie, P. 348.

tels que conçus par une société et un milieu de vie déterminé. Mieux qu'un fondement de type coutumier ou habituel, la validité d'une norme intègre l'adoption des réalités existentielles et des modes de vie individuelle.

L'adoption de telles réalités non seulement est posée comme une exigence vitale en vertu d'une aspiration commune à l'autodétermination, mais en tant qu'intériorisation des modes de vie des autres comme moi dans le cadre d'une vie partagée inter-subjectivement. C'est pourquoi, plus qu'une régularité, c'est-à-dire un fait évoluant qui fait que les choses se posent et se reposent, la validité comprend la méthode d'institutionnalisation fondée sur l'acceptabilité réciproque des opinions des sujets émises en vue d'une légalité procédurale. Et Max Weber, considérant la validité au-delà du simple fait factuel qui veut que les choses se reproduisent et se posent selon un ordre déterminé, intégrera, dans le concept de validité, tous les contours définitionnels et certains mécanismes de formation de la volonté. Autrement pour Weber, il n'y a pas de validité comme posé une fois pour toute. Il n'y a que des validités comme posées en vertu d'un système appelé à se désagréger et à laisser la place à d'autres systèmes et normes juridiques appelés eux-aussi à valider leur propre mécanisme d'autodétermination.

D'après Habermas, Max Weber considérant la « validité » d'un ordre comme « *plus qu'une simple régularité dans le déroulement de l'activité sociale* »⁵⁸, intègre la diversité des motivations dans l'attente des comportements normatifs. Pour Habermas, en effet, Weber a véhiculé, en d'autres termes, l'idée que « *les motivations permettant d'atteindre les comportements des autres sont indifférentes. Mais ces motivations incluent, à tout le moins, aussi la supposition justifiée d'un « ordre légitime* », et celui-ci repose sur un consensus axiologique, en ce sens que les idées et/ou les valeurs qui s'y incarnent doivent être intersubjectivement reconnues »⁵⁹. Ce que Habermas pose, c'est l'impossibilité d'avoir des raisons communes en vertu desquelles les sujets se meuvent et orientent leur vie. En effet, pour lui, la vie, c'est les motivations que les sujets font montre, pour autant que ces motivations permettent, au même titre que les autres sujets, de se déterminer en fonction d'une même fin que celle qui agréé la collectivité. Une fin commune ne peut être obtenue qu'en dépit de motivations diverses et divergentes qui brouillent et brouissent l'atmosphère silencieux du cercle individuel et collectif de reconnaissance des normes sociales. C'est dire qu'Habermas pose deux problèmes : un ordre qui a trait au contenu significatif qui puise sa valeur dans les déterminations individuelles, c'est-à-dire les motivations personnelles qui guident les actions des sujets. Et la reconnaissance d'un tel ordre qui s'oriente selon des maximes considérées comme valables.

En conséquence, dans les interactions des sujets pris individuellement d'abord puis collectivement ensuite, comportent toujours un ordre, puis une

⁵⁸ Voir Max Weber, *Economie et Société*, Paris, Plon 1971, p. 30 rééd. Collection « Agora » 1995, t. I, p. 64.

⁵⁹ *Droit et Démocratie*, p. 82.

reconnaissance de cet ordre comme valable. Le caractère valable de cet ordre en tant que résultant de l'intérêt que les sujets lui accordent confère sa validité. En d'autres termes, toute proposition est d'abord un ordre, puis, acquiert sa validité de la reconnaissance de son statut d'ordre.

Cette distinction, Max Weber l'a posée aussi comme base de légitimité conceptuelle de toute détermination sociale des sujets. En effet pour Weber, distinguer, c'est distinguer « *un ordre* » de sa validité. Pour Max Weber, ce que les gens ont coutume de considérer comme valables n'est rien d'autre qu'un ordre en tant que positions individuelles des motivations des sujets qui s'affrontent « *cognitivement* » dans le terrain de la reconnaissance sociale et politique.

Voici la définition que Weber donne à chacun de ces termes.

« *Nous désignons d'une part le contenu significatif d'une relation sociale par le concept d'« ordre » uniquement dans le cas où l'activité se guide (en moyenne ou approximativement) sur des maximes qu'on peut expliciter. Nous parlerons d'autre part de « validité » de cet ordre uniquement lorsque l'orientation effective de l'activité selon ces maximes se fait pour le moins aussi (c'est-à-dire dans une mesure importante) pour la raison qu'elles sont considérées comme valables d'une manière ou d'une autre pour l'activité qu'elles soient obligatoires et exemplaires* »⁶⁰. Weber distinguera l'ordre que les sujets respectent pour des motifs rationnels de l'ordre existentiel instauré par la coutume, l'habitude, ou encore la tradition. Et, selon lui, l'ordre fondé sur des motifs rationnels est plus instable du fait qu'il s'instaure selon des principes en finalité notamment conjoncturels. Or, les conjonctures sont des situations provisoires et non définitives. Et en vertu de leur caractère temporel, ils appellent toujours à de nouveaux ordres qui viennent légitimer les ordres déjà acquis.

Or, l'ordre fondé sur la coutume dispose d'une crédibilité qui pousse les sujets à l'intégrer moralement de manière définitive. Fondé sur l'autonomie morale des sujets, cet ordre est conçu comme définitif en vertu de la peur d'une désagrégation de ce système.

C'est pourquoi Weber définira la légitimité en vertu du prestige de l'exemplarité et d'obligation. En effet pour lui, « *l'ordre que l'on respecte uniquement par les motifs rationnels en finalité est en général beaucoup plus instable que si l'orientation se fait purement et simplement en vertu de la coutume ou en raison du caractère coutumier d'un comportement, c'est même là, de toutes les espèces d'attitude intimes, la plus courante. Néanmoins cet ordre est incomparablement moins stable que celui qui s'affirme grâce à un prestige de l'exemplarité et de l'obligation, je veux dire la légitimité* »⁶¹. Le fondement de

⁶⁰ Max Weber, Economie et Société op.cité p. 30, réed. 1995, t. I. p. 65.

⁶¹ Ibid.

l'ordre légitime réside dans l'entente réciproque que les sujets sont en droit de faire valoir dans le cas d'une non-identification d'une valeur, d'un droit modèle. En effet, « à côté des autres motifs, l'ordre apparaît, au moins, à une partie des agents comme exemplaire ou obligatoire, et, par conséquent, comme devant valoir »⁶².

Ce que Weber appelle alors un ordre légitime, c'est un ordre fondé sur des valeurs normatives et tellement intégrées que toute tentative de s'en écarter s'avère impossible voire entraîne une désintégration totale du système. La validité d'un tel ordre légitime n'est pas seulement assuré par un ordre religieux, ou coutumier, mais par une foi rationnelle et axiologique, qui prône l'exclusion du système si les actions ne se conforment pas aux valeurs en vigueur. Une telle validité, donc, ne se fonde pas exclusivement sur la reconnaissance et la capacité de l'accorder aux valeurs et normes en vigueur. Elle se fonde également sur l'obligation, la faculté de s'obliger au respect des normes qui régissent le milieu au risque d'être fonctionnel.

Ainsi, parle-t-on de « convention » lorsque la validité sociale est du fait d'une « désapprobation générale et pratiquement sensible » à l'égard de tout comportement déviant, et « droit » lorsque la conformité aux normes est le fait d'une menace de sanctions externes formulée par « une croissance chargée d'exercer la contrainte »⁶³. C'est pourquoi Habermas dira que « l'activité que l'on peut supposer dans le cadre de l'action fondée sur un ordre légitime se modifie en fonction des types de garanties internes et externes qui s'ajoutent aux raisons sur lesquelles se fonde la légitimité »⁶⁴. C'est l'approche qui pose la légitimité comme réservée par la validité des propositions émises en vue de conforter l'ordre existant. La validité se situe alors aux antipodes de principes moraux et de principes juridiques.

Les principes moraux en vertu desquels les sujets cherchent à s'accorder aux normes en vigueur offrent des conditions d'adaptation et d'acclimatation au système. Cette adaptation n'est possible que lorsque les sujets tiennent les normes morales pour valides et étant validées, les normes donnent aux sujets la possibilité de s'orienter selon leur manière particulière avec laquelle ils comprennent l'adaptation, l'orientation régulée par les normes. Toute action posée, alors, dans le cadre d'une telle interaction en vertu de sa conformité aux normes, et donc de sa validité, est jugée légitime. Selon des principes juridiques, la légitimité se pose en vertu du caractère régulateur des droits établis. En effet, la société, comme système d'action, est un milieu régi par des normes morales. En tant que jouissant d'une validité, les normes qui règlent les interactions et en vertu desquelles un sujet peut se punir ou se sanctionner demeurent légitimes

⁶² Ibid. rééd. 1995 – Ibid.

