

## CRITIQUE DE LA CRITIQUE HABERMASIENNE DU DROIT NATUREL

### De l'impossibilité de la fondation communicationnelle des droits de l'homme sans le droit naturel<sup>1</sup>.

*Mr Varus Sosoe, PhD Philosophie, Chercheur en Ethique et Droits de l'Homme  
Université Fribourg, Institut Interdisciplinaire d'Ethique et des Droits de l'Homme  
Fribourg, Octobre 2000*

Eduquer aux droits de l'homme aujourd'hui nous fait penser à un *cursum* interdisciplinaire où, comme on peut le remarquer, une réflexion fondamentale, savoir une portant sur les sources doctrinales, la nature primordiale ou le prime statut normatif anté- et supra-positif de ces droits, voire d'ailleurs sur le fondement qui leur est explicitement retenu et déclaré par l'ordre juridique international, la dignité humaine, passerait pour une stérile préoccupation de l'expert en Ethique et en Philosophie des droits de l'homme. Tout se passe comme si l'idée des droits de l'homme est aujourd'hui un acquis indiscutable. Or, à voir les choses de près, nous sommes bien loin de nous accorder même sur la nature de notre "acquis": qu'est-ce que les droits de l'homme ? devrait-on encore se poser comme question d'ordre pédagogique<sup>2</sup>. Aujourd'hui, le souci constant de l'Expert en Ethique et en droits de

---

<sup>1</sup> Ce texte est une version adaptée et augmentée de la première publiée dans *De Philosophia* (Ottawa University, 1997)

<sup>2</sup> Remarquons tout simplement que la conception moderne et contemporaine des droits de l'homme n'est nullement monolithique, et qu'il soit absolument nécessaire, lorsque l'on investigate dans ce domaine, de se soucier de précisément déterminer les contours de la conception que l'on se fait le devoir de défendre, plutôt que de faire comme si tout allait de soi. Afin de montrer que cette conception n'est effectivement pas monolithique, voici, tout juste, à titre indicatif, un exemple de la multivocité, de la typologie de la conception moderne et contemporaine des droits de l'homme:

1 -- il y en a qui, comme nous, les conçoivent *comme des droits naturels fondés sur la dignité humaine*;

2 -- il y en a qui les conçoivent *comme des droits de l'homme fondés sur la raison et la liberté-égale mais ne leur reconnaissent pas le statut de droits naturels*;

3 -- il y en a pour qui, *comme Habermas, paradoxalement, d'un côté, ils font déjà partie intégrante de la culture juridique, comme des droits moraux et donc auraient un sens, une justification au sens de fondation; mais de l'autre, ils doivent encore faire l'objet d'une fondation ou légitimation dans l'arène politique à l'issue de dialogues effectifs*;

4 -- il y en a pour qui, *comme Kai Nielsen, ils se situent au-delà de toute possibilité de fondation*;

5 -- certains penseraient, à l'instar de Burke ou de Bentham: *"ces droits ne sont que des non-sense upon stilts"*;

6 -- pour d'autres encore, *ce ne sont que de purs produits historiques dont toute tentative de fondation ne prendrait que le sens d'un service rendu à une quelconque idéologie*;

7 -- et, finalement, il y en a pour qui, *de par les entorses qu'ils subissent, dire qu'ils sont des non-sense upon stilts, c'est leur accorder trop d'importance. Ils sont tout simplement nuls*.

Si notre constat se révèle pertinent, indépendamment de la justesse de la typologie que nous venons d'établir, on peut se demander, à l'instar de tout chercheur et praticien perspicace, comment est-il possible de réussir dans la mise en oeuvre des droits de l'homme, tant sur le plan national qu'international, si l'on n'est pas en accord sur la conception, sur l'idée que nous promouvons dans nos réflexions. Si la pratique des droits est une chose et la réflexion des droits qui en est l'archimédien et qui, constamment, doit lui servir d'aiguillon en est une autre, il va sans dire qu'au préalable, les praticiens -- philosophes, juristes, pédagogues, politiciens et simples citoyens etc. -- arrivent plus ou moins à s'entendre, à entretenir une certaine communauté d'idées qui les meuvent dans une seule direction. Autrement -- sophisme de la pente abrupte, nous reprochera-t-on peut-être ?--, soit nous aboutirons à une impasse, soit, ce qui n'est pas moindre affaire, nous permettrons irrémédiablement à ce qui peut paraître une sorte de dictature ou de tyrannie des droits de l'homme de nous asservir à un état d'absence de droits.

*Last but not least*, à prime abord, pour mieux déterminer la conception adéquate des droits de l'homme, cette question, apparemment simple, doit nous servir de fil conducteur: à quelle conscience, à quelle raison, à

l'homme se limite en effet à garantir son auditoire du pragmatiquement efficace -- que d'ailleurs l'on attend en vain --, non pas tant pour réaliser le programme des Nations-Unies, la mise en oeuvre effective des droits de l'homme, que pour conforter ceux qui détiennent le monopole et brandissent haut le flambeau du mercantilisme international contemporain, les grandes multinationales, et leurs férus défenseurs académistes, les théoriciens de l'économie "hard".

Cette investigation, au contraire, a pour objectif de montrer comment une éducation aux droits de l'homme -- civisme -- doit passer nécessairement par une détermination précise et une justification de l'idée des droits de l'homme, son auteur étant fort de la pertinence de la vision qu'une telle justification demeure au préalable résolument redevable à l'exposé, succinct qu'il soit, du creuset doctrinal originaire des droits de l'homme, la source philosophico-juridique des droits de l'homme, même ceux de l'homme du XXI<sup>e</sup> siècle: le jusnaturalisme. En d'autres termes, elle cherchera à démontrer comment l'éducation aux droits de l'homme ne saurait se faire raisonnablement sans la légitimation de l'idée des droits de l'homme; et comment une telle légitimation ne pourra que gagner davantage en cohérence avec une conception des droits de l'homme en tant que droits naturels. Dans cette optique critique du jusnaturalisme, nous montrerons, sans trop nous y attarder, que seul le principe de la dignité intangible de l'homme pourra adéquatement prétendre au statut d'*archè* de ces droits. La pensée de Habermas, l'un des théoriciens contemporains sociologisant et "pragmaticisant" des droits de l'homme nous servira ici de guide.

En ce qui concerne les droits de l'homme, Habermas ne saurait se départir de la tradition jusnaturaliste, pour autant qu'il fasse gestion de la notion de monde vécu et de cet universalisme abstrait qui, selon ce qu'il nous laisse comprendre, ne saurait se plier aux contingences des particularismes culturels. Plus précisément, j'ai essayé de démontrer, suivant en cela Otfried Höffe, la *petitio principii* inhérente à la pensée de Habermas: il présuppose le principe de la dignité humaine dont le respect inconditionnel constitue la condition de «pensabilité» et de possibilité effective du processus de la fondation dialogique. De ce fait, je parle d'un double cercle vicieux en considération du «*circulus vitiosus*» dont parle Luc Langlois: un cercle vicieux interne à la logique du paradigme habermasien et un cercle vicieux externe dans la confrontation du paradigme habermasien à la tradition jusnaturaliste, creuset de la thématization du principe de la dignité intangible et des droits naturels de l'homme.

## RAPPEL

Celui qui veut investiguer dans le domaine présent, doit d'abord répondre aux questions lancinantes de la nécessité aussi bien que de la pertinence, dans la culture juridique moderne et contemporaine, d'une gestion du métaphysique et/ou du spirituel dans le discours philosophico-juridique de cette culture. Cette culture est parsemée, mieux, elle repose, sur des principes et concepts gravement menacés de proscription, et à tort, par certains philosophes et juristes d'obédience positiviste. De ces principes et concepts, celui de la dignité humaine, ἀρχή (*archè*) des ἀρχή de notre système mondial de droit, principe des principes fondamentaux du droit international, en est le plus important. Or, fait étonnant, depuis le discours de l'aristotélico-thomiste Jacques Maritain en 1942<sup>3</sup>, discours portant fondamentalement sur la dignité humaine comme ultime fondement des droits de l'homme, aucune théorisation ou défense exhaustive de ce concept et principe n'a fait l'objet du songe d'aucun de nos spécialistes et experts des droits de l'homme. On s'empresse de l'énoncer et de le poser à la face du monde, sans jamais sérieusement réfléchir à l'importance que nous lui devons accorder tant en théorie qu'en pratique. On n'a jamais réfléchi à la rendre toujours

---

quelle liberté, à quelle égalité, à quelle fraternité faisons-nous allusion, lorsque nous évoquons les droits de l'homme ? Qui plus est, quel champ épistémique et quel statut épistémologique, sur le plan juridico-philosophique, nous accordons à l'idée de dignité humaine ? Voilà les questions qui, de façon incontournable, amèneront le chercheur à abonder dans l'univers discursif propre à notre perspective: le jusnaturalisme. Au lecteur d'en juger toutefois la pertinence !

<sup>3</sup> *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris: Paul Hartman, 1942.

présent dans les grandes tendances et configurations théoriques, aux grands débats et mouvements de la pensée. On n'a jamais pensé à l'occultation qu'il subit au détriment de la liberté-égale des libéraux pour qui il constitue manifestement un concept métaphysiquement trop lourd et trop vague pour le monde actuel. En fait, tout se passe comme s'il fallait simplement affirmer la dignité humaine comme une proposition de principe, comme un principe universellement admis sans conteste, pour asseoir l'édifice gigantesque mais menacé de cette base du système du droit international et des Déclarations sur lesquelles il se maintient.

Pour ce qui concerne le statut épistémologique et axiologique des droits de l'homme comme impératifs catégoriques du droit et, par conséquent, principes d'ordre métaphysique, il a fallu attendre l'ouvrage de O. Höffe<sup>4</sup> pour que certains spécialistes réagissent, bon gré mal gré, positivement, mais encore trop timidement, à son constat. *Pour ce qui touche au principe de la dignité humaine et de sa pleine intelligibilité par contre, absolument rien de systématiquement philosophique n'a été tenté ni pour véritablement l'articuler avec les autres principes du système, ni pour rigoureusement démontrer son statut hautement métaphysique, voire spirituel quant à ses concepts explicatifs.* C'est fort de la pertinence de l'importance de ce principe et le statut qui lui revient de droit dans le système des droits de l'homme et dans le droit international, que nous avons consacré toute notre thèse doctorale à sa radicale défense, *l'élevant explicitement au-dessus de l'égalité-liberté et relevant ainsi ponctuellement les contradictions et aberrations de la culture philosophico-juridique moderne et contemporaine.* Et c'est aussi convaincu de cette pertinence que, dans la présente investigation spécifiquement consacrée à quelques uns des présupposés fondamentaux et à certaines des dimensions universelles des principes à prendre en compte dans l'éducation aux droits de l'homme, nous jugeons légitime de revisiter notre conception.

L'époque moderne et surtout contemporaine, éprise de pragmatisme, de technocratie effrénée et d'efficacité purement matérialiste a ses défenseurs dont la pensée, pour être fidèle au désir de rendre autonome la Philosophie et, en général, l'axiologie socio-politique à l'égard des principes religieux et spirituels, s'oriente dans une dimension de la pensée tenue pour a-métaphysique, résolument empirique, pragmatique et, de surcroît, matérialiste à outrance. Tel est le constat de O. Höffe. Au rang des défenseurs de ce système du siècle se peuvent faire figurer, dans un ordre quasi-chronologique, le philosophe anglo-saxon d'obédience analytique, Wittgenstein, le philosophe et sociologue allemand Habermas et même, sur le plan philosophico-politique, le philosophe politique anglo-saxon Rawls.

Il suffit de lire Habermas pour comprendre en quoi tous ses prédécesseurs sont loin d'être de vrais philosophes, notamment de la pratique, puisqu'à ses dires, ils sont tous tributaires de la philosophie du sujet, de la philosophie de la conscience pensante, comme si la philosophie, quant à sa construction et même à sa pratique, devrait et pourrait avoir une source toute autre que cette conscience pensante subjective. Et pourtant, il suffit de le lire encore pour que se révèle, dans sa propre pensée, et à grands traits le même principe-source, la conscience subjective pensante et agissante. Du reste, la *praxis* humaine est-elle concevable et possible sans un sujet, c'est-à-dire une conscience pensante et agissante, peut-on s'enquérir ? En outre, tout lecteur de Habermas se rendra compte de la provenance des rudiments et principes les plus pratiques (ontogénétique et phylogénétique) de sa philosophie de ce qui est traditionnellement nommé la *Philosophia perennis*, la *Prima traditio* ou la *Tradition primordiale*.

Malgré ce désir intense, Rawls, le philosophe politique qui a farouchement mais vainement tenté d'éradiquer les principes métaphysiques de sa *Theory of Justice* et surtout de son *Political Liberalism*, et

---

<sup>4</sup> *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*: Frankfurt/Main, Suhrkamp Verlag, 1990: (Traduction française de J.-C. Merle, préfacé par Paul Ricoeur, Principes du droit. Ethique, Théorie juridique et philosophie sociale, Paris. Editions Cerf, 1993.

Habermas, dans leur altercation dialogique, nous ont clairement montré récemment<sup>5</sup>, surtout le premier, paradoxalement, en répondant au second, l'impossibilité de la philosophie sans la métaphysique, en caractérisant la théorie politique habermasienne de hégélienne au sens large, c'est-à-dire, métaphysiquement, voire religieusement lourde; dans le même temps, il indexe directement les philosophes analytiques tels Quine, et nous pouvons aussi ajouter, puisqu'ils sont de la même veine doctrinale, Wittgenstein, Frege, en les taxant de métaphysiciens qui, dira-t-on, s'ignorent<sup>6</sup>.

