

JÜRGEN HABERMAS

PARCOURS 2

(1990-2017)

Théorie de la rationalité

Théorie du langage

nrf essais

GALLIMARD

nrf *essais*

Jürgen Habermas

Parcours

TOME SECOND

Droit cosmopolitique,
monde vécu et religion

*

Pensée postmétaphysique

ÉDITION ÉTABLIE
PAR CHRISTIAN BOUCHINDHOMME

TRADUIT DE L'ALLEMAND
PAR CHRISTIAN BOUCHINDHOMME,
FRÉDÉRIC JOLY ET VALÉRY PRATT

Ouvrage traduit avec le concours du Centre national du livre

nrf

Gallimard

Habermas, Jürgen (1929-)

Philosophie : philosophie politique ; philosophie du droit ; philosophie contemporaine : philosophie postmétaphysique ; souveraineté ; démocratie.

Sciences sociales : sociologie et anthropologie ; interaction sociale.

Religion : et politique ; sphère publique.

Histoire : Union européenne : politique, économie.

Les textes de ce volume sont extraits respectivement de *Nachmetaphysisches Denken* 1 et 2 (1988 et 2012), de *Zwischen Naturalismus und Religion* (2005) et de *Philosophische Texte*, cinq volumes (2009), tous parus aux Éditions Suhrkamp.

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, Berlin, 1984, 1988, 1992, 2005 et 2009.

© Éditions Gallimard, 2018, pour l'édition en langue française.

*De l'éthique de la discussion
au droit cosmopolitique*

Valéry Pratt a traduit les deux articles sur la constitutionnalisation du droit international (2004 et 2007).

Frédéric Joly a traduit « “Le” politique » (2011), « Politique et religion » (2013), « Sur la concurrence des principes... » (2013) et l’« Entretien sur la raison communicationnelle » (2016).

Christian Bouchindhomme a traduit tous les autres textes.

1997

LA LÉGITIMATION
PAR LES DROITS DE L'HOMME*

À Ingeborg Maus
Pour son 60^e anniversaire

J'utiliserai le concept de légitimation (et celui de légitimité, qui lui fait pendant) dans un sens doublement limité ; il ne sera, en effet, ici question que de la légitimation d'un ordre politique, et, dans ce cadre, uniquement de celle de l'État de droit constitutionnel et démocratique. Je commencerai par rappeler la proposition que j'ai faite ailleurs d'une reconstruction du lien interne qui existe entre la démocratie et les droits de l'homme¹, pour ensuite aborder quelques-uns des aspects qui ouvrent sur une critique de la conception des droits de l'homme telle qu'elle a été développée dans le monde occidental — que cette critique soit pratiquée dans le cadre de la discussion que le monde occidental mène avec lui-même, ou dans celui des discussions que les autres cultures mènent avec lui.

* « Zur Legitimation durch Menschenrechte ». Texte rédigé en 1997, à l'occasion du soixantième anniversaire d'Ingeborg Maus.

Première publication in *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1998, p. 170-192.

Repris dans une version abrégée (ne comprenant que les sections II-IV) in *Philosophische Texte. Band 4. Politische Theorie (Studienausgabe)*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2009, p. 298-312.

I. LA JUSTIFICATION PROCÉDURALE
DE L'ÉTAT CONSTITUTIONNEL
DÉMOCRATIQUE

Commençons par expliciter le concept politique de légitimation. Que l'on ait besoin de légitimer des ordres dont la caractéristique est d'être organisés par la puissance de l'État (ce qui les distingue des structures de domination à l'œuvre dans les sociétés tribales, par exemple) est quelque chose que le seul concept de pouvoir politique suffit déjà à expliquer. En effet, puisque ce médium qu'est le pouvoir étatique se constitue sous des formes juridiques, il est inévitable que les ordres politiques qui en procèdent se nourrissent de l'exigence de légitimité propre au droit. Le droit n'exige pas seulement, en effet, d'être accepté ; il faut, certes, qu'il soit reconnu par ceux auxquels il s'adresse, mais également qu'il *mérite* cette reconnaissance. On dira donc que ressortissent à la légitimation d'un ordre étatique toutes les constructions et toutes les justifications qui, émises dans un cadre public, ont pour tâche d'honorer cette prétention du droit à mériter la reconnaissance dont il est l'objet.