⁶³ Ibid., p. 33.

⁶⁴ Droit et Démocratie, p. 83.

aux yeux des sujets qui s'y modèlent leur vie. C'est pourquoi Habermas disait que la légitimité peut s'appuyer sur un « *alliage de raisons et de mobiles empiriques, les raisons se distinguent les unes des autres selon qu'elles se déduisent de récits mythiques de visions du monde religieux ou de doctrines métaphysiques, ou qu'elles sont d'origine profane ou naissent d'un usage de la raison pratique, fondée soit sur une orientation pragmatique et rationnelle en finalité, soit sur l'éthique, soit sur la morale* »⁶⁵.

2- Le concept d'institutionnalisation

Certes la validité des propositions et des normes en vigueur confère aux règles d'interaction une certaine légitimité pour autant qu'elle permet aux sujets de s'accorder sur la manière dont ils veulent normer leur vie. Mais, une telle légitimité se situe à un niveau factuel. Autrement, la validité des propositions est ainsi grâce à l'intersubjectivité des normes morales en tant que motrices des interactions et de l'autodétermination, mais aussi grâce à la « *vertuosité* » des sujets qui se confrontent dans de telles normes.

En d'autres termes, l'intersubjectivité n'est efficace que lorsqu'elle se pratique dans une société de sujets vertueux. D'ailleurs, de Platon à Rousseau, toute une tradition philosophique a voulu que les citoyens soient vertueux en vertu du rôle qu'ils sont appelés à jouer dans leur société déterminée. Socrate, dans le Gorgias, disait par exemple « *non pas se soucier de passer pour un homme de bien, mais de l'être dans la vie publique* ». Et d'après Habermas, « *une telle exigence de vertu a conduit Rousseau à séparer le citoyen orienté vers le bien public de l'homme privé incapable de répondre à de telles exigences éthiques* »⁶⁶. Et c'est pourquoi pour Rousseau « *la base de la légitimité ne réside pas dans l'individu libre capable de décider en soupesant le pour et le contre, mais plutôt dans l'individu dont la volonté est déjà entièrement déterminée et qui a fait son choix* »⁶⁷.

C'est, donc, dire que le principe ultime auquel on parvient lorsque l'on remonte les perles de la chaîne qui confère aux droits humains leur légitimité, c'est le principe moral en tant que l'« *union sacrée* » des volontés particulières. Autrement, il ne peut avoir de légitimité que lorsque les sujets, conscients de la nécessité de réguler leurs actions, s'engagent à s'unir de leurs libres volontés. Alors, dans ce cas, le champ de la légitimité se transfère d'une pratique factuelle, c'est-à-dire fondée sur les faits moraux, à une implication complète des sujets régulés par des accords concrets et définis verbalement au préalable. La légitimité se passe alors d'un champ circonscrit par les règles de la morale

⁶⁵ Droit et Démocratie, p. 83.

⁶⁶ Droit et Démocratie, p. 304.

⁶⁷ Jürgen Habermas, « Ma critique de Rousseau », Espace public, trad. M. B. de Lannay, Paris, Payot, 1986, 1993, Cf. Ibid la préface de 1990, III, 3

allouée par l'intersubjectivité et fondée sur des conventions tacites à un autre champs « *ratissé* » par des conventions verbales de détermination de la volonté politique et des droits de l'homme. C'est ce champ, en tant que régi par des règles communes de participation, en vertu desquelles les sujets s'élèvent vers un idéal commun, que Habermas définira comme une institutionnalisation juridique.

A travers le concept d'institutionnalisation, Habermas posera deux problèmes de la légitimité. D'abord, il tente de donner corps à des discussions qui visent à fonder certaines raisons en droit. La diversité des communications en vertu desquelles la volonté politique est formée a besoin, pour être validée, de s'institutionnaliser pour disposer d'un caractère légitime. Tant que cette volonté reste au stade théorique, elle est toujours du domaine de l'illégitime. La reconnaissance peut se fonder sur une entente à considérer des conclusions écrites comme valides. Mais pour être légitime, cette reconnaissance a besoin de sortir de ce cadre purement factuel, et cognitif qui l'a vu naître. En d'autres termes, les décisions arrêtées lors d'un processus de formation de la volonté politique et des droits de l'homme ont besoin de reconnaissance collective pour être légitime. Cette reconnaissance n'étant possible que lorsque les paramètres d'instauration sont justifiés et élargis aux profanes, les droits de l'homme et la volonté politique n'acquièrent leur légitimité que dans un processus juridiquement institutionnel de la communication. En conséquence, la légitimité est ici issue de l'institutionnalisation des formes juridiques qui président aux différentes communications.

C'est pourquoi Habermas institutionnalisera deux modalités de la communication : la situation idéale de parole et l'usage du langage approprié. D'après Rawls, la situation idéale de parole est pour Habermas un instrument pour jauger de la vérité. En effet, la situation idéale de parole cherche à « *rendre compte de la vérité et de la validité des jugements à la fois en ce qui concerne la raison théorique et en ce qui concerne la raison pratique. Elle tente d'exposer la totalité des présuppositions de la discussion rationnelle et libre comme étant fondées sur les raisons les plus fortes, à tel point que, si toutes les conditions requises étaient effectivement réalisées et pleinement honorées par tous les participants actifs, leur consensus rationnel servirait à garantir de la vérité ou de la validité* »⁶⁸. En d'autres termes, la situation idéale de parole offre aux participants les conditions et les garanties d'une formation équitable de la volonté. Elle indique aux participants la voie à suivre pour arriver à un consensus rationnel en tant que fondée sur des discussions rationnelles dans un cadre circonscrit selon des normes périodiques. Le deuxième problème que pose Habermas dans le concept d'institutionnalisation est relatif aux comportements attendus des sujets en vertu desquels ils doivent valider leurs actions. Dans une

⁶⁸ Habermas et John Rawls, *Débat sur la justice politique*, éd. Cerf Paris 1997, p. 63.

collectivité, les sujets vivent en se référant les uns aux autres. Une référence pour autant qu'elle est un modelage s'avère être un mimésis. Miner, c'est se référer, c'est bien circonscrire le comportement modèle, mais le circonscrire et le reproduire. C'est pourquoi la mimésis, pour autant qu'elle est une référence dans le jeu des comportements, fait appel à des critères normatifs extérieurs. Autrement, les sujets, quand ils fondent leurs actions sur une auto-mimésis, s'auto-influencent réciproquement. De ce fait, chaque sujet sait a priori à quelles circonstances, dans quelles conditions doit-il faire usage d'un tel comportement et non d'un tel autre. C'est donc les circonstances exceptionnelles dans lesquelles intervient la mimésis qui délimite le contour définitionnel du concept d'institutionnalisation.

En effet, pour Habermas « *le concept d'institutionnalisation se réfère directement à un comportement attendu en vertu des normes permettant aux membres d'une collectivité sociale de savoir à la fois quel est le comportement qu'ils sont en droit d'exiger les uns des autres et quand et à quelle exception, ils sont en droit de le demander* »⁶⁹. L'institutionnalisation en tant que moyen de détermination du comportement attendu figure la validité des normes et des propositions. Celles-ci ne sont validées que dans la mesure où elles s'incarnent à travers un processus d'auto-référence et d'autodétermination. Les normes sont légitimes pour autant qu'elles sont une référence commune entre sujets ou acteurs sociaux et dans la mesure où elles tirent leur validité d'un processus équitable d'institutionnalisation procédurale de la volonté et des droits.

Dans ce cas, la légitimité acquiert un caractère juridique en tant que dernier acte d'un processus institutionnel de reconnaissance de la formation de la volonté et des droits de l'homme. Cette reconnaissance fondée en acte institutionnellement est un modèle de légitimité qui se passe de considérations conjoncturelles et morales pratiques. La décision issue d'un tel processus est légitime en tant que la procédure par laquelle elle est née est aussi légitime, c'est-à-dire pour la raison qu'elle est bâtie selon des critères de la pratique d'autodétermination en tant que ces critères sont légitimement fondés en droit.

C'est pourquoi Habermas parlait, dans **Droit et démocratie**, d'institutionnalisation des procédures « *qui fixent les règles suivant lesquelles une coopération doit se dérouler afin de venir à bout de certaines tâches* »⁷⁰. Autrement dit, légitimer les conclusions issues de telles procédures.