En tout cas, la notion de «métaphysique» dans toute la tradition anglo-saxonne nous livre une idée claire des aberrations dans lesquelles s'empêtrent les gardiens de la tradition anglo-saxonne dans leur tentative de supprimer tout principe métaphysique de la Philosophie, puisque toute la noèse, tout le domaine de la cognition, c'est-à-dire toute l'épistémologie des sciences, est appelée de ce nom. Faire de la science, c'est, par conséquent, ne rien faire d'autre que de la métaphysique à la base. Et nous pouvons aussi nous rappeler en passant, que l'étude de la Métaphysique, de la Religion et même du Mysticisme fait encore partie intégrante des programmes de Philosophie dans les Universités, non pas comme champs extérieurs à la Philosophie, mais plutôt comme constituantes essentielles de la discipline philosophique elle-même.

Suivant cette tendance générale de la pensée philosophique, la culture juridique moderne et contemporaine, dite laïc, cherche à évacuer de sa sphère tant théorique que pratique, tout ce qui, comme principes axiologiques, s'élève au-dessus de l'empirie, du pragmatique, se posant ainsi de plus en plus comme a-métaphysique et a-religieux. Or son socle axiologique, les droits de l'homme, se constitue uniquement par des principes qui, non seulement au niveau fondationnel mais aussi à celui de la pratique concrète, résistent à toute logique purement empirique, pragmatique, a-métaphysique, voire a-religieux. Ceci est un paradoxe indéniable.

Ainsi, contrairement à ce que d'aucuns pensent, tels Habermas et, en général, les tenants de la philosophie du droit contemporain, férus défenseurs d'une justification a-métaphysique des droits de l'homme, seul un principe inclusif des différentes représentations, sans exception d'aucune, comme celui de la dignité humaine, s'avère salvateur pour une fondation authentiquement philosophique des droits de l'homme, comme il l'est dans le système des droits de l'homme à l'échelle internationale. Dans cette perspective d'idée, la soit-disant «recherche d'émancipation» de la culture juridique de la modernité contemporaine se révélerait absurde et erronée. D'abord, force nous est de remarquer qu'il subsiste, sur ce point, une confusion entre, justement, cette tentative ou recherche d'émancipation et émancipation effective du droit face aux représentations métaphysiques et religieuses. Le moins que l'on puisse dire, c'est que prétendre, comme le fait Habermas, que l'ouverture du droit à la critique, qui prend le sens d'une recherche de plus de justice, devrait nécessairement passer par une résistance du droit à l'invasion de son *stratum* fondationnel par des représentations métaphysiques et religieuses, c'est ignorer, premièrement, au niveau fondationnel de cette culture juridique, la nature aussi bien que l'omniprésence du principe de l'humanité et

---

<sup>5</sup> Voir: Habermas, Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism, in: *The Journal of Philosophy*, vol. XCII, n° 3, March 1995, p. 126 et p. 131.

<sup>6</sup> Cf. Reply to Habermas, *ibidem*, p. 136-137. Il nous semble important d'ajouter la note-infra-paginale n° 8, vu qu'elle explicite le sens de la notion rawlsienne de métaphysique dans ce texte: <<I think of metaphysics as being at least a general account of what there is, including fundamental, fully general statements - for example, the statements 'every event has a cause' and 'all events occur in space and time', or can be related thereto. So viewed, W. V. Quine also is a metaphysician. To deny certain metaphysical doctrines is to assert another such doctrine.>>

La critique rawlsienne nous interpelle à plus d'un titre. Car elle soulève les questions suivantes: une philosophie sans métaphysique est-elle jamais possible ? D'ailleurs, sa conception de la métaphysique n'invalide-t-elle pas sa propre prétention à une philosophie politique a-métaphysique?

de ses corrélats. C'est dire que ledit «désenchantement» du droit dans les sociétés excessivement modernisées<sup>7</sup> n'apparaît que comme un simple souhait du fait de la permanence d'un noyau indestructible de ce qui est nommé «assises traditionnelles et immuables» du droit moderne. Deuxièmement -- et ceci est un problème d'ordre pragmatique --, c'est courir le risque de ne jamais trouver une solution viable au problème de l'adhésion des représentations dès l'abord discriminées à cette culture juridique. *Comment, devrait-on s'enquérir, des représentations métaphysiques et religieuses pourraient-elles participer à une culture juridique si elles ne s'y intègrent ni ne s'y reconnaissent ?*<sup>8</sup>

Suite à ces remarques, l'idée habermasienne de tension inéluctable (insurmontable ?) entre positivité et légitimité, entre facticité (*Faktizität*) et validité (*Geltung*), aussi réelle qu'elle soit, se trouverait amoindrie dans son importance, pour autant que le principe retenu nous soit déjà donné par le système juridique lui-même. A supposer d'ailleurs que ladite tension soit réelle, nous pouvons encore lui appliquer, par analogie au fonctionnement de l'organisme humain, le *principe thérapeutique physiocratique* suivant:

*«Comme tout système immunitaire déficient requiert, pour sa guérison ou le rétablissement de son équilibre fonctionnel, la ré-introjection du principe, du maillon manquant ou de son substitut, tout système axiologique dysfonctionnel nécessite, pour le rétablissement de son équilibre fonctionnel, la ré-introjection du principe, du maillon manquant ou de son substitut»*<sup>9</sup>.

Dans cette optique, nous devons soutenir que si la tension parcourant la culture juridique de la modernité contemporaine procède de l'absence ou de la tentative effrénée d'évacuer les critères supra-positifs de son *stratum* fondationnel, ce n'est, paradoxalement mais heureusement, que par une ré-introduction ou une pleine reconnaissance de ces mêmes critères qu'elle réalisera la résorption de la tension en question. Ce principe nous paraît d'autant plus pertinent et plus facile à appliquer que les critères dont il s'agit ne souffrent que d'un simple manque de sérieuse prise en compte.

Montrer que les représentations métaphysiques et religieuses, contre lesquelles s'élèvent la voie de nos penseurs du droit et de l'Etat modernes, demeurent non seulement omniprésentes dans notre culture juridique mais encore et surtout qu'elles constituent la source dynamisante et revitalisante du système, cela ne semble aucunement une tâche insurmontable. Rappelons-nous, par exemple, sur le plan principiel, que les grandes Déclarations successives des droits de l'homme depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle consacrent, dans la liste des libertés, celle de la confession ou de la religion. Rappelons-nous, par exemple, sur le plan historique, avec Alexis de Tocqueville, le rôle sans précédent, qu'en tant qu'*inconditionnelle de la laïcité même* et de la lutte contre le despotisme, la religion joua dans la formation et la continuelle dynamique de la démocratie américaine:

---

<sup>7</sup> Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris: Gallimard, 1985.

<sup>8</sup> Question que Kymlicka, par exemple, avait adressée à Rawls à l'encontre de son principe de consensus par recoupement, «overlapping consensus» énoncé dans son *Political Liberalism*. Voir: *Two Models of Pluralism and Tolerance*, p. 54, in: *Analyse & Kritik* 13, Opladen: westdeutscher Verlag, 1992, Seite 33-56: «<If the members of a religious community see their religious ends as constitutive, so that they have no ability to stand back and assess these ends, why would they accept a political conception of the person which assumes that they do have that ability (and indeed a highest-order interest in exercising that ability) ? >>».

<sup>9</sup> C'est un principe que nous avons inventé pour la résolution du problème des humanistes positivistes contemporains. Nous le trouvons très approprié comme solution à ce complexe de problèmes axiologiques que subit la modernité contemporaine.

<<On ne peut donc pas dire, affirma-t-il, qu'aux Etats-Unis la religion exerce une influence sur les lois ni sur le détail des opinions politiques, mais elle dirige les mœurs, et c'est en réglant la famille qu'elle travaille à régler l'Etat. [...] C'est le despotisme qui peut se passer de la foi, mais non la liberté. La religion est beaucoup plus nécessaire dans la république (qu'ils préconisent) que dans la monarchie (qu'ils attaquent), et dans les républiques démocratiques plus que dans toutes autres. Comment la société pourrait-elle manquer de périr si, tandis que le lien politique se relâche, le lien moral ne se resserrait pas ?>><sup>10</sup>

Et pour faire concession à ce qui est tenu pour l'horizon épistémologique et normatif du siècle, l'historicisme, Hegel nous sera peut-être encore de quelque utilité, lui qui, sans pour autant prôner un droit politique théocratique, s'insurgea contre la dissociation radicale entre moralité publique et morale privée informée et imprégnée du religieux ou du spirituel, entre <<Sittlichkeit>> et <<Moralität>>. Selon lui, il appartient à la religion, <<comme vérité suprême>> de <<sanctionner la moralité sociale>>; la religion <<constitue pour la conscience de soi la base de la moralité sociale et de l'Etat>><sup>11</sup>.

<<La religion étant la conscience de la vérité absolue, tout ce qui doit compter dans le monde de la volonté libre comme étant le droit et la justice, le devoir et la loi, c'est-à-dire comme vrai, ne peut avoir de valeur qu'en tant que participant à cette vérité, qu'y étant subsumé et en résultant.>><sup>12</sup>

Foisonnent donc les données empiriques, sociologiques, de l'interpénétration de la métaphysique, voire, du religieux, et du politique<sup>13</sup>. A témoin, ces multiples revendications culturalistes de la dignité humaine et l'idée, tant criée de nos jours, sinon d'une <<perdurance>>, du moins d'une <<ré-inscription du religieux dans l'Etat démocratique>>, bref, d'un galopant <<retour du religieux>><sup>14</sup>. Pour ne pas parler de la simple consécration des jours fériés religieux dans nos calendriers officiels, du port des tchadors et autres faits très saillants comme l'affaire Salman Rushdie, la condamnation récente de certaines oeuvres artistiques tenues pour diffamatoires de l'image honorable de François Mitterrand, à preuve, la prolifération des sectes religieuses, avec toutes les inconséquences dramatiques qu'elles génèrent, dont, par exemple, le drame de la secte du Temple solaire et ses retombées juridiques et politiques. D'autres principes juridiques tels que ceux du «mariage posthume», du «respect de la volonté des morts par le biais des testaments» ou de la «protection de la mémoire des morts», symboles de la consécration juridique de la <<présence spirituelle des

---

<sup>10</sup> *De la Démocratie en Amérique*, Paris: Garnier Flammarion, 1981, t. I, p. 397 et p. 401.

<sup>11</sup> Hegel, *Précis de l'Encyclopédie des Sciences philosophiques*, trad. J. Gibelin, Paris: Vrin, 1967, § 552.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> On pourrait se demander le lien que ce qui suit entretient avec notre thématique. Ce serait une remarque judicieuse. Cependant, à prendre en compte le principe suprême des droits de l'homme d'après les Déclarations et les droits et libertés qui en découlent telle que la liberté religieuse ou de confession ou d'association, avec tous les respects mais aussi toutes les infractions consécutives à leur mauvaise mise en application, ce lien n'est pas aussi difficile à trouver que l'on pourrait le penser à prime abord. En outre, nous ne sommes pas sans ignorer que, de par son essence et la diversité des civilisations et représentations qui l'ont thématiqué et qui s'y réfèrent, le concept de dignité humaine entretient de multiples rapports avec l'incommensurable territoire de la métaphysique. C'est ce que nous ne pouvons d'ailleurs nier, même si nous nous limitons aux multiples ramifications notionnelles et thématiques du concept même dans le domaine de la philosophie.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, 1) Jean-Jacques Wunenberger, L'Etat démocratique et le retour du religieux, p. 220, in: *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 18, *Ethique et droit à l'âge démocratique*, pp. 217-239, Caen: Centre de publications de l'Université, 1990. 2) E. Poulat, *Liberté et laï cité, la guerre des deux France et le principe de la modernité*, Cerf, Cujas, 1988.

morts dans le monde des vivants>> sont relevés par Norbert Rouland dans son *Anthropologie juridique*<sup>15</sup>. <<Illogisme [dans la culture juridique actuelle], remarque notre auteur, car si l'on postule l'anéantissement de la personne avec la mort, la protection de l'intégrité physique du cadavre ne se justifie plus.>><sup>16</sup> Avec lui, nous pouvons donc souscrire, à l'instar d'Emile Durkheim, à *la participation du droit au sacré, une idée à la fois religieuse et laïque*<sup>17</sup> du sacré, dans la mesure où, même à l'exception de la personne humaine, certaines autres choses ou objets relèveraient encore <<d'un régime différent de celui du profane>><sup>18</sup> et seraient juridiquement protégés par des interdits<sup>19</sup>. Médiatement ou immédiatement, négativement ou positivement, la culture juridique moderne se laisse donc constamment alimenter à des sources de faits et de représentations aussi multiples que diverses dont le religieux et le spirituel ou, simplement, le métaphysique.

### IMPORTANCE ET PERTINENCE DU FONDEMENT RETENU DANS LA MODERNITE CONTEMPORAINE

Il est indéniable qu'en retenant un tel principe, l'humanité ou la dignité humaine, nous nous faisons inéluctablement de coriaces adversaires, notamment dans le rang des tenants des conceptions qui ont fait l'objet de notre critique. Mais, pour plus de perspicacité dans notre jugement, nous tenons à préciser qui ils sont réellement, car dans la tranchée des représentants du droit moderne et contemporain qui s'y opposent, il existe plus d'une perspective.

Nos adversaires, ce ne sont pas ceux qui croient que l'homme n'a aucune dignité dans le règne des êtres. Ailleurs, nous avons montré pourquoi leur argument est irrecevable. Toute considération morale ou moralisante mise à part, dans la chaîne des êtres, seul l'homme est capable d'utiliser les autres, la nature, et même, par la plus inimaginable des iniquités, ses proches à ses propres fins: l'homme est doué d'une perspicacité hautement efficace; et si ce qui vient d'être remarqué a quelque vérité, l'homme reste donc le seul à être porteur de dignité ou d'une dignité très haute si l'on peut en reconnaître pour les autres créatures. D'où d'ailleurs l'indiscutable dans ce que nous tenons ailleurs pour le fondement de la *praxis* kantienne: le principe de l'humanité, objet d'inconditionnel respect.