Cela vaut pour tous les ordres étatiques puisque la caractéristique des États modernes est que le pouvoir politique s'y constitue dans la forme du droit positif, c'est-à-dire d'un droit à la fois édicté et contraignant. Dans la mesure où la question relative au type de légitimation politique est également concernée par la transformation qui s'est opérée au sein de la forme juridique, j'aimerais en un premier temps (1) caractériser le droit moderne d'après sa structure et son mode de validité, ce qui me permettra ensuite (2) de me pencher sur le type de légitimation qui lui est spécifique.

(1) Les ordres juridiques modernes se composent essentiellement de droits subjectifs, c'est-à-dire de droits qui ménagent à la personne juridique un espace légal au sein

duquel elle peut agir en fonction de ses propres préférences. Les personnes titulaires de ces droits se voient donc par là même déliées de manière circonscrite des obligations engendrées par les commandements moraux ou par toute prescription d'une autre nature. Et le fait est que, dans les limites de ce qui est permis juridiquement, nul n'est tenu par le droit de justifier ses faits et gestes publiquement. Par l'introduction des libertés subjectives, le droit moderne se démarque donc des ordres juridiques traditionnels en faisant entrer en vigueur le principe hobbesien selon lequel est permis tout ce qui n'est pas l'objet d'une interdiction explicite. Droit et morale ne vont donc pas dans le même sens². Si la morale nous dit d'abord ce à quoi nous sommes tenus, c'est le primat de la chose autorisée qui résulte de la structure du droit. Alors que les droits moraux dérivent de devoirs réciproques, en droit ce sont les devoirs qui sont déduits, et ce à partir de la limitation que pose la loi aux libertés subjectives. On observe donc dans les catégories mêmes un privilège des droits sur les devoirs, qui s'explique par la conception de la personne et de la communauté juridiques que développe le droit moderne. L'univers moral, qui est pour ainsi dire *affranchi des limites* de l'espace social et du temps historique, s'étend à *toutes* les personnes *naturelles* dans la complexité de leur biographie propre. Une communauté juridique, en revanche, qui est située localement et historiquement, ne protège l'intégrité de ses membres que dans la mesure où ceux-ci endossent le statut artificiellement créé de *porteurs de droits subjectifs*.

Cette structure se reflète dans le mode caractéristique qui donne au droit sa vigueur, et qui mêle une dimension factuelle — celle par laquelle l'État impose le droit — et une dimension de légitimité — liée au processus rationnel, revendiqué comme tel, par lequel le droit est posé. Le droit moderne en effet laisse ses destinataires libres de ne voir dans les normes qu'une simple limitation à leur latitude d'action et d'entrer en conséquence dans un jeu stratégique avec les conséquences calculables entraînées par les possibles infractions à la règle ; cela étant, il per-

met aussi de se conformer aux prescriptions « par respect pour la loi ». Kant déjà, avec son concept de légalité, avait souligné la nécessaire conjonction entre ces deux aspects — faute de quoi il serait impossible d'exiger des personnes moralement responsables qu'elles obéissent au droit. Les normes juridiques doivent ainsi être créées de manière à pouvoir être considérées simultanément, sous chacun de ces aspects, comme des lois contraignantes et comme des lois de liberté. Il doit toujours être au moins possible d'observer les normes juridiques non parce qu'elles sont contraignantes, mais parce qu'elles sont légitimes. Dire qu'une norme juridique est valide revient donc à dire deux choses : que la puissance étatique garantit, d'une part, sa légitimité en vertu du processus par lequel elle a été posée et, d'autre part, qu'elle sera factuellement imposée. L'État doit se porter garant de ces deux aspects : d'une part, de la légalité du comportement, la norme étant en moyenne obéie, si nécessaire par le recours à la contrainte au moyen de sanctions ; et, d'autre part, de la légitimité de la règle elle-même, rendant à tout moment possible une obéissance à la norme par respect de la loi.