3- L'entrecroisement des perspectives

« *L'égoïsme de la règle d'or, dit Habermas, est déjà surmonté par l'impératif catégorique. Cette règle ne fait pas à autrui ce que tu ne veux pas*

⁶⁹ Droit et Démocratie, p. 196.

⁷⁰ Droit et Démocratie, p. 196-197.

qu'on te fasse à toi-même - requiert un test d'universalisation mis en œuvre du point de vue d'un individu quel qu'il soit, tandis que l'impératif catégorique exige que toutes les personnes éventuellement concernées soient capables de vouloir que telle maxime juste devienne une loi générale»⁷¹.

C'est cette vision des aspirations qui convergent vers un idéal commun qui est le fondement de l'entrecroisement des perspectives. En d'autres termes, les sujets qui partagent un milieu de vie avec d'autres sujets n'en possèdent pas moins leurs propres visions de la vie, leurs propres aspirations et leurs propres convictions individuelles. Mais la règle de vie commune ne peut guère se fonder sur ce que tous les sujets pensent être, individuellement, l'idéal commun.

En effet, l'idéal commun, de la règle de vie commune, au risque d'être un imbroglio où chaque sujet vient puiser ses ressources normatives, doit présocéder des visions individuelles qui se posent dans le champ social. Autrement, en tant que sujet de droit et acteur moral, les sujets doivent être en mesure d'avoir le même ressenti à l'égard d'une loi applicable universellement. Ce faisant, au lieu que chaque sujet adopte une position de défensive à laquelle il tente de maintenir sa vision de la vie, préfère s'accommoder du manteau de la morale commune en vertu de laquelle il s'oriente au gré des mêmes positions, des mêmes perspectives juridico-morales universalisées par les mêmes conceptions de la loi commune. Dès lors, la vision individuelle qui se heurte à la force de la vision unique de la collectivité cherche vainement à se frayer un chemin au sein des visions soudées des perspectives. Ainsi, toute détermination perspectiviste est une détermination à partir d'une loi considérée comme valide en vertu de son applicabilité dans toutes les situations existentielles. Ce principe d'universalisation se fonde sur une vision intersubjective des lois communes et non sur une tentative de neutralisation des interprétations particulières qui s'égarerent dans le champ social.

D'après Habermas, c'est cette dernière posture que Rawls adoptera pour « *filtrer* » la loi universelle commune. Selon lui, en effet, les partenaires de la position originelle sont limités du point de vue des informations dont ils peuvent disposer et surtout émettre en vertu d'une neutralisation d'une diversité qui pose la divergence comme un artifice de détermination de la perspective idéale.

Rawls, d'après Habermas, « *définit les partenaires de la position originelle de leur point de vue commun en limitant leur information, neutralisant ainsi d'emblée, par un artifice, la diversité des perspectives d'interprétations particulières* »⁷². Ce que Habermas tente d'expliquer, c'est que Rawls n'a pas la vision encyclopédique de la perspective qui pose la loi commune non comme la perspective la plus riche substantiellement, mais comme la plus universalisable du fait qu'elle épouse mieux les contours de la

⁷¹ Débat sur la justice politique, p. 22-23.

⁷² Ibid.

réalité existentielle. Pour faire éclore une telle perspective, Rawls ne comprenait pas que l'apport de toutes les perspectives considérables soit nécessaire. En d'autres termes, Rawls n'en avait pas une vision intersubjective.

C'est en revanche, ce que tentera de prendre en charge l'éthique de la discussion que Habermas va poser comme plus habilitée à fonder une vision inter-subjective de la perspective.

D'après Habermas, « *l'éthique de la discussion considère que le point de vue moral prend corps dans la procédure d'une argumentation intersubjective, procédure qui oblige les participants, par voie d'idéalisation, à étendre les limites de la perspective d'interprétation* »⁷³.

L'éthique de la discussion ne dévoile pas seulement les aptitudes morales présentes chez chaque sujet en tant que principe moral universel. Elle met en exergue la capacité des sujets à aller à la limite de leurs argumentations, au fond de leurs idées dans l'interprétation des maximes. L'issue de l'argumentation des sujets, seul peut déterminer la validité de la perspective. En conséquence, ce qu'il faudrait entendre par perspective, c'est les préférences qui subsistent des argumentations individuelles.

En effet, les sujets en tant qu'acteurs sociaux peuvent être conçus comme un creuset d'ambitions cachées, de désirs refoulés et d'aspirations neutralisées.

Dans la société, le sujet n'est acteur qu'en tant qu'il fait taire ses propres ressentiments afin d'aider l'autre à éclore les siens. Le sujet qui se place dans une perspective contraire ne mesure pas la responsabilité qui incombe à un égoïste dans l'échec de la détermination de la maxime universelle. C'est pourquoi, l'adoption de toute position propre à porter tort à l'autre ou à le gêner dans sa perspective d'autodétermination doit être partagée au risque qu'elle se pose comme une « *pathologie d'intersubjectivité* ».

La vision que pose l'éthique de la discussion « *s'appuie sur l'intuition selon laquelle l'application du principe d'universalisation bien compris requiert une « adoption de rôle idéale » qui soit mise en œuvre d'un commun accord* »⁷⁴.

C'est donc le commun accord qui pose l'éthique de la discussion comme une théorie pragmatique de l'argumentation⁷⁵ en vertu de laquelle tout entrecroisement des perspectives est possible; entrecroisement à l'issue duquel toute proposition normative, tout droit acquiert sa légitimité conceptuelle.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ J. Habermas, Morale et Communication, trad. Bouchindhomme, Paris, Ed. Cerf, 1986 ; De l'Éthique de la discussion, trad. Hynyadi, Paris, Ed. Cerf, 1992.

D'après Habermas, en effet, « *dans les conditions de communications d'une discussion exclusive et exempte de contrainte entre participants libres et égaux, chacun est tenu d'adopter les points de vue de tous les autres et par là la vision qu'ils ont d'eux-mêmes et du monde*⁷⁶, cet entrecroisement des perspectives engendre le point de vue idéalement élargi du Nous qui permet à tous de se demander en commun s'ils souhaitent faire de telle norme controversée la base leur pratique ».

Selon Habermas, « *une telle démarche devra inclure une critique réciproque du caractère, adéquat ou inadéquat des interprétations que les uns et les autres donnent aussi bien de la situation que de besoins* »⁷⁷.

L'entrecroisement des perspectives donc décrit la situation communicationnelle qui aboutit à l'instauration d'un nous commun considéré comme légitime en vertu de la législation processuelle qui l'a institué. Il découle des confrontations cognitives et idéologiques qui, en vertu d'une critique objective des propositions émises, instituent une norme valide et valable, donc forcément légitime au stade social. La base de l'entrecroisement des perspectives, c'est la diversité des interprétations qui, toutes, aspirent à une légitimité. Mais ne pouvant être toutes légitimités, « *le noyau des intérêts universalisables peut alors se dégager par voie d'abstractions successives* »⁷⁸ comme piliers de la légitimité des droits de l'homme. Et c'est, selon Habermas, ce qui balise la voie à une détermination conceptuelle des droits de l'homme.

⁷⁶ Débat sur la Justice Politique, p. 24.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ W. R. Rehg, Le discours Ethique de Jürgen Habermas, Berkeley, presses Universitaires de Californie, 1993.

IIIe PARTIE : DETERMINATION CONCEPTUELLE DES DROITS DE L'HOMME CHEZ HABERMAS

A – LA TAC : OBJET DE VALIDATION

I – Le monde vécu en tant que réservoir des formes de vie plurielles organisées par le langage

1 – De la Structuration des formes de vie : le médium verbal

En élaborant la théorie de l'Agir communicationnel (TAC), Habermas dit avoir choisi de remplacer la raison pratique par une raison fondée sur la communication. En effet, d'après Habermas, des écoles classiques de pensée ont, dans la tentative d'une explication cohérente des interactions, vite fait le lien entre raison pratique et pratique sociale. Cette tradition, bien que décidée à résoudre quelques incohérences normatives et crypto normatives, se retrouvaient, selon Habermas, face à de véritables dilemmes délibératifs du fait de la pluralité même des formes de vie qui exige que la détermination d'un droit soit opérée en fonction d'un langage qui soit propre à tous les protagonistes.