Nos adversaires, ce ne sont pas ceux qui, dans les domaines autres que celui de la philosophie, rejettent la nécessité d'une recherche de fondation, sous prétexte que, pour la mise en pratique effective des droits de l'homme, une telle entreprise s'avère inutile. Sans renvoyer à l'introduction de notre ouvrage intitulé «Principes humanistes des Lumières et problématique fondationnelle des droits de l'homme»<sup>20</sup>, où nous avons suffisamment démontré le caractère incontournable de l'entreprise fondationnel, ici, il nous semble suffisant de questionner: qu'avons-nous à appliquer, si ce n'est un principe en tant que fondation ou «un premier à raison de quoi...»; qu'avons-nous à appliquer si ce n'est un dernier critère justificatif ?

Nos adversaires, ce ne sont pas non plus ceux qui continuent de débattre le thème de la possibilité d'une autre fondation des droits inaliénables, pour le simple besoin de la spéculation d'ordre purement

---

<sup>15</sup> Page 287. On peut rappeler, avec cet auteur, la proposition de H. Caillavet du 10 juillet 1976, relative aux dons d'organes et justifiant <<la nécessité du consentement du défunt>> en référence au principe du <<respect de l'intégrité de la personne humaine, même après la mort>>.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 289.

<sup>17</sup> Norbert Rouland est de l'avis que la recherche transculturelle des droits de l'homme, *via* la dignité humaine, ferait partie de cet univers du sacré laïc.

<sup>18</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 293.

<sup>20</sup> Thèse doctorale, Université d'Ottawa, 1997.

philosophique ou autre sans portée pratique. Ce ne sont là, à notre humble avis, que des discussions stériles et interminables, n'ayant pour but que de nourrir leurs passions pour le bavardage inutile.

S'il faut nécessairement débattre le thème, c'est parce qu'il suscite de réels problèmes à résoudre. On dit souvent qu'en philosophie, les questions sont plus importantes que les réponses. Or il nous semble que le thème des droits de l'homme en général et plus spécifiquement, ici, l'éducation aux droits de l'homme, seul tremplin de la perfection entre des rapports entre peuples, générations, bref, de la paix entre les hommes. De ce fait, les droits de l'homme exigent, pour leur mise en application, qu'une réponse immédiate soit apportée aux problèmes qu'ils suscitent, même s'il faut du temps et de la patience pour les voir se réaliser pleinement. Aussi, dirions-nous, afin de sauvegarder le principe retenu par la communauté internationale comme fondement des droits de l'homme, que nos adversaires, ce sont ceux qui, tenant bien compte de la nature des facultés humaines ou autres qui, positivement, explicitent le principe de l'humanité (la conscience de soi, la raison, l'égalité-liberté innée, et sur le plan proprement philosophique et, disons, kantiano-rousseauiste, fin en soi, règnes des fins, cosmo-téléologie, voire, le contraire est impensable, l'Être Suprême etc.) en tant que facultés et principes intangibles, supra-sensibles ou métaphysiques, le rejettent, sous prétexte qu'il est de telle nature que l'évolution de nos sociétés actuelles ne peut plus l'adopter, soit parce qu'il semble trop vague, soit parce qu'il est métaphysiquement lourd, d'une métaphysique substantialiste, de surcroît aristotélico-thomiste<sup>21</sup>. Tout se passe comme si, évoquant cet universel et ses facultés et principes concomitants, les Constituants de 1789 et, aujourd'hui, les Nations-Unies, ne tenaient nullement compte de l'évolution des sociétés en général et des nôtres en particulier. Se fonder sur un tel argument, c'est, inconsciemment, miner l'idée des droits de l'homme et l'humanisme universel qui en est le soubassement; c'est exposer à la disparition cet héritage de valeurs morales et juridico-politiques des plus élevées que l'humanité ait jamais connues. Sur le plan scientifique, c'est d'ailleurs témoigner d'une improbité et d'un manque d'objectivité intellectuels. Car, pour le monde scientifique, c'est, ce nous semble, reculer devant l'une des responsabilités les plus urgentes et les plus hautes qui soient.

Le libéralisme des sociétés modernes et contemporaines exige que place soit faite dans l'arène publique pour toutes les représentations axiologiques, qu'elles soient laïques, culturelles, morales (traditionnelle et moderne), métaphysiques, religieuses, ou spirituelles<sup>22</sup>. C'est une exigence sans conteste dans le cadre de la résolution des problèmes concrets, nous dirions un cadre empirique et pragmatique. Mais, l'histoire de la philosophie juridico-politique montre, et ceci, depuis déjà la Renaissance<sup>23</sup>, avec la problématique de la séparation de l'Église et de l'État, que l'une au moins de ces représentations prend le dessus, reste privilégiée, par rapport à toutes les autres: la laïque. Se pose alors la question de savoir *si le libéralisme*, surtout contemporain, avec sa demande pressante de la neutralité axiologique, *ne retombe pas dans les pièges qu'il veut éviter, la partialité ou la confusion de l'État et de l'une de ses factions, puisque l'État lui-même devient finalement représentatif d'une de ces factions*. Loin de nous la tentative de récuser l'idée d'État laïque, qui, sur le plan purement étymologique du terme «laïque», désigne un État du peuple – «laos», en grec -- de tout le peuple et non d'une fraction idéologique de ces parties constitutives. D'autres personnes pourraient avoir un intérêt à le faire. Quant à nous, nous pensons que l'État, quoi qu'il en soit, doit

---

<sup>21</sup> Nous avons suffisamment montré les points d'arrimage fondamentaux entre droit naturel moderne et droit naturel antique via la critique du scepticisme fondationnel de Kai Nielsen dans notre thèse doctorale.

<sup>22</sup> Cf. par exemple, 1) R. Dworkin, *Liberalism*, in: S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1978, pp. 113-132; 2) B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale University Press, 1980; 3) C. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1987; 4) J. Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993a.

<sup>23</sup> Rappelons d'ailleurs que cette problématique trouve ses premiers linéaments chez Marsile de Padoue, dès le début du XIV<sup>e</sup> siècle, avec son ouvrage *Le Défenseur de la paix* (1324).

avoir une identité propre à lui, une dans laquelle toutes les représentations puissent se retrouver et, qui plus est, se reconnaître. *Peut-être devrait-on tout simplement, mais de façon significative néanmoins quant à la portée théorique et praxéologique de l'exigence, substituer un autre terme, soit «Etat neutre», à celui d'«Etat laïc», du moment que l'on reconnaît que la laïcité n'est autre qu'une représentation parmi tant d'autres de l'Etat de droit.* Cette proposition nous semble d'autant plus légitime que l'élément catalyseur de l'invention et de l'usage du terme «laos» n'est autre que la confusion dans leur existence et interaction nécessaire des deux régimes différents que sont celui de l'Etat et de l'Eglise. Mais, si aujourd'hui, la conquête du territoire autonome du régime étatique est dite définitivement acquise, il est convenable de procéder à la substitution que nous proposons. La notion d'Etat neutre nous paraît, en tout cas, plus pertinente que celle d'Etat laïc. Car, celle-ci exprime plutôt la relation particulière entre l'Etat et le religieux, l'Eglise ou la religiosité, que celle subsistant entre l'Etat et les diverses représentations possibles. En outre, elle est encore plus conforme à la logique de la neutralité axiologique que le qualificatif «laïc c».

Ces remarques sont destinées à nous faire réfléchir sur les énormes difficultés que pose le problème qui nous préoccupe. Car, au niveau fondationnel, nous en retrouvons un analogue, le principe de la dignité humaine appelant, comme nous l'avons remarqué ailleurs<sup>24</sup>, des concepts qui, pour le libéralisme contemporain, demeurent, à tout le moins, rébarbatifs, en raison de leur caractère hautement métaphysique. Ailleurs, nous avons suffisamment montré comment le concept de dignité humaine reste étroitement lié à eux. De ce point de vue, leur caractère métaphysique ne saurait nullement être mis en doute, à plus forte raison si les libéraux les leur reconnaissent. Or, comme nous venons de le voir, ils sont absolument controversés dans la philosophie juridico-politique contemporaine. Mais, devrait-on les récuser à cause de leur caractère controversé ? Pourrait-on, comme dans le cas de la laïcité -- l'Etat devenant une des factions des représentations des parties qui le constituent --, retenir les mêmes arguments contre le principe de la dignité humaine qui, en lui-même et eu égard aux principes et concepts explicatifs qu'il appelle nécessairement, fait partie des représentations possibles ? Nous ne sommes pas de cet avis. Ou, pourrait-on, comme dans le cas de la laïcité, opérer une analogue de la substitution terminologique que nous venons d'effectuer ? Si oui, avec quel autre terme ? Si non, ne serions-nous pas contraints de les garder et les entretenir jalousement, malgré tout ?

Nonobstant le caractère controversé de ces principes et concepts, nous ne croyons malheureusement pas que nous puissions les récuser, à moins de changer complètement les principes fondamentaux de nos Déclarations, de notre culture juridique. Principe controversé ne signifie nullement principe invalide, du moins pas dans ce cas-ci. Et si nous voulions réellement éviter la controverse, nous n'aurions d'autres recours possible, pour l'instant du moins, que les mêmes principes dits controversés. Du point de vue de l'objectivité scientifique et de la véridicité intellectuelle, nous n'avons d'autres critères objectifs justifiant l'idée des droits de l'homme que ces principes supposément rébarbatifs. Contrairement à ce qui peut être admis dans le cas de la laïcité, la représentation métaphysique à laquelle nous conduit le principe de la dignité humaine est une représentation universelle admise par tous, c'est-à-dire, concrètement, sur le plan culturel et sur le plan du droit politique international, les différentes cultures et les Etats-membres des Nations Unies, et ceci, indépendamment de toutes les représentations particulières de l'homme et de l'Etat qui sont les leurs. Aucune de ces représentations particulières ne le rejette et ne peut le rejeter de son système, de sa vision du monde, pour peu qu'elle considère, sinon pour d'autres raisons, au moins la perspicacité de l'être humain, c'est-à-dire, sa capacité à utiliser la nature entière, y compris ses proches, comme moyens pour atteindre ou réaliser ses propres fins, laquelle capacité nous contraint à lui opposer le principe de l'intangible dignité comme principe limitatif, même si la perspicacité n'est pas en soi négatif. Si la dignité humaine fait appel à des concepts qui peuvent entrer en contradiction avec les intérêts des tenants de

---

<sup>24</sup> Dans "Principes humanistes...".

certaines des visions du monde, ce pour quoi il peut être récusé par les tenants représentations correspondantes, il amène toutefois les défenseurs de ces représentations à réfléchir sur la manière dont ils peuvent et doivent l'explicitier ou le rendre intelligible par rapport à leur propre vision, au découpage de la réalité à laquelle ils adhèrent. C'est donc un concept qui les contraint à accepter les autres concepts qui lui sont relatifs. De même que l'homme peut rejeter ou imposer leur volonté à la loi, disons, la loi naturelle, du fait de son libre arbitre, et, comme on le dit, nier son rang et position dans le Cosmos, de même, les défenseurs de ces représentations peuvent toujours rejeter le concept de dignité humaine et ses concepts explicatifs, par leurs arguties et sophismes, mais cela n'aboutira qu'à affaiblir le pouvoir ou la force de conviction des représentations auxquelles ils adhèrent.

Last but not least, *il convient d'ailleurs de remarquer que la perdurance, en abondance, des représentations métaphysiques et religieuses dans la culture juridique moderne ou l'impossibilité de leur enchâssement dans des registres a-juridiques reste davantage un problème qui préoccupe plus le théoricien libéral que le praticien du droit.* Car celui-ci, juriste, n'est tenu, en dernière instance, qu'à observer, docilement, les exigences du droit, de l'opinion du peuple recueillie par voie de suffrage sur tel ou tel problème qui lui est soumis plutôt que de spéculer, comme le fait le théoricien et surtout le philosophe. Même si l'on peut remarquer qu'il arrive bien au juriste aussi de spéculer dans son application de la loi, on peut encore établir une différence entre son mode de spéculer et celui du pur théoricien ou du philosophe. Et l'observation de la pratique nous met en face de ce fait: le droit, dans la pratique, s'adapte tant bien que mal, à l'évolution ou à l'involution de la mentalité des peuples.