Toutefois, concernant la légitimité de l'ordre juridique, ce qui importe le plus, c'est encore une autre propriété formelle, en l'occurrence la positivité du droit édicté. En effet, comment peut-on fonder en raison la légitimité de règles qui peuvent être modifiées à tout moment par le législateur politique ? Même les normes constitutionnelles sont modifiables — y compris les normes fondamentales que la Constitution déclare irréformables, qui partagent en effet le sort de l'ensemble du droit positif et peuvent, elles aussi, être rendues caduques, par exemple à la suite d'un changement de régime. Tant que l'on pouvait recourir à un droit naturel fondé sur la métaphysique ou la religion, il était possible de contenir le tourbillon de la temporalité ; désormais, le droit positif est aspiré par ce tourbillon. Il faudrait peut-être que le droit positif dans sa temporalité demeure *soumis* — au sens d'une hiérarchie des lois — à la validité permanente du droit moral et qu'il en reçoive ses

orientations. Mais, dans des sociétés pluralistes, les images du monde qui entretiennent l'intégration et les éthiques qui nourrissent les liens collectifs ont cessé d'avoir cours.

La théorie politique a donné à la question de la légitimité une double réponse : la souveraineté du peuple et les droits de l'homme. Le principe de la souveraineté populaire établit un procédé qui, sur la base de ses propriétés démocratiques, fonde en raison la présomption de résultats légitimes. Ce principe se traduit en droits de communication et de participation qui garantissent aux citoyens leur autonomie publique. De leur côté, les droits de l'homme classiques, qui garantissent aux citoyens la vie et la liberté privée, c'est-à-dire une latitude d'action qu'ils peuvent consacrer à réaliser leur projet de vie, fondent en raison une domination des lois par elle-même légitime. C'est sous ces deux points de vue normatifs que le droit édicté, c'est-à-dire modifiable, doit se légitimer comme un moyen destiné à garantir dans la même mesure l'autonomie privée et l'autonomie civique de l'individu.

(2) Le fait est, néanmoins, que la théorie politique n'a pas su trouver sérieusement un équilibre à cette tension entre la souveraineté du peuple et les droits de l'homme, entre la « liberté des anciens » et la « liberté des modernes ». Le *républicanisme*, qui se rallie à Aristote et à l'humanisme de la Renaissance, a constamment accordé le primat à l'autonomie publique des citoyens sur les libertés non politiques des personnes privées. Le libéralisme, inspiré quant à lui de Locke, n'a pour sa part cessé d'invoquer (en tout cas depuis le XIX^e siècle) le danger que représentaient les majorités tyranniques et, par conséquent, postulé le primat des droits de l'homme sur la volonté du peuple. Dans un cas, les droits de l'homme ne peuvent être légitimes pour une entité politique que si elle y est conduite par le débat qu'elle a avec elle-même sur son identité éthique et si, alors, elle les adopte par une autodétermination souveraine ; dans l'autre, ils ne peuvent être dès le départ que des barrières légitimes qui interdiront à la volonté souve-

raîne du peuple d'avoir prise sur les sphères de la liberté subjective intangible. Contre ces unilatéralités complémentaires, il faut s'en tenir à ceci que l'idée des droits de l'homme — le droit fondamental kantien à d'égales libertés subjectives pratiques — ne peut ni être imposée au législateur souverain comme une barrière externe, ni être instrumentalisée par celui-ci à ses propres fins comme un réquisit fonctionnel³.

Afin de bien exprimer cette intuition, il convient de partir de la question à laquelle je recourrai moi-même dans ce qui va suivre et qui est la suivante : quels droits fondamentaux des citoyens libres et égaux doivent-ils s'accorder mutuellement s'ils souhaitent régler leur vie en commun de manière légitime avec les moyens du droit positif ? Lorsqu'on se représente ainsi la pratique constituante, on peut en effet faire apparaître le lien qui existe entre l'exercice de la souveraineté populaire et la création d'un système de droits. Je partirai pour démontrer cela du principe — qu'il n'y a pas lieu de discuter plus avant ici — selon lequel, lorsque des règles sont édictées, celles qui peuvent précisément prétendre à la légitimité sont celles auxquelles toutes les personnes d'une manière ou d'une autre concernées peuvent souscrire par la voie de discussions rationnelles. Dans une discussion, ce que veulent les participants lorsqu'ils cherchent au moyen d'arguments à se convaincre mutuellement de quelque chose, c'est parvenir à des points de vue communs ; dans une « négociation », en revanche, ce qu'ils visent, c'est à équilibrer leurs différents intérêts (mais, là encore, la loyauté de ces tractations dépend de procédés — relatifs à la formation du compromis — qui sont fondés sur les principes de la discussion). Or si la discussion et la négociation sont bien le lieu dans lequel une volonté politique raisonnable peut se former, alors la présomption des résultats légitimes qui doivent fonder le processus démocratique ne peut s'appuyer en dernier ressort que sur un dispositif communicationnel, à savoir qu'il est indispensable que les formes de communication nécessaires au législateur politique pour former en raison — et donc