De la même manière que cette raison pratique devait guider les interactions individuelles, le droit naturel, jusqu'à Hegel, a cherché à conférer un statut normatif au seul ordre existant d'un double point de vue : politique et social. D'après Habermas, en revanche, « *une conception de la raison désormais, située dans le médium du langage et déchargée du lien exclusif qui la rattachait à la dimension morale, occupe une place théorique différente* »¹.

Habermas, sans rejeter les compétences de cette raison pratique dans le cadre de l'auto-législation sociale, trouve tout de même une différence fondamentale dans le rôle que le langage est appelé à jouer dans ce même cadre.

Pour Habermas, en effet, la raison pratique peut valoir de droit dans la détermination morale des droits de l'homme et dans le cadre de l'autorégulation des pratiques sociales qui exigent des aptitudes morales individuelles. Mieux, quand il s'agit de reconstruire les structures de la compétence et de la conscience effective des fins descriptives et se « *cataloguer* » à des considérations fonctionnelles et des explications empiriques.

Cependant, elle n'est valable que dans le cadre d'une autorégulation qui exige, de fait, des interactions entre individus. En d'autres termes, la raison pratique n'est plus « *imputée ni à acteur isolé, ni à un macro-sujet social ou étatique. C'est bien plutôt le médium du langage, au moyen duquel se tissent les interactions et se structurent les formes de vie, qui crée la possibilité d'une raison fondée sur la communication* »².

¹ Droit et Démocratie, p. 27.

² Ibid.

Habermas voit dans les interactions sociales une aspiration à unir les formes de vie plurielles, divergentes et diverses qui, du fait de leur caractère vital, concourent pourtant à l'édition des mêmes normes de vie et de morales. En effet, la vie est un creuset de conceptions du monde qui concourent à la légitimité par l'incarnation dans des modes existentiels de vie. Chaque sujet, chaque acteur social, cherche à promouvoir un idéal de vie individuelle d'abord, puis collectif après, afin de prétendre jouir d'une autonomie et d'une aspiration que ne peut procurer que l'aisance dans des cultures déterminées qui incarnent une certaine validité.

Les formes de vie plurielles décrivent cette situation de diversité des règles de vie, de connaissances distinctes des mécanismes de fonctionnement des structures sociales et des deux validités cognitives. La société, pour autant qu'elle se pose comme un milieu où se côtoient des individus d'origines, d'apprentissage et de cultures diverses, fédère cette floraison de formes de vie qui, toutes, cherchent à se faire une place au soleil. Alors, pour ne pas laisser libre cours à une conception prendre le dessus sur une autre, les formes de vie diverses ont besoin d'être structurées, mises en commun afin de réaliser un idéal commun, de déterminer une conception commune des droits de l'homme.

Cette pluralité des formes de vie renvoie également, dans le monde vécu, à des propositions que les acteurs reconnaissent et en vertu desquelles, ils essaient de mouvoir en s'utilisant les uns les autres. Le monde vécu en tant que monde régi par la communication et exclusivement par la communication, se structure par le médium du langage selon des propositions instrumentales.

Les propositions cognitives décrivent le niveau de connaissance de l'acteur appelé à s'adapter à une proposition précise. En effet, dans le processus devant aboutir à l'accommodation au système, l'acteur ne doit pas s'unir aveuglément à la norme en vigueur. Il doit, d'emblée, connaître la valeur qui le met en situation et bien la définir avec son partenaire à l'entente. Cette définition aboutit toujours à un accord commun. Lorsque par exemple, un acteur cherche à s'accommoder de la valeur ayant force de loi dans la société et consistant à toujours obéir aux vieux qui lui demande de le rendre service, la situation exige que l'acteur en question sache si l'endroit où il doit s'acquitter de sa tâche est loin ou pas. C'est ce que Habermas appelle une proposition cognitive qui n'existe que dans l'ordre du «*connaissable*» partagé par les acteurs grâce au médium du langage.

La deuxième proposition liée à cette première, est instrumentale. En effet, cette situation exige une définition des moyens pouvant permettre de la prendre en charge. Dans le cas précédent, la situation exige de s'entendre sur les moyens qui peuvent permettre de s'acquitter de ce service. Autrement, les deux acteurs

doivent se demander si c'est possible d'y aller à pied. Si oui, ils sont d'accord, si non, ils doivent encore définir et déterminer les moyens ou les instruments. Cette proposition est donc instrumentale dans la mesure où elle met en évidence l'accord devant aboutir à l'usage du moyen approprié.

Habermas décrit cette situation comme fondée sur les faits. De ce fait, il l'appelle le domaine objectif. D'après lui, « *ce sont les forces allocutoires des actes de parole qui sont chargées de coordonner les actions, le langage lui-même se révèle être la première source de l'intégration sociale* »³.

La conséquence est que la validité, en même temps que la détermination conceptuelle des droits de l'homme, se mesure à l'aune de la rigueur avec laquelle les acteurs à la communication se donnent la peine de se comprendre et donc de s'entendre par le médium du langage.

Si le langage peut s'avérer efficace dans la contribution de ce que les partenaires désirent reconnaître comme leurs droits et leurs lois, c'est que le monde vécu, en tant que « *container* » des actes d'autodétermination, ne peut se légiférer sous le joug des simples actes individuels des citoyens qui les posent en fonction de leurs objectifs et désirs. En effet, selon Habermas, le monde vécu « *constitue un tissu d'actes de communication qui se ramifient à travers les espaces sociaux et les temps historiques, actes qui se nourrissent de traditions culturelles et d'ordre légitimes tout en dépendant des identités des individus* »⁴. Et donc on a besoin pour déterminer une norme commune, de faire usage de la pragmatique du langage. Le langage est le moyen pour extérioriser les intentions personnelles, mais aussi le moyen d'échanges collectifs. Il va s'en dire que sans le langage, le domaine de validité et de détermination conceptuelle des droits de l'homme demeure abstrait. Or, l'abstraction, en tant que modèle de confusion et d'indétermination des aspirations, ne peut guère accoucher une norme intersubjective reconnue par les différents acteurs. Le domaine de l'abstraction est idéal alors que dans le cadre de la détermination, les acteurs ont besoin d'une entente explicite. C'est pourquoi, le médium de langage est la force de la négociation et de la discussion ; et c'est elle qui rend pragmatique la T.A.C.

La pluralité des formes de vie qui impliquent une diversité de langage comme forme de compréhension interpersonnelle au sein d'un même groupe veut qu'une définition commune du langage à utiliser soit instituée afin de faciliter les échanges. Les droits de l'homme ne peuvent se déterminer que lorsque les sujets s'accordent mutuellement en acte, mais surtout en parole.

³ Droit et Démocratie, p. 32.

⁴ Droit et Démocratie, p. 95.

Une définition convenable des droits de l'homme qui tiennent compte de cette pluralité des formes de vie ne peut se passer d'un accord en commun du langage à utiliser pour les circonscrire convenablement.

Déterminer ce langage, c'est alors, substantiellement, déterminer les droits de l'homme. En effet, les droits de l'homme sont d'abord un droit de participer, car participer c'est montrer ou exhiber le droit à la liberté par des formes communicationnelles inhérentes à l'actualité sociale et au processus formatif de la volonté politique.

Le sujet n'est homme que pour autant qu'il s'adjuge de la liberté de pouvoir participer au processus de détermination d'une volonté politique conçue pour être les droits de tous.

Alors, le premier droit de l'homme, c'est un droit de participer pour autant, que cette participation se passent selon les règles procédurales déterminées d'avance, que le sujet accepte et respecte ; lesquelles règles permettent de déterminer un langage commun qui aide à «presser» les conceptions individuelles en vue de déterminer, un droit commun.

D'après Habermas, « *c'est plus qu'une nécessité 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*⁵ ».

En d'autres termes, pour Habermas, la création d'un tel langage est le premier acte de reconnaissance des droits de l'homme pour une communauté. Or reconnaître ce langage, c'est aussi reconnaître cette communauté comme composée d'individus libres et égaux capables de se mouvoir dans ce lieu selon les droits édictés de commun accord par le médium de ce langage.

Mais si Habermas définit ce langage comme moyen de détermination conceptuelle des droits de l'homme et de ce fait le premier droit de l'homme, force est de reconnaître que c'est en vertu même du fait que « *font partie du droit toutes les communications qui sont fondées sur le droit*⁶ ». D'après Habermas, les droits de l'homme ne sont pas seulement ce qui est obtenu en poussant à fond les communications des uns et des autres. Mais, c'est surtout ce qui fonde cette possibilité de participer à savoir la liberté en vertu d'un droit qui le garantit. Tous les droits sont fondés sur la liberté et la liberté elle-même est garantie par un droit qui protège le sujet et la liberté elle-même. C'est pourquoi la reconnaissance des droits de l'homme passe nécessairement par la reconnaissance du médium du langage qui garantit la liberté ; laquelle garantit l'égalité, l'équité, etc. qui sont inhérentes à une formation équitable des droits de l'homme.