La démonstration de la perdurance en abondance des représentations métaphysiques tant au niveau du *stratum* fondationnel<sup>25</sup> qu'à celui de la mise en application du principe des droits de l'homme ainsi faite, la question de l'existence d'un aspect métaphysique, religieux ou spirituel attaché à chacun de ces droits n'est plus non seulement à se poser, mais la légitimité d'une approche englobante, des droits de l'homme, car intégrative des données spiritualistes se fait aussi voir clairement. Aussi, celui qui veut traiter du sujet de leurs implications culturelles et spirituelles est-il à présent en droit de s'y consacrer philosophiquement. Dans la chaîne des êtres, seul l'homme est capable d'utiliser les autres, la nature, et même, par la plus inimaginable iniquité, ses prochains, à ses propres fins. D'où l'incontournable nécessité d'un recours au double concept de dignité. Ceci n'est possible qu'en vertu des facultés qu'il possède. Nos adversaires, ce ne sont pas ceux qui, dans les domaines autres que celui de la philosophie, rejettent la nécessité d'une recherche de fondation sous prétexte que, pour la mise en pratique effective des droits de l'homme, une telle entreprise s'avère inutile. L'introduction de notre travail nous semble suffisante pour une justification de l'entreprise en question. Nos adversaires, ce ne sont pas non plus ceux qui continuent de débattre sur le thème de la possibilité d'une autre fondation des droits inaliénables, pour le simple besoin de la spéculation d'ordre proprement philosophique ou bien d'autres encore. Ce ne sont là, à notre humble avis, que des discussions stériles et interminables n'ayant pour but que de nourrir leurs passions pour le bavardage inutile. S'il faut nécessairement débattre le thème, c'est parce qu'il suscite des problèmes réels à résoudre. On dit souvent qu'en philosophie, les questions sont plus importantes que les réponses. Or, il nous semble que le thème en question est d'une importance considérable, qu'il en va du respect de la vie de milliers d'êtres humains, et de

---

<sup>25</sup> Nous en avons distingué deux, sinon trois, selon que l'on maintienne ou non la distinction classique entre les deux catégories de droits de l'homme, civiques-politiques et socio-économiques et culturels, en interposant entre ceux-ci et le principe de la dignité humaine celui de l'égalité-liberté tenu par les libéraux comme fondement des droits de l'homme. En suivant les libéraux classiques, pour qui l'Etat n'a pas compétence dans le domaine du "bien-être" des citoyens -- droits socio-économiques et culturels -- la question du fondement des droits socio-économiques et culturels mériterait d'être traitée en référence au concept du bien-être comme concept fondateur. D'où la nécessité d'une triple distinction.

fait, qu'il exige, pour la mise en application de nos droits, qu'une réponse définitive soit apportée aux problèmes qu'il suscite. Aussi, dirions-nous, afin de sauvegarder le principe retenu par la communauté internationale comme fondement des droits de l'homme, que nos adversaires, ce sont ceux qui, tenant bien compte de la nature des facultés humaines sur lesquels repose ce principe, le rejettent, sous prétexte qu'il est de telle nature que l'évolution de nos sociétés actuelles ne peut l'adopter. Tout se passe comme si, évoquant l'universel, les Constituants de 1789 et, aujourd'hui, les Nations-Unies, ne tenaient nullement compte de l'évolution des sociétés en général et des nôtres en particulier. Se fonder sur un tel argument, c'est, inconsciemment, miner l'idée des droits de l'homme et l'humanisme universel qui en est le soubassement, c'est exposer à la disparition cet héritage de valeurs morales et juridico-politiques des plus élevées que l'humanité ait jamais connues. Sur le plan scientifique, c'est d'ailleurs témoigner d'une improbité ou, mieux, d'un manque d'objectivité et de véridicité intellectuelle. Car, pour le monde scientifique, c'est, ce nous semble, reculer devant l'une des responsabilités les plus hautes.

Le libéralisme des sociétés modernes et contemporaines, exige, certes, que place soit faite dans l'arène publique pour toutes les représentations axiologiques, qu'elles soient laïques, culturelles, morales (traditionnelle et moderne), métaphysiques, religieuses, ou spirituelles<sup>26</sup>. Exigence sans conteste dans le cadre de la résolution des problèmes concrets, nous dirions un cadre empirique et pragmatique. Mais, l'histoire de la philosophie juridico-politique montre, et ceci, depuis déjà la Renaissance<sup>27</sup>, avec la problématique de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, que l'une au moins de ces représentations prend le dessus, reste privilégiée, par rapport à toutes les autres: la laïque. Se pose alors la question de savoir si le libéralisme, surtout contemporain, avec sa demande pressante de la neutralité axiologique, ne retombe pas dans les pièges qu'il veut éviter, la partialité ou la confusion de l'Etat et de l'une de ses factions, puisque l'Etat lui-même devient représentatif d'une de ces factions. Loin de nous la tentative de récuser l'idée d'Etat laïque. D'autres personnes pourraient avoir un intérêt à le faire. Quant à nous, nous pensons que l'Etat, quoi qu'il en soit, doit avoir une identité propre à lui, une dans laquelle toutes les représentations puissent se retrouver. Peut-être devrait-on tout simplement substituer un autre terme, soit Etat neutre, à celui d'Etat laïque, du moment que l'on reconnaît que la laïque n'est autre qu'une représentation parmi tant d'autres. La notion d'Etat neutre nous paraît, en tout cas, plus convenable que celle d'Etat laïque. Car, celle-ci exprime plutôt la relation particulière entre l'Etat et l'Eglise que celle entre l'Etat et les diverses représentations possibles. En outre, elle est encore plus conforme à l'idée de neutralité axiologique que le qualificatif de «laïque».

Ces remarques sont destinées à nous faire réfléchir sur les énormes difficultés que pose le problème qui nous préoccupe. Car, au niveau fondationnel, nous en retrouvons un analogue, le principe de la dignité humaine appelant, comme nous l'avons remarqué, des concepts qui, pour le libéralisme contemporain, demeurent, à tout le moins, rébarbatifs, en raison de leur caractère hautement métaphysique: égale-liberté innée, fin en soi (dignité humaine ou principe de l'humanité), règnes des fins, cosmo-téléologie, Etre Suprême. Nous avons suffisamment montré comment le concept de dignité humaine reste étroitement lié à eux. De ce point de vue, leur caractère métaphysique ne saurait nullement être mis en doute. Or, comme on le sait bien, ils sont absolument controversés dans la philosophie juridico-politique contemporaine. Mais, devrait-on les récuser à cause de leur caractère controversé? Pourrait-on, comme dans le cas de la laïque cité,

---

<sup>26</sup> Cf. par exemple, 1) R. Dworkin, *Liberalism*, in: S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1978, pp. 113-132; 2) B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale University Press, 1980; 3) C. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1987; 4) J. Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993a.

<sup>27</sup> Rappelons d'ailleurs que cette problématique trouve ses premiers linéaments chez Marsile de Padoue, dès le début du XIV<sup>e</sup> siècle, avec son ouvrage *Le Défenseur de la paix* (1324).

retenir les mêmes arguments contre le principe de la dignité humaine qui, aussi bien que la laï cité, fait partie des représentations possibles ? Nous ne sommes pas de cet avis, et pour les raisons que nous verrons ci-après. Ou pourrait-on, comme dans le cas de la neutralité axiologique, opérer la même substitution terminologique que nous venons d'effectuer ? Si oui, avec quel autre terme ? Si non, ne serions-nous pas contraints de les garder, malgré tout?

Nonobstant le caractère controversé de ces concepts, nous ne croyons malheureusement pas que nous puissions les récuser, à moins de changer complètement les principes fondamentaux de nos Déclarations. Principe controversé ne signifie pas principe invalide, du moins pas dans ce cas-ci. Et si nous voulions réellement éviter la controverse, nous n'aurions d'autres recours, pour l'instant, que les mêmes principes controversés. D'un point de vue de l'objectivité scientifique et de la véridicité intellectuelle, nous n'avons d'autres critères objectifs que ces principes supposément rébarbatifs. Contrairement à ce qui peut être admis dans le cas de la neutralité axiologique, la représentation métaphysique à laquelle nous conduit le principe de la dignité humaine est une représentation universelle admise par tous, c'est-à-dire les Etats-membres des Nations Unies, et ceci, indépendamment de toutes les représentations particulières susmentionnées. Aucune de ces représentations particulières ne le rejette et ne peut le rejeter de son système, de sa vision du monde, pour peu qu'elle considère, sinon pour d'autres raisons, au moins la perspicacité de l'être humain, c'est-à-dire, sa capacité à utiliser la nature entière, y compris ses prochains, à ses propres fins. Si la dignité humaine fait appel à des concepts qui peuvent entrer en contradiction avec certaines des visions du monde, ce pour quoi il peut être récuser par les représentations correspondantes, il amène toutefois les défenseurs de ces représentations à réfléchir sur la manière dont ils peuvent et doivent l'explicitier ou le rendre intelligible par rapport à leur propre vision, au découpage de la réalité à laquelle ils adhèrent. C'est donc un concept qui les contraint à accepter les autres concepts qui lui sont relatifs. De même que l'homme peut rejeter la loi morale naturelle, du fait de son libre arbitre, et se rendre impuissant ou démontrer cette impuissance, de même, les défenseurs de ces représentations peuvent toujours rejeter le concept de dignité humaine et ses concepts explicatifs, par leurs arguties et sophismes, mais cela n'aboutira qu'à affaiblir le pouvoir ou la force de conviction des représentations auxquelles ils adhèrent. Pour s'en assurer, essayons d'étudier l'une des perspectives philosophiques les plus critiques, les plus radicales, qui semblent contredire ce principe universel de la dignité humaine, le principe de l'humanité, quant à sa nature métaphysique et quant à la possibilité de constituer un fondement adéquat pour nos droits et libertés fondamentales: la perspective habermasienne.

## INTRODUCTION

Ce texte tente de montrer l'irrecevabilité de la critique habermasienne du droit naturel. Le paradigme habermasien, avec ses présupposés et implications médiate ou immédiates -- nous pensons notamment au thème du monde-vécu exploité à titre de complexe de principes justificateurs --, serait impuissant face à la logique du droit naturel. Nous nous limitons à la version moderne de cette tradition. Demeurant mitigée, la critique habermasienne du droit naturel requerrait, pour sa cohérence et sa recevabilité, des principes qu'il tentait d'éradiquer du discours philosophico-juridique moderne. Un seuil principiel, fondationnel, indépassable du droit naturel resterait ainsi permanent et consubstantiel à son discours comme un vestige des plus mémorables de la philosophie du sujet, de la conscience, des principes a-dialogiques, non-communicationnels de la raison. Principe <<D>>, c'est ainsi que Habermas nomme le principe de son paradigme. En voici l'énoncé précis:

<<[...] ne peuvent prétendre à la validité que les normes qui sont acceptées [ou pourraient l'être] par toutes les personnes concernées en tant qu'elles participent d'une discussion pratique.>><sup>28</sup>

1) Compréhension, réalisation de consensus *via* la confrontation des prétentions à la validité 2) preuves effectives de la validité, ce qui suppose dialogue réelle, 3) absence de contrainte ou liberté absolue, 4) prétentions à et recherche de la vérité, constituent les axes essentiels autour desquels gravite le paradigme habermasien de la communication. L'effectivité du dialogue dans la recherche de la fondation de nos normes pratiques morales et juridiques, voilà le socle sur lequel repose toute sa critique de la raison monologique et, de surcroît, métaphysique. Dans le contexte d'un discours fondationnel des droits de l'homme, le droit naturel demeure la cible la plus importante de Habermas. D'après le principe de l'argumentation fondationnelle intersubjective effective, tous les principes et normes sociales doivent faire l'objet d'une discussion ouverte dans l'arène politique. Or, tout d'abord, la pensée habermasienne, quant à ce qui relève du droit naturel, ne nous semble pas suffisamment claire. Habermas rejette-t-il véritablement le droit naturel dans sa pensée juridique ou l'y intègre-t-il, non pas du point de vue de sa genèse, mais plutôt de par sa force conceptuelle, de par sa capacité à résoudre le problème de la fondation de nos premiers principes juridiques ? Tel est le problème qui nous préoccupe. Et, afin de lui trouver une solution adéquate, il nous semble important, en premier lieu, de parcourir, ne serait-ce que très brièvement, son texte intitulé «Droit naturel et révolution»<sup>29</sup>, et, en second lieu, d'analyser la justification habermasienne de son rejet du paradigme subjectif co-essentiel à la doctrine du droit naturel.

## I. ANALYSE DE LA CRITIQUE HABERMASIENNE DU DROIT NATUREL

Partant de la différence entre droit naturel classique et droit naturel moderne, Habermas s'est attaché à la dernière tradition à laquelle il essaiera de redonner vie et contenu. La différence en question s'établit sur l'existence ou l'inexistence d'une consubstantialité entre moralité et légalité. Car, tandis que, selon lui, le droit naturel classique ou antique s'articule autour des principes éthiques ou moraux selon l'exigence de la cohésion communautaire (*polis*), le droit naturel moderne en consacre la dissolution. C'est en cela qu'il est révolutionnaire. Le lien entre moralité et légalité n'est pas pour autant détruit; seule sa nature s'en trouve modifiée, puisque la légalité de l'ordre établi repose sur la moralité.

---

<sup>28</sup> 1) *Raison et légitimité*. Problèmes et légitimation dans le capitalisme avancé, p. 125, trad. De l'allemand par Jean Lacoste, Paris : Payot, 1978 (Texte allemand : *Legitimationsprobleme in Spätkapitalismus*, Frankfurt/Main : Suhrkamp Verlag, 1973). 2) *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/Main: Suhrkamp Verlag, 1992, p. 138. Le texte allemand : «D : Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können». 3) *Morale et communication*, trad. C. Bouchindhomme, Paris : Editions cerf, 1986, p. 87 ss, surtout p. 116. 4) *De l'éthique de la discussion*, traduction de l'allemand par Mark Hunyadi, Editions cerf, 1992, p. 17 ss. Rappelons les éclaircissements qu'apporte Habermas à propos de ce principe : en éthique, quiconque s'engage sérieusement dans un processus argumentatif, le fait tout en ayant des «présuppositions pragmatiques universelles» à contenu moral. Le principe moral régissant ce processus argumentatif ne doit se déduire qu'«à partir de ses présuppositions argumentatives», d'après le sens de la notion de justification d'une forme d'action. En notes infra-paginales, il met en garde contre les méprises possibles de ce sens de la justification des normes: celle-ci ne doit pas être trop forte, et ne doit pas déjà introduire dans la prémisse ce à quoi l'on ne doit arriver qu'en conclusion: que des normes justifiées doivent pouvoir trouver l'assentiment de tous les concernés» A ce propos, il fait amende honorable relativement à la faute qu'il a commise dans la première édition de *Morale et Communication*, p. 114. Voir *De l'éthique de la discussion*, p. 18.

<sup>29</sup> In: *Théorie et pratique* (2 vols . ), chapitre 2, vol. 1, Paris: Payot, 1975, Préface et traduction de Gérard Raulet. L'original s'intitule *Theorie und Praxis*, 1963, Hurmann Luchterhand Verlag, 1.