d'une manière propre à garantir la légitimité — sa volonté soient, de leur côté, institutionnalisées juridiquement.

Le lien interne que nous recherchons entre les droits de l'homme et la souveraineté du peuple réside donc en ceci que les droits de l'homme institutionnalisent les conditions communicationnelles nécessaires à une formation politique de la volonté par des voies raisonnables. Des droits qui *rendent possible* la souveraineté populaire ne peuvent pas être imposés à cette pratique comme des barrières qui seraient posées de l'extérieur. Il reste que cette analyse n'est *immédiatement* éclairante qu'en ce qui concerne les droits civiques et politiques, c'est-à-dire les droits de communication et participation ; elle n'intègre pas les libertés classiques qui assurent au citoyen son autonomie privée. Ces droits, qui doivent garantir pour chacun les mêmes chances de poursuivre les fins qu'il donne à sa vie privée et une protection globale de ses droits individuels, possèdent manifestement une valeur intrinsèque — et, disons, ne recouvrent pas exactement la valeur instrumentale qu'ils ont pour la formation de la volonté démocratique.

Or nous ne devons pas oublier que les citoyens ne disposent pas du choix du médium à travers lequel ils exercent leur autonomie politique. S'ils participent à la législation, c'est en tant que sujets *juridiques* exclusivement ; ils ne disposent plus du choix du langage dont ils souhaitent se servir. Il faut donc bien que le code juridique soit déjà disponible en tant que tel pour que les présupposés communicationnels nécessaires à une formation de la volonté par les moyens de la discussion puissent être institutionnalisés sous la forme des droits civiques et politiques. Or, si ce code a été institué, il n'a pu l'être que parce qu'avait été créé un statut pour les personnes juridiques, appartenant, comme porteuses de droits subjectifs, à une association libre de pairs juridiques et en mesure, le cas échéant, de faire valoir effectivement leurs droits. Il n'y a donc tout simplement pas de droit possible sans l'autonomie des personnes juridiques. Et, par conséquent, sans les libertés classiques, en particulier sans le droit fondamental à une égale

liberté subjective d'action, il n'existerait aucun médium permettant l'institutionnalisation juridique des conditions permettant aux citoyens de participer à la pratique d'autodétermination.

On voit donc, de cette manière, que l'autonomie privée et l'autonomie publique se présupposent mutuellement. Le lien de cohérence interne entre la démocratie et l'État de droit réside en effet en ceci que les citoyens ne peuvent faire un usage adéquat de leur autonomie publique que si tous sont également assurés d'une autonomie privée qui leur permet de se choisir leur vie et d'être ainsi suffisamment indépendants, mais que, inversement, ils ne pourront également jouir de leur autonomie privée que si, en tant que citoyens, ils font un usage adéquat de leur autonomie politique. Ainsi, les libertés subjectives et les droits politiques fondamentaux sont-ils inséparables. L'image du noyau et de l'enveloppe — en vertu de laquelle il existerait un noyau de libertés élémentaires qui pourraient prétendre primer sur les droits de communication et de participation — est une image trompeuse⁴. Pour le type de légitimation en usage dans le monde occidental, la cooriginarité des libertés et des droits civiques et politiques est essentielle.