2- Le domaine social : Détermination Intersubjective

Dans la tâche de coordination, des interactions sociales, la TAC (Théorie de l'Agir communicationnel) trouvait beaucoup à redire sur la manière de déterminer conceptuellement un droit commun. Par le langage de la discussion, la TAC est conçue comme un modèle pragmatique de locomotion capable d'embarquer une conception des droits de l'homme qui se fonde exclusivement sur les interactions sociales donc sur la communication sociale.

Le monde vécu est certainement un monde que seule la communication peut permettre de légiférer. Mais la communication en tant que fondée aussi sur les interactions sociales. En effet, le monde vécu en tant que domaine social est un monde où les normes font aussi florès afin de permettre aux acteurs de s'accorder sur des droits communs.

En effet, la société est constituée de normes sociales. Celles-ci déterminent les formes de vie engagées entre les acteurs et constituent les lois qui légitiment les décisions et fondent les choix de vie. La société en tant que système qui englobe une pluralité ne peut être vitale que pour autant qu'elle fonde l'action de ses membres sur des normes partagées.

Dans la société, les normes permettent de tisser les liens, et cimentent les relations interpersonnelles. Toutes les actions sociales se fondent sur les normes, et celles-ci sont ce qui permet de valider une conception commune des droits et droits de l'homme.

6 -Ibid

En conséquence, le domaine social est celui des participants qui adhèrent à des normes et pour qui les normes permettent de vivre harmonieusement en se passant de considérations d'ordre sociologiques.

Habermas aimait à partir de la métaphore du vieux maçon qui demande au petit maçon de lui rendre le service de lui payer une boisson à consommer à l'heure de pause. Toujours la situation objectivement correcte en vertu de laquelle les propositions cognitives et instrumentales sont définies (voir partie précédente). Cette situation se fonde sur une validité conceptuelle fondée sur la reconnaissance, en vertu des normes, que le vieux dans un type de société comme celui-là peut demander à ce qu'un jeune lui rende un pareil service.

La validité du droit ici se fonde sur un système vital composé de normes reconnues intersubjectivement. Le droit pour ce vieux d'envoyer quelqu'un plus jeune, de surcroît son apprenti est du fait que la société reconnaît ce type d'interactions fondé sur l'autorité du plus vieux. En effet, d'après Habermas, « *certaines de ces systèmes fonctionnellement spécialisés s'émancipent des domaines d'action qui sont intégrés par des mécanismes sociaux, autrement dit en passant par des valeurs, par des normes et par l'entente, si bien que ces systèmes comme l'économie au moyen de l'argent où l'administration au moyen du pouvoir, développent des codes qui leur sont propres* »⁷.

Le développement d'un système quel qu'il soit aboutit sans cesse à la création de normes d'action par les valeurs que les acteurs se partagent, et par l'entente, même implicite, en vertu de laquelle ces normes acquièrent leur légitimité. Ce que veut dire Habermas, c'est, qu'en vérité, la détermination conceptuelle des droits de l'homme ne peut se passer de mécanismes consensuels normativement instaurés en vue de réguler la vie des sujets.

A chaque fois que les sujets se côtoient dans la société, ils instituent, par leurs actes même de routine, une forme de vie qui leur soit propre, instaurant des règles collectives, et déterminent ce qu'ils entendent par droit et vertu duquel ils comptent garantir une forme de vie idéale. La détermination de telles normes, de tels droits répond à des critères intersubjectifs. En d'autres termes, en tant que destinés à maintenir la cohérence interne du système et du fait que les limites d'action, les domaines d'intervention individuels soient fixés par une attitude normative de routine, les sujets ont peur de transgresser certaines règles, de s'exposer à des sanctions prises à leur rencontre.

7- Droit et Démocratie, voire aussi Raison et Légitimité

De ce fait, par des questions éthico-morales, ils sont tenus, malgré la perspicacité des récalcitrants, à déterminer, par une consultation, la règle de vie standard et qui sera prise comme une contrainte par tous les sujets de droit.

Habermas pensait que « *si douce que soit la contrainte exercée par ces exigences normatives que les acteurs ne s'éprouvent pas comme une force imposée de l'extérieur, il faut qu'il en fasse une contrainte morale, autrement dit qu'ils le transforment en motivation impersonnelle* ⁸ ».

D'après Habermas, Emile Durkheim tentera de faire montre d'une explication sociologique de la détermination conceptuelle des droits de l'homme en faisant valoir l'autonomie Kantienne qu'il traduira sociologiquement en la fondant sur « *l'engagement vis-à-vis d'un ordre supra personnel sur un discernement personnel et donc sur entre chose qu'une simple liberté de choix* ⁹ ». Et Habermas pense que « *ce qui est requis, c'est une relation symétrique de l'autorité morale des normes en vigueur et le contrôle de soi ancré dans les structures de la personnalité* ». Ainsi, comme le dit Talcote Parson, « *les valeurs intériorisées doivent correspondre à celles qui sont institutionnalisées* ¹⁰ ».

En posant le monde dans sa dimension sociale comme régie par l'interaction, Habermas propose une détermination conceptuelle des droits de l'homme fondée sur l'intersubjectivité que les sujets se reconnaissent comme fondement idéal de la règle de vie commune. A chaque fois qu'ils sont appelés à se confronter dans le milieu social, les sujets se mesurent en vertu d'une reconnaissance normative fondée sur l'intersubjectivité.

L'intersubjectivité est un principe interpersonnel qui unit les acteurs sociaux grâce aux normes sociales et par lequel principe les acteurs tentent de s'accorder par un principe vital, une idée, une signification à donner aux droits de l'homme. Ainsi, l'intersubjectivité résulte de principes sociaux instaurés comme modèle de vie normal sans que chaque sujet soit amené à se déterminer en tenant compte des autres. Mais rendant effective l'intersubjectivité, la société, en tant que composante du monde vécu, prône une détermination conceptuelle des droits de l'homme à partir des interactions ; détermination effective dès lors que les sujets s'accordent, implicitement, à reconnaître tels droits comme le principe des droits de l'homme. C'est là une forme de détermination inhérente au domaine social.

8- Droit et Démocratie

9-J. Habermas, « Bestialité et humanité : Une guerre à la frontière du droit et de la morale », Revue forum franco-allemand, p. 4 sur 8

10- Droit et démocratie, p. 201

D'après Habermas, « *les interactions simples se situent à un éventail dont chaque bord est constitué par un type pur d'action : d'un côté, l'action qui adapte une orientation axiologique, de l'autre, celle qui se laisse guider par des intérêts. Dans le premier cas, la coordination interpersonnelle de l'action s'effectue à travers un consensus axiologique, dans le second, à travers l'équilibre des intérêts*¹¹ ».

En d'autres termes, pour Habermas, la détermination conceptuelle résulte des interactions dont le mobile est l'intérêt ou la fin à laquelle les acteurs veulent parvenir. L'issue de telles actions est soit le consensus ou l'accord qui incarne l'équilibre entre diverses opinions et positions émises en vue d'une détermination. Et, selon Habermas, une telle détermination est ce qu'il appelle consensus car les actions sont orientées vers une position commune et dans l'autre cas où les actions sont guidées par les intérêts, il parle d'équilibre pour caractériser l'unanimité ou l'accord auquel les acteurs sont parvenus dans ce qu'ils ont voulu instaurer comme droit ou droit de l'homme.

3- La détermination subjective

Dans sa description du monde vécu, Habermas intégrait un troisième aspect qui concernait individuellement les sujets qui, même dans la vie sociale où ils sont confrontés aux autres, n'en gardent pas moins leurs propres personnalités et leurs propres goûts par lesquels, ils tentent de se confronter aux autres individus dans la vie sociale.

La société en tant que monde vécu ne fait pas disparaître les ressentiments individuels, les goûts personnels qui subsistent dans les interactions. Elle contribue seulement à leur rationalisation par la définition des situations par les citoyens eux-mêmes ; définition inhérente au médium du langage donc de la communication.

En d'autres termes, pour Habermas, il n'y a de détermination véritable que lorsque des sujets acceptent que ce qui fait leur particularité et leur individualité doit aussi participer au processus de rationalisation. Mieux, il a besoin d'être rationalisé par la communication. Cette rationalisation n'étant possible que lorsque les sujets acceptent, sans aucun jeu de cache-cache, de montrer comment ils sont, sans quoi, ils peuvent fausser le jeu plus tard du fait de l'inévitable surgissement de ces modèles de comportements vrais.