Premier point de la critique habermasienne. Il nous achemine vers la critique du formalisme jusnaturaliste moderne, nous rappelant ainsi l'un des foyers d'affrontement entre Habermas et Kant. <<Même la maxime des Physiocrates [«Qui dit un droit, dit une prérogative établie sur un devoir; point de droits sans devoirs et point de devoirs sans droits»], qui a par la suite inspiré toutes les tentatives pour compléter la Déclaration française des *Droits* de l'Homme et du citoyen par une déclaration correspondante de leurs *devoirs*, ne constitue aucunement un retour aux commandements vertueux du droit naturel classique.>><sup>3</sup>. Qui plus est, nous dit Habermas, <<la doctrine des devoirs établie par les Physiocrates montre justement qu'une fois accepté, le droit naturel exclut toute référence du droit à la moralité matérielle.>><sup>4</sup> Mortelle pour le droit naturel moderne se révèle alors la conclusion que tire Habermas de cette interprétation des relations qu'ont établies les tenants du droit naturel moderne entre la moralité et la légalité. Ce qui en ressort: le droit naturel moderne comme 1) creuset de la licence, d'une liberté <<morale neutre>>, et, paradoxale, par conséquent, 2) creuset de la contrainte, puisqu'il doit en même temps réguler la coexistence sociale. <<Dans la mesure où il est par principe un droit à la liberté, nous enseigne Habermas, tout droit formel détaché des réalités non formelles de la vie est *du même coup* une contrainte. Son envers, l'autonomie privée qu'il permet, est psychologiquement la motivation de la contrainte à l'obéissance. En pratique, le droit formel n'est extérieurement sanctionné que par la violence physique; légalité et moralité sont fondamentalement distinctes.>><sup>5</sup>

De ce premier point, Habermas procède plus loin: il passe par la critique, si bien connue, du droit naturel, à savoir son individualisme, ce qui implique également la critique du contrat social<sup>6</sup>: tel est le second point de sa critique. Il se rabat, par la suite, sur les sens du mot <<Déclaration>> dans les Déclarations françaises et américaines pour en amorcer, peut-être insidieusement et subrepticement, la critique historiciste et idéologique<sup>7</sup>, point de raccordement entre lui et Marx<sup>8</sup>: troisième point de sa critique. Il débouche finalement sur l'idée d'une certaine métamorphose des droits naturels en droits intégralement socio-étatiques, c'est-à-dire qu'il en arrive, en fait, à déraciner ces droits de leur sol «naturaliste»: quatrième point de la critique.

Nous laissons de côté l'objection anti-individualiste et anti-contractualiste. La corrélation entre droits et devoirs des jusnaturalistes Physiocrates et, par conséquent, l'idée qu'il ne saurait y avoir de droit pour un Robinson, répondent déjà assez suffisamment à cette objection. Il convient d'ajouter, pour les corroborer, les réquisits de tout contrat, entre autres, l'idée de manifestation réciproque des volontés des sujets potentiels et/ou réels de l'Etat. Ce qui nous intéresse ici, ce sont les autres formes de critiques. D'abord, celle que nous jugeons insidieuse et subreptrice: les sens du terme <<Déclaration>>, selon qu'il s'agisse des Déclarations américaines ou des françaises. Rappelant que la différence majeure entre les deux Déclarations proviennent de leur source d'inspiration -- pour les américaines, le <<Commonsense>>, pour les françaises, la pensée des philosophes, notamment les Physiocrates<sup>9</sup> -

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Pages 111-113.

<sup>7</sup> Pages 112- 132, p. 140.

<sup>8</sup> Pages 132-135.

<sup>9</sup> *Théorie et pratique*, pp. 115-116. <<Les Physiocrates avaient encore préparé d'une autre façon la conscience philosophique d'une telle déclaration: en posant que les *lois naturelles* devaient pour un législateur inspiré par l'opinion publique être si évidentes que la seule façon de les rendre positives étaient de les déclarer. <<Déclarer>> avait chez les Physiocrates un sens technique: transposer l'ordre naturel en ordre positif, de

- Habermas reprend les termes du préambule afin de nous en montrer le sens véritable: <<former l'opinion publique>><sup>10</sup>. Déclarer une opinion, la révéler, cela suppose sa pré-existence. Dans cet esprit, les termes du préambule: <<l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements>>, sont assez clairs, même s'ils soulèvent les problèmes philosophiques, que nous connaissons, quant à ce qui touche la fondation jusnaturaliste de ces droits.

Parmi ces problèmes philosophiques se rangent celui de l'historicisme et la critique qui lui correspond. Remarquons, encore une fois à ce propos, que Habermas semble reconnaître plutôt le fondement et la portée conceptuelle de la doctrine du droit naturel moderne, dans la mesure où il semble récuser l'objection socio-historiciste et idéologique, hegelienne<sup>11</sup> et marxiste<sup>12</sup>, qui se base sur <<le lien établi par la pensée libérale entre les systèmes du droit naturel moderne et l'Economie Politique de la société bourgeoise>><sup>13</sup>. L'objection en question tourne autour dudit formalisme du droit naturel, formalisme selon lequel ce système se sépare <<du contexte concret des intérêts sociaux et des idées historiques>> en se fondant abstraitement sur <<une ontologie, une philosophie transcendantale ou une anthropologie (c'est-à-dire la nature du monde, la conscience ou l'homme)>><sup>14</sup>. Tout en récusant cette objection -- nous ne devons pas concevoir <<les droits fondamentaux à partir de leur contexte social et historique dans le seul but de les ravalier au rang de simple idéologie>><sup>15</sup>, affirme notre auteur --, il met en garde contre le danger de l'abstraction à outrance qui mine cette doctrine. De fait, Habermas exige un rapport dialectique entre les paramètres conceptuels et socio-historiques: mettre l'accent sur les premiers risquerait de plonger la doctrine dans du pur dogmatisme sur le plan philosophique et du pur arbitraire, sinon du pur despotisme, sur le plan socio-politique. C'est dans cette optique qu'il affirme:

<<[...] il s'agit précisément d'éviter que les idées, détachées de leur base matérielle, ne perdent leur sens et ne soient amenées à justifier ce dont elles devaient au contraire libérer les hommes: la persistance de fait de ce pouvoir exercé par la domination politique et la puissance sociale et qui ne peut ni ne veut être légitimé par des fins discutées en public et démontrées en raison. Il est aussi possible, à l'inverse, de présenter ce même rapport dialectique de la façon suivante: d'une part le sens révolutionnaire du droit naturel moderne ne saurait se réduire simplement au contexte des intérêts sociaux; mais d'autre part l'idée du droit naturel, en tant qu'elle dépasse l'idéologie bourgeoise, ne saurait non seulement être sauvée mais se réaliser vraiment que si elle est interprétée à partir des rapports sociaux concrets.>><sup>16</sup>

Les passages soulignés nous indique exactement le point précis où le caractère mitigée de la position habermasienne se révèle dans toute sa prégnance. Il convient d'ailleurs d'en dire plus, en affirmant qu'ils reflètent une adhésion réelle, sans contredit, à la doctrine du droit naturel. Car, non seulement la

---

telle façon que le droit naturel ne puisse qu'être renforcé et appliqué par la loi qu'on en déduit.>>, *Théorie et pratique*, p. 116. C'est nous qui soulignons.

<sup>10</sup> *Théorie et pratique*, p. 116.

<sup>11</sup> Cf. La philosophie d'Iéna de Hegel, période qui s'étend de 1801-1806, *idem*, p. 139.

<sup>12</sup> Cf. *Annales Franco-Allemandes*, *idem*, p. 139.

<sup>13</sup> *Théorie et pratique*, p. 139.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 139. C'est nous qui soulignons. Cf. également l'auteur auquel Habermas se réfère W. Abendroth, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, Neuwied: 1967. Renvoyons également à *Raison et légitimation*. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé, Paris: Payot, 1978, pp. 124-125, ou Habermas élabore, l'une des toutes premières fois, son paradigme à partir de la critique de tous les systèmes d'éthique.

doctrine du droit naturel doit être sauvée, comme nous le suggère Habermas -- ce qui suppose, connaissant l'objectif primordial de cette doctrine, qu'elle renferme les conditions *sine qua non* de toute théorie du juste juridico-politique --, mais aussi que dans l'optique habermasienne même, l'interprétation des rapports sociaux concrets, donc la réalisation effective du dialogue fondationnel, présuppose nécessairement les principes premiers de cette doctrine. A l'objection possible que la position habermasienne a subi un changement après son texte sur le droit naturel, un changement qui va dans le sens du rejet de la doctrine du droit naturel, nous répondrions qu'il n'en est rien du tout. Car, loin de montrer le rejet de ces principes premiers du droit naturel, les ouvrages ultérieurs de Habermas n'ont fait que les reprendre en compte. Nous nous emploierons à sa démonstration plus loin.

«Dialectique dialogique», par opposition à «dialectique monologique absolue»<sup>17</sup> telle pourrait être qualifiée la notion habermasienne de dialectique, surtout par rapport à celle de Hegel que Habermas critique, de manière virulente, relativement au concept d'Esprit Absolu<sup>18</sup>, en même temps qu'il s'y rallie, si l'on pense au Hegel de la période d'Iéna (1804-06). On voit bien que le noeud de la critique habermasienne n'est rien d'autre que le paroxysme de l'abstraction, de la conceptualisation de la doctrine du droit naturel moderne. Le rôle prépondérant joué par les Physiocrates, de même que Rousseau, dans cette édification conceptuelle prenant appui sur le concept de Nature n'est pas à ignorer. Et le pionnier de la raison communicationnelle y met précisément l'accent. En définitive, le concept de Nature et, en contrepartie, le paradigme de la publicité, donnent le ton à cette critique habermasienne, à la fois socio-historique et, implicitement, idéologique du droit naturel moderne. A ce propos, se posent les questions suivantes: 1) est-ce le concept de Nature qui fait l'objet de la critique habermasienne ? ou 2) existe-t-il d'autres arguments justifiant sa critique ?

La réponse à la première question se révèle négative, ainsi que nous le verrons ci-après. Pourquoi se révèle-t-elle négative ? La réponse à cette présente question procède de la réponse à la seconde question sus-posée. Et pourquoi ? Habermas, avions-nous dit, a effectué, sinon remarqué, une sorte de métamorphose des droits naturels en droits intégralement socio-étatiques, c'est-à-dire qu'il en arrive, en fait, à priver ces droits de leur ancrage «naturaliste». Comment a-t-il opéré cette transmutation, si tant est-il qu'elle est le produit de sa propre créativité ? C'est là où se situe, ce nous semble, toute l'incongruité de la critique habermasienne. Car, pour toute réponse à la question de savoir pourquoi les droits fondamentaux ne pourraient plus être considérés comme des droits naturels, Habermas affirmerait, comme il le fait effectivement:

---

<sup>17</sup> Ces termes sont de nous.

<sup>18</sup> Cf. Habermas, *Autonomy and Solidarity. Interviews with Jürgen Habermas* (1986), ed. Peter Dews, Suhrkamp Verlag, 1973. Voir aussi *The philosophical Discourse of Modernity. Twelve Lectures*, Frederick G. Lawrence, transl. Cambridge, M.A.: MIT Press, 1987, p. 22. (Texte français: *Le discours philosophique de la modernité, Douze conférences*, traduit de l'allemand par Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, Paris: Gallimard, 1988. Le texte allemand: *Der philosophische Diskurs der Moderne: 12 Vorlesung*, Frankfurt/Main: Suhrkamp Verlag, 1985). Cf. également David Ingram, *Habermas and the Dialectic of Reason*, Albany: State University of New York Press, 1979, p. 29 ss, sous le thème «Bildung». Voir notre article Raison communicationnelle *contra* raison monologique: Habermas critique de Hegel ? Article écrit dans le cadre du séminaire sur Hegel intitulé *Contemporary Continental Thinking: With or Against Hegel*, organisé par le Professeur Theodore Geraets, pendant l'Hiver 1995, et présenté dans le cadre des rencontres de discussions philosophiques du *De Philosophia* à l'Université d'Ottawa, (à paraître).

<<Ceux-ci [les droits fondamentaux] ont cependant perdu le caractère abstrait [et naturel] qui est celui des droits de nature puisque nous savons qu'ils ne peuvent mener à bien leur intention qu'en engageant une transformation des rapports sociaux qui transforme à son tour leur propre caractère.>><sup>19</sup>

Qu'entend Habermas par transformation des rapports sociaux et transformation du caractère propre des droits fondamentaux en tant que droits naturels ? Tout simplement la positivisation, l'institutionnalisation de ces droits naturels par un ordre de droit positif. Selon lui, dès lors que les droits naturels exigent, pour leur effectivité, leur intégration dans l'ordre juridique positif et dans sa Constitution, il serait judicieux de les considérer comme des droits positifs ou, pour utiliser ses propres termes, des droits fondamentaux<sup>20</sup>. Ainsi qu'il le soutient:

<<Cette conscience révolutionnaire rencontrait dans le concept de Nature des Physiocrates une ambiguïté de principe: le terme naturel désigne incontestablement les lois immanentes d'une société civile émancipée de la tutelle de l'Etat; mais en même temps il était dit que celles-ci requéraient un droit normatif et avaient besoin pour s'imposer du despotisme d'un acte révolutionnaire car les lois naturelles de la société ne travaillent pas avec la même infaillibilité que les lois physiques mais doivent au contraire lutter contre la corruption de la nature humaine et s'assurer d'abord une domination politique.>><sup>21</sup>

Il est vrai que le concept de «nature» dans «lois naturelles» s'oppose, chez ces philosophes, à celui de «positif» dans «lois positifs»<sup>22</sup>, et qu'il se réfère à la nature humaine et à ses lois pré-positives; il est vrai que l'état de nature auquel les lois naturelles s'appliquent se veut émancipé de l'état civil; il est vrai que les tenants du droit naturel exigent, pour le renforcement des droits découlant de ces lois naturelles, un état de droit positif, normatif, au sens d'état sanctionneur, coercitif, du fait de la faillibilité de la nature humaine. Mais de là à dire, puisque le droit naturel est qualifié de droit libéral et bourgeois -- affirmation qui s'appuie sur des données purement idéologiques -- que l'Etat constitutionnel libéral devrait se transformer en Etat social afin de renforcer ces droits naturels, c'est là travestir l'intuition fondamentale des tenants de la théorie. En toute rigueur, l'avènement de l'Etat social est un phénomène relativement récent par rapport aux mises en application -- progressives certes et menant à cet Etat social -- du programme relevant du droit naturel. L'Etat social proprement dit, n'est apparu d'ailleurs bien

---

<sup>19</sup> *Théorie et pratique*, p. 140.