II. L'AUTOCRITIQUE DU MONDE OCCIDENTAL⁵

Les droits de l'homme ont une sorte de visage de Janus, à la fois tourné vers la morale et vers le droit. Quoiqu'ils aient un contenu moral, leur forme est celle de droits juridiques. Ils se rapportent, à l'instar des normes morales, à tout « ce qui porte visage humain », mais *en tant que* normes juridiques ils ne protègent les personnes individuelles que pour autant qu'elles appartiennent à une communauté juridique déterminée — en règle générale, les citoyens des États nationaux. Il existe donc une tension spécifique entre

le sens universel des droits de l'homme et les conditions locales qui président à leur actualisation : ils sont *censés* valoir pour toutes les personnes sans exclusive — mais comment peut-on y parvenir ? On peut imaginer, d'un côté, une mondialisation des droits de l'homme qui ferait de tous les États existants — et pas seulement en réputation — des États de droit démocratiques, chaque individu étant en même temps en droit de se choisir une nationalité. Une autre possibilité serait que chacun directement, c'est-à-dire comme citoyen du monde, jouisse de manière effective des droits de l'homme. Ainsi l'article 28 de la Déclaration générale des droits de l'homme des Nations unies invoque-t-il un ordre mondial « tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ». Or même un tel objectif, qui n'est autre que celui d'un droit cosmopolitique efficacement institutionnalisé, est encore bien lointain.

Nous sommes dans une époque de transition entre un ordre dominé par les États-nations et un ordre cosmopolitique, et on ne sait trop ce qui est le plus dangereux, du monde en déclin des sujets souverains du droit international — lesquels ont depuis bien longtemps perdu leur innocence —, ou de l'embrouillamini des institutions et des conférences supranationales — lesquelles sont certes à même d'être légitimées, mais de manière équivoque puisqu'elles ne cessent de dépendre de la bonne volonté des États et des alliances disposant de la force⁶. Dans cette situation instable, les droits de l'homme constituent bien entendu, pour la politique menée par la communauté internationale, l'unique base de légitimation reconnue par tous ; presque tous les États ont adopté dans sa lettre la Charte des droits de l'homme des Nations unies, sensiblement améliorée entre-temps. Il reste que sa validité universelle, son contenu et la hiérarchie des droits sont encore régulièrement l'objet de controverses. Mené à l'aide d'arguments normatifs, le discours des droits de l'homme s'accompagne même d'un soupçon fondamental : une forme de légitimation politique née en Occident peut-elle

tout simplement conserver la moindre évidence dès lors qu'elle est appréhendée sous les prémisses d'une autre culture ? De la manière la plus radicale qui soit, des intellectuels occidentaux défendent même l'idée selon laquelle, derrière la prétention à la validité universelle des droits de l'homme, ne se cacherait qu'une perfide prétention au pouvoir de l'Occident.

Ça n'est pas un hasard. Acquérir de la distance par rapport à ses propres traditions et élargir les perspectives limitées appartiennent précisément aux mérites du rationalisme occidental. L'histoire européenne de l'interprétation et de l'actualisation des droits de l'homme est une histoire de *décentremments* successifs par rapport à notre point de vue initial. Ce n'est que progressivement que l'égalité préten due des droits a été étendue aux groupes opprimés, marginalisés et exclus. Ce n'est qu'au terme de luttes politiques acharnées que les ouvriers, les femmes, les Juifs, les Tsiganes, les homosexuels et les demandeurs d'asile ont, eux aussi, été reconnus comme des « êtres humains » pouvant prétendre à une égalité de traitement pleine et entière. Il n'est pas anodin que ces diverses poussées émancipatrices fassent reconnaître rétrospectivement les fonctions idéologiques que les droits de l'homme remplirent *jusqu'ici*. Car, en chacune de ces occasions, la prétention égalitaire à une validité universelle et à l'inclusion avait *aussi* servi à masquer l'inégalité factuelle de traitement dont étaient victimes ceux qui étaient tacitement exclus. C'est ce constat qui a fait naître le soupçon que les droits de l'homme pouvaient en fin de compte se réduire à cette fonction idéologique. N'ont-ils pas toujours servi de bouclier à une fausse universalité — à une humanité imaginaire derrière laquelle un Occident impérialiste pouvait dissimuler sa singularité et ses intérêts particuliers ? Se réclamant chez nous de Heidegger et de Carl Schmitt, cette herméneutique du soupçon connaît deux variantes, l'une fondée sur une critique de la raison, l'autre sur une critique du pouvoir.