11- Droit et Démocratie, p.177

En réalité, ce qui est banni dans un tel système, c'est l'hypocrisie en vertu de laquelle la personne cache sa véritable personnalité et rend ainsi impossible toute détermination objective exacte des droits de l'homme.

Par conséquent, la négociation à l'issue de laquelle doit être déterminés les droits de l'homme implique l'intégration de la personnalité et des goûts. Si le vieux peut demander au jeune qui l'accepte un service pareil, c'est qu'il correspond à son goût et sa vision du monde ; autrement dit sa personnalité. Et, s'il veut une telle sorte de liaison et pas une telle autre, c'est qu'il fait montre de son goût et de son désir que le jeune consent à satisfaire. La négociation de cette situation dont l'issue est heureuse aboutit à un consensus commun fondé sur la liberté de chacun ; situation qui détermine consensuellement plusieurs sortes de droits.

- a- L'obligation du vieux de demander des comptes si les termes de l'accord sont travestis ;
- b- Le droit du jeune de refuser si le lieu intègre dans le consensus des termes extérieurs, non contenus dans ce sur quoi ils étaient tombés d'accord ;
- c- L'obligation de s'acquitter convenablement des requis, du consensus aussi bien du côté du jeune que de celui du vieux ;
- d- Le refus de tout nouveau droit n'ayant pas fait objet d'accord préalable.

Cela revient à dire que le droit de tous est garanti par un droit individuel qui se fonde sur « *l'intégration* » non seulement des intérêts de chacun, mais aussi des faits et des sentiments personnels. Cela revient à dire aussi que les droits de l'homme sont toujours objet de négociation et de renégociation de toute situation tendant à faire des sujets des protagonistes. Cela revient enfin à dire que toute détermination conceptuelle d'un droit humain se fonde sur des constellations considérées comme des droits personnels individuels.

D'après Habermas en effet, « *un ordre juridique n'a pas seulement à garantir que les droits de toute personne soient d'une façon générale, reconnus par toutes les autres personnes ; mais la reconnaissance réciproque des droits de chacun doit reposer sur les lois qui sont légitimes pour autant qu'ils assurent à chacun des libertés égales, si bien que « l'arbitre de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre* ¹² ».

12-Ibid

La vision que pose Habermas, c'est celle d'un homme qui est tenu d'assimiler les constellations qui ne dépendent pas de lui individuellement, mais qu'il est tenu de prendre en charge au risque de passer à côté de certaines conventions humaines ou absolues de droits communs.

En tant que participant à tout processus de détermination du droit selon ses goûts, sa personnalité, le sujet est considéré individuellement, comme vecteur des droits de l'homme, mais en même temps qu'il l'extériorise selon ses visées personnelles en rapport avec ses fondations objectives et interactionnelles, le sujet est considéré comme mobile de détermination subjective des droits de l'homme.

En d'autres termes, dans le contexte d'une détermination subjective, les conclusions se fondent sur ce que les sujets disent être leur sentiment intérieur, leur goût dans la mesure où la négociation ne peut faire abstraction des sentiments personnels inhérents à la personnalité de chacun des protagonistes.

II – LE MODELE DELIBERATIF

1 – Consensus, Convention et/ou Compromis

Dans la détermination conceptuelle des droits de l'homme, la machine procédurale aboutit soit à un consensus soit à une convention, à défaut d'une unanimité.

D'après Habermas, dans la considération des actions posées dans le cadre de l'autodétermination des sujets, plusieurs postures peuvent être adoptées. Du point de vue de l'acteur qui pose chaque fois l'action, Habermas pense que celle-ci peut être envisagée différemment. En effet, « *on peut considérer l'acteur qui pose une action axiologique* », c'est-à-dire une action qui cherche une adéquation avec les normes morales. L'action axiologique est l'action qui cherche à se justifier en rapport avec les normes morales. Ainsi, l'action axiologique ne peut être réelle que dans le cadre où les normes morales déterminent l'autodétermination des sujets dans l'interaction. En conséquence, d'après Habermas, l'action qui a une orientation axiologique est celle qui cherche à fonder un modèle consensuel des droits bâti sur les normes morales reconnues comme valables. Un tel modèle pose quelques difficultés qu'il convient d'explicitier :

- a- Les valeurs appelées à être légitimées ou reconnues doivent être celles que tous les acteurs reconnaissent comme tel. En effet, la société en tant que régie par l'interaction se fonde sur un ensemble de modèles de valeurs

normatives dont le but est de chercher à s'accommoder avec les libres arbitres de tous et de chacun. De ce fait, plusieurs valeurs peuvent exister en tant que les valeurs sont les fondements des actions individuelles. Mais pour éviter toute floraison de valeurs qui, au lieu de contribuer à l'autodétermination des acteurs, les rendent impossible du fait de sa confusion, les acteurs doivent trouver un accord sur les valeurs et les droits à faire valoir en vue d'une vie commune légiférée normativement.

- b- En raison de cette pluralité de valeurs et donc de normes ayant force de droits, les acteurs sont appelés à s'accorder sur une valeur, norme ou droit sur quoi s'appuyer en vue de justifier les actions qui se posent dans l'autodétermination. Cette évidence pose donc que toute détermination de ce droit commun qui fonde les actions et garantit les marges de manœuvre des sujets ne peut se poser sous l'égide d'une décision unilatérale. C'est pourquoi, selon Habermas, les acteurs doivent chercher à invoquer un consensus.

Le consensus est alors ce qui unit les acteurs sous la détermination d'un droit appelé à « *normer* » la vie des sujets. En effet, un consensus est un accord que plusieurs consentent à reconnaître quelque chose comme valable. Il est ce qui mobilise le consentement de tous. Il résulte alors que le consensus ne peut être évoqué que dans le cadre de l'autodétermination incarnée par une multiplicité de choses, de droits et de valeurs à valider.

En conséquence, on peut tenir le consensus comme multiple : il existe des consensus sociaux, c'est-à-dire ceux qui incarnent une position commune dans les formes de vie sociales ; les consensus actionnels en vertu desquels les sujets posent leurs actes comme reconnus ; les consensus juridiques qui posent le droit comme résultant de choix entre plusieurs formes de vie.

C'est pourquoi Habermas fera référence à un consensus pour nommer la décision assortie des procédures juridiques menées selon des règles procédurales déterminées. C'est dire qu'aussi à l'origine du consensus est parfois le langage et la discussion.

En effet, pour Habermas, les discussions éthico-politiques sont à l'origine des déterminations conceptuelles de droits et des droits de l'homme dans la mesure où « *elles sont appelées à permettre une vision de soi authentique et à conduire à la critique et à la confirmation d'un projet d'identité. En cas de succès, le consensus auquel aboutit un effort pour s'assurer de l'identité collectivement partagée n'est ni l'expression d'un accord du type d'un compromis négocié ni une conviction motivée de façon exclusivement rationnelle du type de l'entente réalisée par la discussion sur des questions de*

fait ou de justice. Un tel consensus exprime à la fois la connaissance de soi et la résolution d'adopter une forme de vie¹³ ».

En même temps qu'une différenciation consensus et compromis, Habermas lève le rideau sur un consensus qui n'aspire qu'à donner la position que les sujets adoptent et qu'ils entendent faire prospérer comme leur volonté et leur droit. En d'autres termes, la détermination de tels droits ne peut se fonder sur un compromis qui est une manière de différer les conflits et divergences inhérents à une discussion rationnelle. Le consensus est une modalité des délibérations positives inhérente aux droits destinés à légitimer un camp social déterminé. Et donc le consensus n'est guère le compromis qui est un juste milieu entre plusieurs intérêts qui postulent à la validité.

D'ailleurs, d'après Habermas, c'est là que se « niche » la différence fondamentale entre consensus et convention. Pour lui, la convention se fonde sur la négociation alors que le consensus a pour mobile l'entente. En effet, le but de la négociation, c'est de trouver une solution qui agrée toutes les parties en conflits. Négocier, c'est équilibrer les intérêts et les positions. Or les équilibrer, c'est aussi faire reconnaître l'existence à chaque partie avec l'accord que l'une doit laisser la place à l'autre en vue de faire valoir le droit commun. S'entendre, c'est s'accorder. C'est tenir quelque chose pour principe. L'entente ne sous-entend pas la mise en éveil d'une position. Elle consume complètement les positions réfutées. C'est pourquoi seule l'entente, d'après Habermas, peut réaliser un consensus dans la mesure où elle définit une seule position jugée commune.