<sup>20</sup> La notion de «droits fondamentaux» ne nous pose aucun problème particulier. Cependant, si nous hésitons ici à l'utiliser, c'est afin de montrer le subterfuge qui se profile derrière la subtilité apparente de la stratégie argumentative habermasienne.

<sup>21</sup> *Théorie et pratique*, p. 140. C'est nous qui soulignons.

<sup>22</sup> Voir cette notion de «lois naturelles» juridiques tant ignorée dans la pensée juridique kantienne. Citons-la: <<D'une manière générale, les lois qui obligent et pour lesquelles une législation extérieure est possible se nomment des *lois externes (leges externae)*. Parmi elles, celles dont l'obligation peut être connue *a priori* par la raison même sans législation extérieure sont certes des lois externes, mais ce sont des *lois naturelles*; celles au contraire qui n'obligent pas sans une véritable législation extérieure (et qui, sans cette dernière, ne seraient donc pas des lois) s'appellent des lois positives. Il est donc possible de concevoir une législation extérieure qui contienne uniquement des lois positives; mais il faudrait cependant, dans ce cas, que puisse précéder une loi naturelle, qui fonderait l'autorité du législateur (c'est-à-dire la faculté d'obliger d'autres hommes par son simple arbitre). Introduction à la *Métaphysique des moeurs, Concepts préliminaires*, IV, L'édition que nous utilisons, pp. 176-177. C'est nous qui soulignons. Voir également: *Doctrine du droit* § 46, p. 130 de notre édition: <<[...] de quelque sorte que puissent être les lois positives votées par les citoyens actifs, elles doivent en tout cas ne pas entrer en contradiction avec les lois naturelles de la liberté et de l'égalité correspondantes de tous au sein du peuple -- liberté et égalité qui consistent à pouvoir travailler à s'élever de cet état passif à l'état actif.>> C'est nous qui soulignons.

longtemps qu'après les premiers écrits marxistes. Et, il est même presque impossible d'en déterminer précisément la date d'apparition<sup>23</sup>. Ce qui est certain, c'est que, même en France, les premiers jets de la pensée socialiste n'ont commencé à faire leur apparition qu'avec un penseur tel que Proudhon. Or, nous situons au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>24</sup>. En tout cas, il ne semble y avoir aucun doute que le socialisme n'a émergé qu'avec Marx pour qui la liberté des révolutionnaires ne consiste qu'en «la liberté du renard libre dans le poulailler libre»<sup>25</sup>. Pour une radicale démystification idéologique de la pensée libérale, la *Question juive*, ce texte de 1843, paraît, de loin, le mieux adapté. Marx y déclare: «Les droits de l'homme par opposition aux droits du citoyen, ne sont rien d'autre que les droits du membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la collectivité.»<sup>26</sup>

Se référant uniquement aux transformations des rapports sociaux pour toute justification du passage des droits naturels de leur univers prétendument tout formel et abstrait à l'univers du droit positif, en tant que droits fondamentaux, Habermas, affirme *illico presto*:

«Les droits fondamentaux avaient d'une part une action normative pour les personnes qui leur étaient subsumées et les principes fournissaient d'autre part des indications positives pour une organisation juridique globale dans laquelle la société, enfin équilibrée, perdrait son caractère de base naturelle.»<sup>27</sup>

La question se pose de savoir s'il y a eu effectivement une transformation radicale de la naturalité de ces droits, à telle enseigne que l'on devrait être amené à les considérer comme des droits fondamentaux, et plus précisément positifs, ainsi que Habermas semble l'insinuer. Le sens des notions de droit subjectifs en tant que droits naturels et de ces mêmes droits en tant que droits fondamentaux semble être négligé par Habermas. C'est une question de différence d'optiques qui nécessite ces différentes appellations. En tant que principes moraux du droit, justifiés par la philosophie, on parle de droits de l'homme, mais, c'est en vertu de leur mise en vigueur, de leur institutionnalisation par un ordre juridique positif, un ordre politique, que ces mêmes principes moraux s'appellent droits fondamentaux. Ceci ne signifie pas pour autant qu'ils cessent d'être des droits naturels. Ces distinctions ne sont donc que purement terminologiques selon l'optique.

A cela, il convient d'ajouter néanmoins, conformément aux titres des Déclarations qui distinguent droits de l'homme et droits du citoyen, qu'en tant que droits de la personne, les droits fondamentaux demeurent conceptuellement et historiquement des droits naturels. Historiquement, c'est-à-dire génétiquement, sans système des droits naturels, il ne saurait y avoir de droits fondamentaux. Conceptuellement, 1) selon les rapports Etat-citoyen, le citoyen ne peut faire ses revendications et ne s'opposer à l'Etat que par référence à des principes externes. Tel est le cas, surtout s'il existe des vides ou

---

<sup>23</sup> A en croire François Châtelet, par exemple, «il serait fort rassurant pour l'esprit qu'on puisse déterminer une date -- 1843 ? 1857 ? 1864 ? -- marquant l'apparition du marxisme doctrinal; ou de désigner un responsable -- Engels ? Kautsky ? Plekhanov ? Lénine ? mais lequel ? mais lequel ? -- Il n'en est, hélas ! rien.» Cf. *Les Idéologies*, 3 tomes. Tome 3, *De Rousseau à Mao*, (Paris: Librairie Hachette, 1978 pour l'édition originale) Les Nouvelles Editions Marabout, Verviers (Belgique), 1981 pour la présente édition, p. 178.

<sup>24</sup> Cf. entre autres 1) Jean-Louis Dumas, *Histoire de la pensée. Philosophies et philosophes*, (Trois tomes), le tome III, *Temps modernes*. Paris: Editions Tallandier, 1990. 2) O. Höffe, *Petit dictionnaire d'éthique*, article «Socialisme», par Nathalie Frieden-Markevitch, éd. française adaptée et augmentée par Lukas Sosoe avec la collaboration du Dr Yvette Lajeunesse (Suisse: éditions universitaires Fribourg; Paris: éditions du Cerf), p. 309-310.

<sup>25</sup> Cité par Gérard Soulier, *Nos droits face à l'Etat*, Paris: Editions Seuil, 1981, p. 61.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>27</sup> *Théorie et pratique*, p. 140.

des lacunes juridiques; 2) selon les rapports Etat-citoyen d'un autre Etat ou un étranger, seule la notion des droits naturels de la personne permet de rendre intelligible les revendications de ce dernier. Autrement dit, la notion des droits naturels ou de la personne, tout en conservant le caractère naturel de ces droits, se subdivise en ces deux éléments que sont les droits moraux et les droits fondamentaux. Nous verrons après que Habermas demeure très fidèle à cet esprit de 1789 qui se perpétue dans la culture juridique moderne<sup>28</sup>. Luc Langlois, après avoir essayé de récuser cette idée de droits naturels de la personne comme droits «extranéens»<sup>29</sup> au droit positif, conformément à l'intuition habermasienne, a fini par reconnaître ce fait, ceci, après Habermas lui-même. C'est pour cette raison qu'il qualifie cette catégorie de droits de conditions d'actualité du principe démocratique, de «principes permettant l'actualisation du principe démocratique», donc de conditions d'actualité du principe dialogique, du paradigme communicationnelle. Cette idée d'«extranéité» de ces conditions lui a semblé d'une importance si cruciale qu'il n'a pu résister à son emprise. Aussi attribue-t-il à leur réintégration dans la pensée juridique habermasienne le statut de «grammaire des profondeurs du droit positif légitime», signifiant par là qu'ils en constituent la toile de fond ou, en ses propres termes, les «présupposés implicites de toute praxis démocratique»<sup>30</sup>.

Les présupposés implicites de l'intersubjectivité langagière qui sont «l'instance de légitimation du droit» selon Habermas constituent les trois premiers principes ou droits fondamentaux de la personne. A lire attentivement Habermas, on remarquerait que ces trois principes correspondent exactement, sinon à peu de choses près, aux droits naturels énoncés dans les deux premiers articles des Déclarations des droits depuis 1789, conformément à la doctrine du droit naturel moderne. Ces principes ne sont pas sans nous rappeler ceux, *a priori*, énoncés dans la pensée juridique kantienne, savoir: 1) «La liberté de chaque membre de la société, comme homme; 2) L'égalité de chaque homme avec tout autre, comme sujet; 3) L'indépendance de tout membre d'une communauté, comme citoyen»<sup>31</sup>. Utilisons la traduction française de Luc Langlois pour énoncer les principes habermasiens:

- 1) «La première classe de droits concerne «les droits fondamentaux qui résultent de l'élaboration politique autonome du droit aux libertés subjectives les plus étendues possibles et égales pour tous»<sup>32</sup>.
- 2) «[Leur corrélat nécessaire] Les droits fondamentaux découlant de l'élaboration politique autonome du statut de membre d'une association juridique libre»<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Nous nous référons à son ouvrage *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/Main: Suhrkamp Verlag, 1992, p. 155 et suivantes.

<sup>29</sup> Le terme est emprunté à René Degny Seguy, Doyen de la faculté de droit de l'Université nationale de la Côte d'Ivoire. Voir son article intitulé: De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique, in: *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Laval: Presses de l'Université Laval, 1996, pp. 453-456.

<sup>30</sup> Pages 316 et suivantes de son article Habermas et la reconstruction rationnelle du droit, in: *Dialogue* (Revue Canadienne de Philosophie) Vol. XXXV, n° 2, Printemps 1996.

<sup>31</sup> Cf. *Doctrine du droit*, Deuxième partie. Le droit public. Première section: Le droit politique, § 46. Voir la Remarque au § 44, Cf. également *Théorie et pratique. Du rapport de la théorie et de la pratique dans le droit politique* (Contre Hobbes), p. 30 et suivantes. Notons les quelques imprécisions terminologique qui paraissent sur ces principes dans la *Paix perpétuelle*, p. 84: Kant énonce dans cet ouvrage, sous le second principe, la «dépendance de tous envers une unique législation commune (comme sujets)», et sous le troisième, «leur égalité (comme citoyens)». Nous ne tenterons pas d'expliquer ces imprécisions dans cet article.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 325. Le texte original: (1) «Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des Rechts auf das grösstmögliche Mass gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten ergeben. Cf. *Faktizität und Geltung*, p. 155.

<sup>33</sup> Diese Rechte fordern als notwendige Korrelate:

3) <<[Les] droits fondamentaux découlant de l'exigibilité des droits et de l'élaboration politique autonome de la protection juridique individuelle>><sup>34</sup>

La première classe de ces principes, selon Habermas, empêchent la confusion de l'Etat et de la société civile. C'est dire que la distinction entre société civile émancipée et Etat des jusnaturalistes, pionniers de la révolution -- à partir de laquelle Habermas s'insurge contre les Physiocrates et Rousseau<sup>35</sup> -- demeure intacte. A cela s'ajoute le supplément d'information qui vient corroborer à la fois l'«extranéité» des principes à laquelle nous nous étions référée et la distinction entre rapports citoyen-Etat et étranger-Etat. Ainsi que Luc Langlois l'affirme:

<<Ces droits de la personne accusent pourtant un caractère hautement abstrait et général. Leur intégration au code juridique se heurte à la *contextualité* du droit positif, dont le champ d'application est inéluctablement limité dans l'espace et dans le temps.>><sup>36</sup>

Toile de fonds, <<grammaire des profondeurs du droit positif légitime>>, <<présupposés implicites de toute praxis démocratique>>, telles sont, en toute évidence, les caractéristiques qui conviennent aux principes -- *a priori* ajoutons-le -- du paradigme communicationnel habermasien dans son application au droit. Ces principes se soustraient à toutes les possibilités de fondation offertes par les principes juridiques intra-positifs, à tout processus fondationnel socio-historique intersubjectif. C'est en tant que tels et en tant que droits de la personne, valables indépendamment des conditions objectives et subjectives de l'existence -- caractère hautement abstrait et général --, qu'ils obtiennent statut de droits naturels. Comment peut-on fonder ces droits dialogiquement dans l'arène publique, ainsi que l'exige Habermas ? La substance de ces droits n'est-elle pas une condition de possibilité de la stratégie argumentative fondationnelle ? Bref, pour que l'argumentation fondationnelle intersubjective soit possible, ne faut-il pas, au préalable, jouir de ces attributs naturels que sont la dignité humaine et de ces <<intérêts transcendants>><sup>37</sup> que sont la vie, l'intégrité morale et corporelle, la liberté et l'égalité ? Il nous semble qu'il devrait en être ainsi, non pas seulement conformément à la doctrine jusnaturaliste moderne, mais aussi en vertu des présupposés du paradigme habermasien même. Il en va d'ailleurs de la cohérence, de la recevabilité et de la praticabilité de

---

(2) <<Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltungen des *Status eines Mitgliedes* in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen ergeben>>, *Ibidem*.

<sup>34</sup> (3) <<Grundrechte, die sich unmittelbar aus der *Einklagbarkeit* von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen *Rechtsschutzes* ergeben.>>

Notons qu'à ces trois catégories de droits s'ajoutent deux autres, savoir:

(4) <<les droits fondamentaux qui découlent de l'élaboration politique autonome des droits à l'égalité des chances en regard de la participation à la formation de l'opinion et de la volonté, à travers laquelle les citoyens exercent leur autonomie politique et posent des lois légitimes>>. Le texte original: <<Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, worin Bürger ihre *politische Autonomie* ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen.>>

(5) <<Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Masse sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie für eine chancengleiche Nutzung der (1) bis (4) genannten bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen jeweils notwendig ist.>>

<sup>35</sup> Cf. *Théorie et pratique*, p. 139-140.