Selon la première version, l'idée des droits de l'homme est l'expression d'une raison qui, s'enracinant dans le pla-

tonisme, serait spécifiquement occidentale. Usant d'un « paralogisme par abstraction », elle outrepasserait les limites du contexte qui l'a vue naître et, par là même, la validité toute locale de ses critères prétendument universels. Il faudrait imputer à toutes les traditions, toutes les visions du monde, toutes les cultures des critères du vrai et du faux qui seraient propres à chacune d'entre elles et incommensurables entre eux. À vrai dire, en procédant ainsi, cette critique de la raison tend à mettre toutes les cultures sur un même plan et ne rend pas compte de l'autoréférentialité spécifique qui caractérise les discours des Lumières. Le discours des droits de l'homme a lui aussi vocation à permettre à *toutes* les voix de se faire entendre. C'est pourquoi il met lui-même en avant les critères à la lumière desquels les infractions, même latentes, à ses propres exigences peuvent être repérées et corrigées. Lutz Wingert a appelé cela l'« aspect détective » du discours des droits de l'homme⁷, car, de fait, ces droits qui exigent qu'autrui soit inclus dans le champ de leur application fonctionnent en même temps comme des palpeurs capables de détecter les exclusions pratiquées en leur nom.

La version fondée sur une critique du pouvoir procède de façon un peu plus grossière. Elle aussi conteste au discours des droits de l'homme toute prétention à la validité universelle en le renvoyant au primat génétique d'une particularité qu'il occulterait. Mais, cette fois, on se contente pour l'établir d'un artifice réductionniste. Inévitablement, prétend-on, le langage normatif du droit ne reflète *rien d'autre* que les aspirations factuelles au pouvoir qui caractérisent toute affirmation politique de soi ; c'est pourquoi, en règle générale, la volonté particulière d'un groupe déterminé souhaitant s'imposer se dissimulerait derrière les exigences universelles du droit. Il est cependant des nations plus heureuses qui apprirent, dès le XVIII^e siècle, à domestiquer le pouvoir brut au moyen du droit légitime. « Qui dit humanité veut tromper⁸ » — voilà un fameux échantillon d'idéologie allemande, qui trahit tout simplement un déficit d'expérience historique⁹.

Les intellectuels occidentaux ne devraient pas confondre leur discours sur les préventions que fait naître en eux leur propre européocentrisme et les débats que les *non-occidentaux* mènent avec eux. Certes, nous rencontrons, y compris dans le discours interculturel, des arguments que les porte-parole des non-occidentaux ont empruntés à la critique européenne de la raison et du pouvoir afin de montrer que la validité des droits de l'homme reste malgré tout prisonnière de son contexte d'origine européen. Toutefois, ces hommes, dont la conscience de soi s'est forgée dans un autre cadre traditionnel, s'ils critiquent l'Occident, ne rejettent pas pour autant les droits de l'homme en bloc. D'autres cultures, d'autres religions universelles sont, en effet, exposées, aujourd'hui, aux défis de la modernité sociale, comme le fut l'Europe à l'époque où elle a, d'une certaine manière, inventé les droits de l'homme et l'État constitutionnel démocratique.

Dans ce qui suit, je vais prendre le rôle apologétique d'un participant occidental à la discussion interculturelle sur les droits de l'homme, et partir de l'hypothèse selon laquelle ces critères sont moins dus à l'arrière-plan culturel particulier de la civilisation occidentale qu'ils ne témoignent d'un effort pour répondre aux défis spécifiques d'une modernité sociale aujourd'hui mondialisée. On peut apprécier diversement ces conditions de départ et leur caractère moderne, mais pour nous elles représentent aujourd'hui un fait qui ne nous laisse pas de choix et qui, en tant que tel, n'appelle ni n'admet de justification rétrospective. Dans la querelle sur l'interprétation adéquate des droits de l'homme, ce n'est pas le caractère souhaitable ou non de la « condition moderne » (*modern condition*¹⁰) qui est en jeu, mais une interprétation des droits de l'homme qui rende justice au monde moderne, y compris *du point de vue des autres cultures*. La controverse porte avant tout sur l'individualisme et sur le caractère séculier des droits de l'homme, en tant qu'ils sont centrés sur le concept d'autonomie.

Les choses seront peut-être plus claires si je fais reposer ma métacritique sur une description exprimant de la