Pour Habermas, en effet « *la pratique de l'entente se distingue de celle de la négociation par sa finalité ; en effet, dans le premier cas, l'accord est conçu comme un consensus, dans le second, comme une convention. Là, on en appelle à des normes et à des valeurs, ici à l'appréciation des intérêts¹⁴ ».*

Le but d'un compromis, c'est de jouer un rôle d'arbitrage dans le cadre des intérêts qui s'affrontent pour l'autodétermination. Tandis que le consensus détermine une volonté commune qui fait autorité.

En conséquence, cela revient à dire que le concept de droits de l'homme ne peut résulter de compromis qui se fonde sur des intérêts. Il est toujours le résultat d'un consensus établi à la suite d'une procédure juridique équitablement menée selon des règles procédurales normales.

13- Droit et démocratie, p. 201

14- Ibid, p. 158

Le consensus, pour autant qu'il vise à rétablir une position juridique commune, demeure l'unique moyen par lequel survient toute détermination conceptuelle des droits de l'homme. Les délibérations sont toujours une exhibition d'un consensus. Délibérer donc, c'est donner le modèle consensuel qui aboutit à la formation de la volonté et des droits de l'homme.

Schéma délibératif de détermination conceptuelle des droits de l'homme

Positions	Moyen de délibération conceptuelle	Fins -finalités	Implémentation
Orientation axiologique	Consensus	Détermination droit commun ou volonté populaire	Charte commune appelée à imposer le consensus et à surveiller le
Intérêts	Arbitrage	Détermination compromis	compromis

Par-delà cette élucidation qui concerne consensus et compromis, Habermas se demandait ce qui assurait qu'un droit est édicté équitablement dans l'intérêt de tous. En d'autres termes, qu'est ce qui justifie que le consensus obtenu après le processus de délibération répond aux attentes des uns et des autres dans le cadre de l'autodétermination.

Ainsi, il posera deux principes délibératifs : le premier est du point de vue de la justice. Autrement, le consensus doit s'accorder aux principes fondamentaux de la justice qui reconnaissent à chacun le droit, le même. Autrement, le droit ne peut être que le même pour tous les protagonistes qui participent au processus délibératif. De ce fait, est juste le consensus qui tient compte des positions de chacun.

Le second point concerne les principes qui énoncent un consensus juste, pour tout le monde. En vertu de quel critère, établit-on que tels principes juridiques arrangent tout le monde aussi bien au niveau participatif que délibératif et donc consensuel. C'est donc le second point qui constitue un vrai dilemme. Pour résoudre une telle « *aporie* ¹⁵ », il faudra, certainement, qu'en même temps que la définition de la procédure à adopter dans la détermination conceptuelle de ce qu'elle entend instituer comme droits de l'homme, une communauté se mette d'accord sur les principes de la justice et du consensus.

15- Lire les dialogues de Platon notamment le Gorgias

Cela revient à dire, en effet, que tout est consensus de la procédure à la détermination du droit : consensus procédural, les droits acquièrent leur validité à l'échelle autochtone, communautaire, nationale, sociale.

Mais Habermas propose le problème de départ à savoir le niveau de concordance du consensus et des normes amoraux. En effet, pour lui, « *pour être légitime, le droit politiquement édicté par une communauté juridique concrète doit à tout le moins s'accorder avec des principes moraux qui, par-delà la communauté juridique particulière, peuvent prétendre à une validité universelle*¹⁶ ».

Habermas définira, à partir de là, les droits de l'homme comme un concept qui englobe un mécanisme procédural qui garantit le droit de participer et qui se situe aux antipodes de la morale et du droit. Et d'emblée, on peut dire avec lui que les droits de l'homme sont, d'une part, fondés « *sur un principe supra -positif ou par un point de vue moral explicité en termes déontologique. Selon lequel n'est valide que ce que tous pourraient vouloir*¹⁷ ».

D'après Habermas, les consensus sont rares par rapport aux compromis. En effet, pour lui ce sont « *les conditions d'un pluralisme culturel et social, les finalités politiquement significatives se fondent bien souvent sur des intérêts et des orientations axiologiques qui ne sont nullement constitutifs de l'identité de la communauté dans son ensemble, autrement dit de la totalité d'une forme de vie intersubjectivement partagée. Les intérêts et orientations axiologiques dont les conflits ne permettent pas d'espérer que l'on puisse aboutir à un consensus appellent une régulation qui, même si les résultats ne doivent pas léser les valeurs fondamentales sur lesquelles repose le consensus d'une culture, ne peut être obtenue par des discussions d'ordre éthique*¹⁸ ». D'où donc les difficultés à venir à bout des formes de vie plurielles inhérentes aux compromis qui ne peuvent pas déterminer les droits de l'homme. Et même à un niveau international, Habermas pense que ce sont les compromis qui prédominent sur le consensus.

2 – L'Option plébiscitaire

Dans **The publics an its problems** (les publics et leurs problèmes), John Dewey, philosophe Américain, dénonçait l'absurdité de ce que nous avons l'habitude d'appeler la règle de la majorité.

16- Droit et Démocratie, p.306

17-Ibid, p. 316

18- Ibid, p. 307

En effet, pour Dewey « *la règle de la majorité, en tant que telles est aussi absurde que le prétendent ses critiques. Mais elle n'est jamais purement et simplement une règle de la majorité [...]. Les moyens par lesquels une majorité parvient à être la majorité, voilà la chose la plus importante, autrement dit les débats antérieurs, la modification des conceptions en fonction des opinions défendues par les minorités [...]. En d'autres termes, ce dont on a besoin, c'est essentiellement une amélioration des méthodes et des conditions de débats, de discussion et de persuasion*¹⁹ ».

Ce qui importe, pour Dewey, c'est la procédure qui instaure les débats et les pose comme condition sine qua non de conquête des voix. Et Habermas faisait remarquer que le choix délibératif « *acquiert sa force de légitimation grâce à la structure fondée sur la discussion, d'une formation de l'opinion et de la volonté qui ne peut remplir sa fonction d'intégration sociale que grâce à l'attente, dont elle fait l'objet, d'une qualité raisonnable des résultats*²⁰ ». Autrement dans la procédure démocratique, on s'attend certes à des résultats positifs, mais la prémisse reste la validité consensuelle de la méthode. Et cette « *prémisse est que la seule façon de mener une discussion sensée à propos de la démocratie pour autant qu'elle se distingue de toutes les formes de gouvernement autocratique, est de la considérer comme étant caractérisée par une série de règles [...] établissant à la fois qui est autorisé à prendre les décisions engageant la collectivité et quelles procédures doivent être appliquées*²¹ ».

Ce modèle démocratique d'instauration du droit fondé sur la communication se rencontre souvent dans les espaces publics et entre ceux-ci et les parlements. L'hypothèse selon laquelle il existe une volonté populaire étouffée dans l'œuf du « sujettisme commun » était déjà vérifiable dans les modes classiques de conception de la démocratie. Laquelle était conçue sous une conception représentative et/ou plébiscitaire.

Suivant le principe classique *stat pro ratione voluntas*, le plébiscite était une option à laquelle les sujets pouvaient recourir pour déterminer un droit commun. Et cette thèse plébiscitaire pose l'existence d'une volonté hypothétique commune qui transcende toutes les déterminations factuelles. Mais elle n'était

19- Droit et démocratie, p.329

20- Ibid

21- Ibid, p. 328

visible et exprimable que sous un mode opératoire qui pose une multiplicité de choix. En effet, plébisciter, c'est élever, c'est tout offrir. Le plébiscite, pour autant qu'il donne tout à un candidat, demeure, cependant, un favoritisme exagéré. Il y a lieu de s'interroger sur cette générosité exagérée que recèle le plébiscite et qui fait qu'au lieu de se poser comme simple choix méthodique ou politique, il s'érige en barrière optionnelle de détermination exclusive. C'est en ce sens que le plébiscite est une option à laquelle les participants peuvent recourir.

Toujours est-il que le plébiscite ne peut être qu'optionnel. Car dans la façon de jauger la volonté commune, la règle de la majorité s'est toujours posée comme principe de légitimité. La règle de la majorité détermine la volonté la plus représentative en ce sens qu'elle l'extirpe d'une multiplicité d'idées conçues, d'arguments valides et de choix timorés. C'est pourquoi Habermas posera, inversement à la formule de Hobbes *auctoritas non veritas facit legem*, cette volonté comme « *l'intérêt commun hypothétique [qui] ne peut être trouvé qu'au moyen de la délibération et au niveau des organismes représentatifs, distinct de la volonté empirique* ²² ».