<sup>36</sup> *Dialogue, op. cit.*, p. 316. Cf. *Faktizität und Geltung*, p. 157-158, les quelques <<Kommentare>> donnés par Habermas.

<sup>37</sup> Cf. O. Höffe, 1) Les principes universels du droit et la relativité culturelle in: *La politique et les droits*, Caen: Cahiers de philosophie politique et juridique, n° 21, 1992, pp. 133-149; 2) Transzendente Interessen: zur Anthropologie der Menschenrechte>> in: P.-H. Steinauer (Hrsg), *L'image de l'homme en droit / Das Menschenbild im Recht*, Fribourg: 1990, pp. 251-264.

la théorie de l'agir communicationnel. Car, qu'est-ce qui, avant l'entrée dans l'arène discussionnelle, empêcherait les participants à s'entre-déchirer, à s'entretuer, à s'envoyer les uns les autres dans l'au-delà ? Ainsi que le fait remarquer Höffe:

<<[La théorie habermasienne] est contre-productive pour une éthique de la discussion. Si le discours doit pouvoir être le lieu de l'examen moral des normes de la discussion, les participants ne peuvent ni se mentir mutuellement, ni se tromper, ni même se tuer, de sorte que la discussion suppose justement la reconnaissance de principes dont l'impératif catégorique kantien examine la moralité et ne relève pas du mérite, mais du droit.>><sup>38</sup>

Il est remarquable qu'effectivement le paradigme habermasien nous empêche dans un cercle vicieux, ainsi que le notent maints critiques<sup>39</sup>. Ce <<*circulus vitiosus*>>, pour utiliser les termes de Luc Langlois, consiste justement à attribuer le statut de conditions de possibilité légitimatrice au principe qui en devrait être le point d'aboutissement, ce que Habermas voulait éviter dans *L'éthique de la discussion* et ce contre lequel il mettait en garde. En d'autres termes, <<l'intersubjectivité langagière est l'instance de légitimation du droit, mais celle-ci est l'instrument indispensable de son effectivité sociale>><sup>40</sup>. Relativement à notre problématique, on devrait d'ailleurs parler d'une double circularité: une circularité interne à la logique du paradigme habermasien -- ce que dénoncent ses critiques --, et une circularité externe résultant de la confrontation entre la logique du paradigme habermasien et celle des droits de la personne comme droits naturels, donc la logique de la doctrine du droit naturel. L'idée de ce second cercle vicieux apparaît clairement si l'on tient compte des grandes différentes perspectives ou éthiques fondationnelles, savoir: 1) la substantielle dont le lieu de normativité s'évalue uniquement en fonction du contenu des actions

---

<sup>38</sup> Otfried Höffe, *Principes du droit*, trad. de l'all. par Jean-Christophe Merle, préface de Paul Ricoeur, Paris: Éditions du Cerf, 1993, p. 269.

<sup>39</sup> Entre autres, et pour des discussions plus approfondies, voir: 1) *Ibidem*, 2) Jean-Marc Ferry, *Philosophie de la communication*, I. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison, Paris: Éditions Cerf, 1994, p. 73 ss. 3) Luc Langlois, *op. cit.*, p. 315. 4) Bjarne Melkevik, Habermas et l'Etat de droit, in: *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, pp. 371-388, Laval: Presses de l'Université, 1996, p. 376. 6) Peter Bal, Discourse Ethics and Human Rights in Criminal procedure, pp. 71-100, in: *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, n° 4, 1994, pp. 71-100, plus spécialement p. 76-77, section 3. Human Rights as the Moral Substance of Practical-legal Discourse. 7) Joseph Heath, The Problem of Foundationalism in Habermas's Discourse Ethics, in: *Philosophy and Social Criticism*, vol. 21, pp. 77-100. 8) Alain Touraine, *Critique de la modernité*, Paris: Librairie Arthème- Fayard, 1992, pp. 390 ss. 9) Kenneth Baynes, The Liberal/Communitarian Controversy and Communicative Ethics, pp. 61-81, in: *Universalism versus Communitarianism. Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge: The M.I.T. Press, 1990. 10) Kenneth Baynes, Democracy and the Rechtsstaat: Habermas *Faktizität und Geltung*, pp. 201-232, in: *The Cambridge Companion to Habermas*, (Ed.) Stephen K. White, Cambridge University Press, 1995. 11) Jean Cohen, Discourse Ethics and Civil Society, pp. 83-108, in: *Universalism versus Communitarianism. Contemporary Debates in Ethics*, *op. cit.* 12) Max Pensky, Universalism and the Situated Critic, pp. 67-94, in: *The Cambridge Companion to Habermas*, *op. cit.* 13) Donald Moon, Practical Discourse and Communicative Ethics, pp. 143-166, in: *The Cambridge Companion to Habermas*, *op. cit.* 14) Simone Chambers, Discourse and Democratic Practices, pp. 233-262, in: *The Cambridge Companion to Habermas*, *op. cit.* 15) Albrecht Wellmer, Models of Freedom in the Modern World, in: *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*, (Ed.) Michael Kelly, Cambridge (M. A.): The M. I. T. Press, 1990. 16) Albrecht Wellmer, Ethics and Dialogue: Elements of Moral Judgement in Kant and Discourse Ethics, pp. 113-231, in: *The Persistence of Modernity*, transl. David Midgley, Cambridge, Mass.: The M.I.T. Press, 1991. 17) William Outhwaite, *Habermas. A Critical Introduction*, ch.9, Law and State, Cambridge: Polity Press, 1994. 18) *Habermas, la raison, la critique*, (Eds.) Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, Paris: Cerf, 1996.

<sup>40</sup> Luc Langlois, *op. cit.*, p. 315.

particulières, 2) la nôtre, c'est-à-dire la formelle, dont le moment de normativité réside dans le principe déontologico-téléologique (ou téléologico-pratique) et qui fait intervenir l'idée de «règnes des fins», 3) l'éthique procédurale elle-même, celle de Habermas, dont le lieu normatif s'inscrit dans la méthode à suivre pour parvenir au juste ou au légitime.

Pourquoi devrions-nous parler de double-circularité ? La double-circularité provient du principe «extranéen» à la théorie habermasienne tel que le respect de la dignité de la personne et de son intégrité physique et morale -- Habermas utilise le principe, pascalien devrions-nous dire, de la vulnérabilité<sup>41</sup>. Par la note infra-paginale, nous voyons que le principe de la vulnérabilité ou celui de l'humanité, la dignité humaine, répond, ici, à la question: pourquoi être moral ? -- qui, pour s'en tenir à l'idée de thématization qui différencie une théorie d'une autre, a sa source dans les doctrines philosophiques aujourd'hui tenues pour surannées, savoir le droit naturel stoïcien, thomiste, et, en ce qui nous concerne, moderne. On peut dire que c'est fort de l'«extranéité» de ce principe que Jean-Marc Ferry soutient qu'il y a, dans la théorie habermasienne, un «*moment non-discursif de la raison*, tel qu'il est inauguré par la résolution du Sollen: *je dois...*»<sup>42</sup> Hervé Pourtois exprime bien ce dilemme, qui sape les bases du paradigme procédural habermasien, en ces termes: «Lorsqu'il s'agit de définir et justifier ces contraintes normatives, un dilemme surgit d'emblée. On peut en effet tenter de recourir à un point de vue théorique externe pour établir la validité des contraintes. On pourrait ainsi tenter de montrer que le débat public doit notamment respecter certaines limites, qu'il ne peut porter atteinte à certains droits fondamentaux des individus ou au respect de leur vie privée etc... Mais, ce faisant, on semble sortir d'une perspective strictement procédurale. Le philosophe qui entend définir ces limites doit en effet revendiquer un point de vue privilégié sur des principes normatifs dont la validité n'est pas produite par le débat public, mais est suspendue à un garant externe, par exemple une conception métaphysique de la nature humaine. La discussion n'est plus alors en tant que telle le garant ultime de la légitimité.»<sup>43</sup>

## II. ANALYSE DE LA JUSTIFICATION HABERMASIENNE DU PARADIGME COMMUNICATIONNEL

Il est certes vrai que Habermas lui-même n'a pas oublié ce réquisit axiologique fondationnel de toute théorie légitimante de la *praxis* humaine qu'est le respect de la dignité humaine dans son corps et dans sa personnalité morale. A preuve, ces gardes-fous de la violence et de la manipulation idéologique et autres dans l'espace public de la fondation des normes -- avant la discussion, devrions-nous ajouter aussi ? -- qu'il

---

<sup>41</sup> Voir par exemple, en rapport avec l'idée d'une nécessité de la protection du monde vécu des individus, *De l'éthique de la discussion*, p. 66-67: «Parce que les morales doivent compenser la vulnérabilité d'êtres vivants qui sont individués par socialisation d'une manière telle qu'ils ne peuvent jamais affirmer leur identité pour eux tout seuls, l'intégrité des individus ne peut pas être protégée sans protéger l'intégrité des individus de leur monde de la vie, seul permettant des rapports et des relations communes, interpersonnels, de reconnaissance réciproque.» p. 67. C'est nous qui soulignons.

<sup>42</sup> Notes du cours dispensé à l'Université de Fribourg (Suisse) en 1991, p. 7. Titre: *L'éthique de la discussion comme éthique de la rédemption*. J.-M. Ferry attribue un statut kantien à ce moment en disant: «Ce moment kantien du *respect* que Habermas n'élucide guère se marque dans la reconnaissance intérieure du droit de la raison, et il peut aussi bien se vivre comme un impératif catégorique. L'impératif catégorique existe comme le sentiment irrésistible d'un devoir, la nécessité absolue de reconnaître non pas ce qui s'impose en raison (suivant des arguments), mais la raison qui s'impose.» *ibidem*.

<sup>43</sup> En cela, il fait référence à Michael Walzer, 1981. 379-399. Voir La démocratie délibérative, p. 106, in: *Le défi du pluralisme*, Revue interdisciplinaire et internationale Lektou, Tome 1, publié sous la direction de Daniel Weinstock, Automne 1993, vol 3, n° 2, pp. 105-134. C'est nous soulignons.

nomme «ideal-speech situations»<sup>44</sup>, les conditions idéales de la communication ou les conditions de la communication idéale, notamment la troisième. Mais s'il en est ainsi, peut-il prétendre s'opposer absolument au droit naturel? Afin de fournir une réponse décisive à ce problème, force nous est de prendre appui sur les allégations de Habermas. Dans *Droit naturel et révolution*, et récemment dans *Faktizität und Geltung*, de même que dans le Postscript de cet ouvrage, Habermas a attiré l'attention sur les arguments en faveur de sa position médiane entre le droit naturel (moderne en l'occurrence) et le droit positif. Dans *Droit naturel et révolution*, il nous fait comprendre que:

<<Dans l'Etat social la pratique procède selon les critères des droits fondamentaux [...] Une science sociale se cantonnant dans les bornes du positivisme ne peut dépasser le stade d'une critique de l'idéologie mettant fin aux formes vides du droit naturel. Mais au niveau d'une réflexion sur son propre engagement en faveur d'une pratique politique respectant les droits fondamentaux, elle ne peut par contre plus se contenter de postuler une attitude neutre ou nihiliste à l'égard des valeurs.>><sup>45</sup>

Et dans le Postscript de *Faktizität und Geltung*, il nous explicite sa position en ces termes:

<<The doubling of law into natural law and positive law suggests the idea that historical legal orders are supposed to copy a pre-given intelligible order. The discourse-theoretic concept of law steers between the twin pitfalls of legal positivism and natural law [...]: The leading question of modern natural law can then be reformulated under new discourse-theoretic premisses: what rights must citizens mutually grant one another if they decide to constitute themselves as a voluntary association of legal consociates and legitimately to regulate their living together by means of positive law ?>><sup>46</sup>

Habermas demeure très radicale sur la nécessité d'une telle position médiane, mais ses arguments ne nous semblent pas du tout satisfaisants. En outre, ils nous paraissent contradictoires. Premièrement, il ne s'agit, pour lui que d'une reconstruction de la <<leading question of modern natural law>> -- ce que nous pouvons lui concéder sous réserve (a) d'une preuve de réelle identité de préoccupation ou de questionnement dans sa pensée et dans celle des tenants du droit moderne; (b) d'une démonstration rigoureuse et inébranlable de l'indéniable nécessité d'une telle reconstruction.

En ce qui concerne (a), la réponse s'avère négative: Habermas parle de droits civiques, droits de citoyens (citizens rights), alors que les tenants du droits naturels modernes sont concernés, en tout premier lieu, par les droits de toute personne humaine, conditions de théorisation des droits civiques, selon eux. Les hommes ne sont pas tous des citoyens sur tous les lieux, ni même sur leur territoire d'origine (notion de citoyenneté passive). Habermas ne traite donc que partiellement la question des droits de la personne. A tenir rigoureusement compte de sa préoccupation, sa question, se réduirait, dans sa formulation, à quelque chose comme ceci: «what kind of rights legal consociates would grant themselves as citizens»? La nuance est très importante: elle nous fait comprendre que la préoccupation habermasienne, telle qu'elle devrait être formulée, se situerait en-deçà des trois premiers principes jurnaturalistes fussent-ils institutionnalisés. Et

---

<sup>44</sup> Nous pouvons nous référer à Stephen K. White, pour leur énumération: 1) «Each subject who is capable of speech and action is allowed to participate in discourses.» 2) a. «Each is allowed to call into question any proposal.» b. «Each is allowed to introduce any proposal into the discourse.» c. «Each is allowed to express his attitudes, wishes, and needs.» 3) «No speaker ought to be hindered by compulsion - whether arising from inside the discourse or outside of it - from making use of the rights secure under [1 and 2].» Voir: *The Recent work of Jürgen Habermas*. Reason, Justice and Modernity, Cambridge: University Press, 1988, p. 56.