Et c'est d'une manière très particulière que Carl Schmidt a intégré ces deux conceptions dans « *sa reconstruction idéale -typique du parlementarisme bourgeois* ²³ ». Seulement, il prendra la force plébiscitaire comme plus formatrice de la volonté populaire, du fait qu'elle ne pose aucun choix qui ne soit consensuellement admis. En effet, Carl Schmidt comprendra la « *la force plébiscitaire d'une volonté populaire supposée homogène comme la racine d'où naît la formation de l'opinion et de la volonté politique.* ²⁴ » Et cela, d'après Habermas, du fait que « *la théorie plébiscitaire part de l'idée volontariste qu'il existe une volonté populaire hypothétique exprimant chaque fois l'intérêt universel* ²⁵ »

Opter pour le plébiscite, en conséquence, c'est montrer une totale adhésion à une norme commune. C'est la poser comme, non seulement satisfaisante pour tout le monde en tant que base de mobilité juridique dans le cadre de l'autodétermination, mais éviter toute brouille dans l'instauration du choix populaire. C'est en ce sens que Habermas posera l'option plébiscitaire comme gage de bonne volonté et de choix méthodique de détermination conceptuelle des droits de l'homme. Et donc un recours minutieux d'une détermination consensuelle du droit commun.

22- *Droit et démocratie*, p. 204

23- *Ibid*

24- *Ibid*

25- *Ibid*

CONCLUSION GENERALE

Lorsque Frank Michelman voit « *dans la tradition constitutionnelle Américaine, une tension entre l'empire des lois, impersonnel et fondé sur les droits de l'homme innés et l'auto-organisation spontanée d'une communauté qui se donne ses propres lois à trouver la volonté souveraine du peuple*¹ », c'est que la cohabitation même est difficile entre une société que se légifère et fonde le droit de ses citoyens sur les droits innés ou naturels et une loi instaurée sur le principe de l'intersubjectivité.

La même tension existe entre des peuples d'origine diverse qui n'ont pas la même tradition culturelle et donc pas la même conception du droit naturel. Déjà dans sa doctrine du droit, Kant avait beaucoup de mal à circonscrire et éluder le rapport entre les principes de la morale, du droit et de la démocratie. Or, ces trois principes tendent, selon Habermas, chacun à sa manière, à clarifier « *la même idée d'auto-législation*² ».

Et le retour à Hobbes, qui s'inscrit dans une perspective kantienne et impose une lecture de « *l'Etat bourgeois sans démocratie* », laisse présager une détermination des droits de l'homme fondée sur des actes de routine dans un ordre garanti par un souverain. Pour Hobbes en effet, « *le souverain ne peut donner des ordres que dans le langage du droit moderne. Le souverain garantit à l'intérieur un ordre qui assure selon des lois universelles, aux personnes privées des libertés subjectives*³ ». C'est dire donc que les droits de l'homme, dans un univers, ne résultent que des conceptions que des acteurs dans une société déterminée se font de leur morale sociale reprise en acte et posée plusieurs fois par les participants. Or, une telle conception personnelle des droits se fonde sur des intérêts individuels constitutifs de la substance des droits de l'homme idéaux, puisque la manière dont chacun souhaite vivre le droit informel ne convient pas à tout le monde. Et une société régulée par des lois juridiques acceptables ne peut se donner le luxe anarchique de laisser échoir partout des droits partisans. C'est pourquoi pour Habermas, les droits de l'homme doivent se fonder sur une procédure rationnelle d'autodétermination qui donnerait à chaque citoyen la chance de participer au processus en tant que droit, mais aussi en tant que destinataire de droits.

P.115 ¹F. Michelman, « Law's Republic », in « *the yale Law journal* » cité par Habermas Droit et démocratie,

² Jürgen Habermas, Droit et démocratie, p. 105

³ Ibid

C'est dire que pour lui, « *les droits de l'homme incarnent manifestement des intérêts universalisables et se justifient du point de vue de ce que nous pourrions vouloir*⁴ ».

C'est à cela que s'attelait le contrat social de Rousseau qui servait à institutionnaliser, dans un processus de reconnaissance, « *l'unique droit inné* » qui est de disposer de liberté d'actions subjectives, égales pour tous. Le fondement de ce droit de l'homme est la volonté autonome des individus « *qui, en tant que personnes morales, disposent préalablement de la perspective sociale, d'une raison examinatrice de la loi, raison à partir de laquelle ils peuvent ne plus simplement justifier par la prudence leur sortie d'une situation de libertés non garantie mais le fonder moralement*⁵ ». Et selon Habermas, Kant voyait la nécessité de scinder l'unique droit de l'homme en un système de droit à travers lequel tant « *la liberté de chaque membre de la société en tant qu'homme* » que « *l'égalité de celui-ci avec tout autre en tant que sujet* » recouvrent un aspect positif⁶ ».

D'où « *la substance des droits de l'homme réside donc dans les conditions formelles qui président à l'institutionnalisation du droit de ce type de discussion qui concourent à la formation de l'opinion et de la volonté, et dans lesquelles la souveraineté du peuple prend une forme juridique*⁷ ».

⁴De l'Éthique de la discussion, p. 25

⁵Droit et démocratie, p. 109

⁶Ibid

⁷Ibid, p.120

BIBLIOGRAPHIE

- Benoît Saliou Ngom, Les Droits de l'homme et l'Afrique, éd. Silex, 1984
- Corinne Rinter, «Réconciliation procédurale des droits de l'homme et de la souveraineté populaire chez Habermas», Mémoire de DEA soutenu en Juillet 1999 en Sciences Politiques à l'Institut d'Etude Politique de Lyon
- Djibril Samb, Manuel de méthodologie et de normalisation, à l'usage des étudiants, des auteurs, des rédacteurs, des éditeurs et des secrétaires, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, IFAN Cheikh Anta Diop, 1999
- Emmanuel Kant, « Sur le lieu commun, il se peut que ce soit en théorie, mais en acte cela ne vaut point», trad. Luc Ferry
- Iba Der Thiam, « Les Droits de l'homme dans les traditions culturelles africaines; L'exemple de certaines sociétés sénégalaises», Revue “ Enseignement des Droits de l'homme», Unesco, vol. III, 1982
- Jürgen Habermas, Droit et Démocratie, éd. Gallimard 1997
- Jürgen Habermas, Droit et Morale, éd. Seuil, 1997
- Jürgen Habermas, Espace public, éd. Payot, Paris 1978
- Jürgen Habermas, Raison et Légitimité, éd. Payot, Paris, 1972
- Jürgen Habermas, De L'Ethique de la Discussion, éd. du Cerf, 1992
- Jürgen Habermas, Morale et Communication, trad. Bouchinhomme, Paris, éd. Cerf, 1986
- Jürgen Habermas et John Rawls, Débat sur la Justice Politique, éd. du Cerf, Paris 1997
- Jürgen Habermas, «Interlocution et Politique : Comment la Raison vient aux hommes?», Revue «Forum Franco Allemand»
- Jürgen Habermas, « Le travail de la Raison critique», Philagorat.net
- Jürgen Habermas, « Bestialité et Humanité : Une Guerre à la Frontière du droit et de la Morale», publié dans le « Forum Franco -Allemand»
- John Rawls, Justice et Démocratie, trad. C. Audard éd. Seuil, 1993

- John Rawls, Théorie de la Justice, trad. Catherine Audard, Paris éd. Seuil, 1997
- Lanciné Sylla, «Démocratie à l'Arbre à Palabre et du bois sacré. Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines», Colloque sacralité, Pouvoir et Droit en Afrique, Paris 1980
- Louis Althusser, Lire le Capital, Maspero, 1978
- Marx et Engels, L'Idéologie Allemande, éd. Sociales, 1975
- Max Weber, Economie et Société, Paris, Plon, 1971
- Max Weber, La Sociologie du Droit, Paris, Puf, 1986
- Pathé Diagne, Le Concept de Pouvoir en Afrique, Presses de l'Unesco, 1981
- Sémou Pathé Guèye, Du bon usage de la démocratie en Afrique, NEAS, 2003
- Talcotte Parsons, Le Système des Sociétés Modernes, trad. G. Melleray, Paris Durand 1973
- Thomas Hobbes, De cive
- Internet :
 - www.wanadoo.fr
 - Philagorat.net