<sup>45</sup> *Droit naturel et révolution*, *op. cit.*, p. 140-141. C'est nous qui soulignons.

<sup>46</sup> Postscript to *Faktizität und Geltung*, p. 140, in: *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, n° 4, pp. 135-150. C'est nous qui soulignons.

alors, la non-identité des deux préoccupations devrait se maintenir, ceci, au détriment de Habermas, dans la mesure où il accepte l'institutionnalisation des droits de la personne, donc la pré-existence des droits naturels; (b) si les droits de la personne peuvent perdre - et ont effectivement perdu -- leur statut naturel par leur entrée en vigueur dans le droit positif en devenant des droits fondamentaux, à quoi bon une autre recherche de fondation, telle que celle entreprise par Habermas et qui se profile dans *Faktizität und Geltung* ? S'ils deviennent déjà des droits politiques, à quoi bon chercher encore à leur attribuer cette même dimension que celle des droits positifs, des droits politiques<sup>47</sup> ? Bref, c'est à se demander pourquoi et comment politiser des droits déjà politisés ?

Telle est la tâche à laquelle s'attèle néanmoins Habermas d'après la troisième section de son Postscript. Habermas dira peut-être: <<the break with the tradition of rational natural law is incomplete>><sup>48</sup>, et qu'il est nécessaire de briser complètement ce lien hiérarchique entre le droit naturel rationnel<sup>49</sup> et le droit positif<sup>50</sup>. Mais, à le lire dans *Droit naturel et révolution*, on croirait que cette brèche fut déjà radicalement ouverte. En tout cas, exception faite de la question de savoir si une telle brèche absolue est possible, et souhaitable, une question s'impose: accepterait-il que la notion de personne en tant que sujet de droits, qui n'a subi aucune transformation, malgré la positivisation des droits naturels en droits fondamentaux, soit, elle, limitée, conditionnée spatio-temporellement ? Nous n'en sommes pas sûrs. Car, les droits de la personne résiste à ce conditionnement, du fait de leur universalité, ceci, d'après le commentaire qu'il nous fait du deuxième des principes sus-énoncés.

De deux choses l'une par conséquent: soit Habermas reste dans le système du droit naturel rationnel, et il disposera de la notion en question, et, conséquemment, il ne pourra revendiquer sa position médiane, surtout pas l'équivalence dimensionnelle droits de la personne-droits positifs; soit sa notion de personne-sujets de droits demeure très conditionnée spatio-temporellement<sup>51</sup>, et non seulement il resterait en-deçà de la ligne médiane mais il serait aussi inconséquent dans la logique interne de son système, justement en vertu de sa prétention -- implicitement ? -- avouée à une adhésion minimale ou résiduelle au

---

<sup>47</sup> <<How we should conceive the equal guarantee of private and public autonomy, if we situate liberty rights, conceived as human rights, in the same dimension of positive law as political rights>>. [...] Human rights may be quite justifiable as moral rights; yet as soon as we conceive them as elements of positive law, it is obvious that they cannot be paternalistically imposed on a sovereign legislator. The addressees of law would not be able to understand themselves as its authors if the legislator were to discover human rights as pre-given moral facts that merely need to be enacted as positive law. At the same time, this legislator, regardless of his autonomy, should not be able to adopt anything that violates human rights.>>, Postscript, p. 141-142.

<sup>48</sup> Postscript to *Faktizität und Geltung*, p. 137.

<sup>49</sup> <<unlimited in social space and historical time, [encompassing] all natural persons in their life-historical complexity.>>, *idem*, p. 139.

<sup>50</sup> <<By contrast, [it is ] a spatio-temporally localized legal community [and which] protects the integrity of its members only in so far as they acquire the status of bearers of individual rights.>>, *idem*, p. 139.

<sup>51</sup> Habermas ne trouve aucun inconvénient à ce conditionnement. Selon lui, il ne s'oppose guère à l'universalité de ces droits légaux. <<As enacted , actionable norms, constitutional rights are valid within a particular legal community. But this status does not contradict the universalistic meaning of the classical liberties that include all persons as such and not only all members of a legal community. Even as basic legal rights, they extend to all persons insofar as the latter simply reside within the boundaries of the legal order [...]>>. C'est ce qui le confronte aux objections de O. Höffe: The critique of liberalism, affirme-t-il , entailed by this idea [sa position] has roused defenders of the primacy of human rights. Thus Otfried Höffe, for example, has objected to the demotion of human rights (whose universal validity he wants to ground anthropologically) to mere basic legal rights.>>, Postscript to *Faktizität und Geltung*, p. 142. Cf. O. Höffe, *Eine Konversion der Kritischen Theorie ?*, *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993).

droit naturel par l'idée des droits fondamentaux<sup>52</sup>. De ce fait, il ne pourra non plus justifier l'idée de droit de la personne.

Deuxièmement, même si elles pourraient sembler de peu d'importance relativement aux écrits ultérieurs en raison de leur antériorité, les allégations de Habermas que les oeuvres suivantes contiennent devraient mériter notre attention. Car, elles comportent des implications théoriques et pratiques dignes d'intérêts tant par les questions qu'elles soulèvent touchant à certains problèmes politiques que par les solutions qu'elles apportent à d'autres: elles mettent en lumière les contradictions flagrantes entre les prétentions habermasiennes à l'abstraction universaliste des droits de l'homme et le légalisme positiviste dont il se réclame contre le formalisme jusnaturaliste. De plus, elles semblent faire corps avec les oeuvres récentes de Habermas. Il s'agit de certains passages de *l'Ethique de la discussion* et surtout certains des *Ecrits politiques*<sup>53</sup> qui traitent des droits de l'homme.

Dans *l'Ethique de la discussion*, Habermas prit soin de mettre en exergue «la force transcendante d'une prétention à la validité normative»<sup>54</sup> et universelle des droits de l'homme. Cette force, nous rassura-t-il, résisterait «par son efficacité à toute vision réflexive de l'herméneute»<sup>55</sup> en mal d'application concrète de ces principes trans-positives aux cas particuliers, ceci, conformément aux Constitutions politiques des différents Etats. Les Droits de l'homme constituerait «la substance morale de notre ordre juridique»<sup>56</sup>, mondial, devrait-on ajouter. Qui plus est, Habermas fut très attentif à la rigueur formaliste, universaliste, inhérente à ces droits, force qui ne peut se plier à la logique des «applications partiales»<sup>57</sup>. Celles-ci sont «incompatibles avec les sens»<sup>58</sup> des principes dont nous parlons. C'est dans cette optique qu'il soutint:

«Une fois que des normes fondamentales, comme le droit à la liberté d'expression ou le droit à la participation à des élections générales, libres et secrètes, sont perçues et reconnues en principe, les applications ne varient en aucune manière arbitrairement de situation en situation, mais prennent le chemin orienté, au moins à plus long terme, d'une réalisation toujours plus conséquente de leur contenu universaliste.»<sup>59</sup>

La rigoureuse portée empirique de cette visée universaliste abstraite paraît à tout le moins étonnant de la part de Habermas. Ce qui est retenu pour *l'Ethique de la discussion* vaut davantage pour les *Ecrits politiques*. Dans ces écrits d'importance historique des années 80, Habermas, concerné par le problème poignant des identités nationales, se réclama résolument de l'héritage des Lumières et s'opposa à toute forme de revendication répudiant les «principes axiologiques à vocation universelle qui sont au fondement du républicanisme», comme en témoigne Dominique Leydet<sup>60</sup>. L'universalisme inflexible qu'il épousa le

---

<sup>52</sup> Habermas était parti du naturalisme des droits de la personne *via* le concept de liberté privées bourgeoises et l'idée de société civile distincte de l'Etat de Kant pour construire son concept de consensus publique. Voir *L'Espace public (1973). Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, avec une préface inédite de l'auteur, traduit de l'allemand par Marc B. de Launay, Paris: Payot, 1993.

<sup>53</sup> *Ecrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris: Ed. Cerf, 1990. Traduction de *Kleine politische Schriften*, Frankfurt/Main: Suhrkamp Verlag, Tomes V, VI, VII, 1985, 1987, 1990.

<sup>54</sup> *Ethique de la discussion*, p. 43.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*. C'est nous qui soulignons.

<sup>60</sup> Patriotisme constitutionnel et identité nationale, pp. 84, in: *Philosophiques*, vol. XIX, n° 2, Automne 1992, pp. 81-91. Notons que Dominique Leydet préoccupé par «Le psychodrame canadien et québécois» (p. 81) de

porta à rejeter toutes les formes de «particularismes en fonction desquels la nation se démarque de l'extérieur»<sup>61</sup>. L'adhésion aux principes dits «utopiques» -- ce qualificatif justifie la critique de Zimmermann à l'égard de Habermas -- issus de la Révolution française, prédomina dans l'esprit de Habermas par rapport à toute forme de pensée historiciste, bien que les deux formes de pensée, l'utopiste et l'historiciste, aient été à ses yeux sensés de fusionner<sup>62</sup>. Ceci n'est pas une critique que nous lui adressons. Au contraire, cette conception sied le mieux, à notre avis, à sa prétention à l'universalisme de l'*Aufklärung* révolutionnaire.

Trois paramètres déterminent la substance de la pensée habermasienne dans ces écrits.: 1) l'idée des droits de l'homme comme «valeurs sur-positives non sujettes à suffrage»<sup>63</sup>. Ces valeurs «se placent au-dessus de l'ensemble des lois respectivement en vigueur», y compris la loi fondamentale qui, elle, doit mettre l'emphase sur leur pré-éminence dans l'ordre des valeurs juridiques<sup>64</sup>; 2) l'inflexibilité du caractère «extranéen» des droits de l'homme. Selon Habermas, l'ordre légal ne peut nullement conférer à nos normes juridiques transpositives «un caractère positif». Cela ne veut certainement pas signifier qu'il ne doit pas les mettre en pratique, puisqu'elles ne doivent pas rester lettres mortes, formes vides. Mais l'idée est qu'elles restent et demeurent naturelles, sinon trans-positives tout de même; 3) la justification du droit à la désobéissance civile. Habermas la tient également comme un principe anté- et supra-positif. «Destinée à être réalisée», la désobéissance civile, selon Habermas, est un «état de chose justifiée à la lumière d'une idée de l'Etat de droit». D'une importance sans précédent pour tout Etat de droit, elle ne le serait cependant «selon les critères du droit positif»<sup>65</sup>. Sur ces idées indispensables à la preuve des contradictions qui, virtuellement sinon réellement, sapent les bases de l'application de la théorie communicationnelle de Habermas au droit politique, vient s'ajouter la seule et unique justification possible, fournie par lui, des conditions idéales de la communication: le monde vécu.

Ce «contexte-ressources» qui renferme, entre autres, l'inévitable «contenu raisonnable des structures anthropologiques profondes», et que Habermas reconstruit transcendalement, c'est-à-dire de façon «anhistorique» -- un universel, un *a priori* anthropologique --, Habermas le déclare historiquement inconditionné, irréductible aux intérêts non-universalisables, creuset de ressources

---

l'identité et du patriotisme, s'insurge contre cette forme d'universalisme, désincarné, pour ainsi dire. Il en va de même de Jean-Marc Ferry qui, peut-être, n'étant ni canadien ni québécois, n'abonderait pas complètement dans le sens de la position de Dominique Leydet. Voir l'interview de J.-M. Ferry avec Habermas en 1988 dans: *Grenzen des Neohistorismus*, in *Die nachholende Revolution* (Titre du VII<sup>e</sup> tome). Référence peut être aussi faite à *Les puissances de l'expérience*, Paris: Cerf, 1991, vol. 2, pp. 187-196, pour l'analyse du patriotisme constitutionnel par Ferry.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ecrits politiques*, p. 101. Voir également: 1) *Idem*, pp. 20-43; 2) *Tanner lectures*, repris dans les dernières parties de *Faktizität und Geltung*, où l'on peut d'ailleurs lire Habermas critiquer Weber à partir de la notion de contrat social. Voir les commentaires de David M. Rasmussen sur ce point dans *Reading Habermas*, Cambridge, MA: Basic Blackwell, 1990, pp. 78-80. A lire Rasmussen, même dans *How is valid Law Possible ? A Review of Faktizität und Geltung* by Jürgen Habermas, in: *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, n<sup>o</sup> 4, pp. 21-44, Habermas aurait résolu le problème de la légitimité du droit, malgré les critiques que juristes et philosophes et autres peuvent formuler à son égard. Rolf Zimmermann serait de l'avis contraire, à cause des présupposés ontologiques et même axiologiques qui lui servent de base. Voir la discussion qui l'oppose à Rasmussen in *The Dilemma of Modernity*, chap. 1 de *Reading Rawls*. Voir également «Emancipation and Rationality: Foundational Problems in the Theories of Marx and Habermas», in *Ratio*, XXXVI, n<sup>o</sup> 2, 1984.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 101.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

axiologiques «sédimentant» la communauté de sens qui devrait diriger la procédure dialogique, le processus de compréhension. Qui plus est, toujours un aveu de Habermas, le «<Life-world>> demeure «<implicite>> et se dérobe complètement «<à la thématization>><sup>66</sup>. Or, ces structures anthropologiques se trouvent enracinées dans un lointain passé, voire dans des traditions que Habermas rejette, mais dont certains acteurs sociaux sont porteurs<sup>67</sup>. C'est à ce monde vécu que nous rapportons ce que nous tenons pour un concept fondationnel des droits de la personne, la dignité humaine. Si l'on concède à Habermas la légitimité de l'intégration nécessaire de l'idée de monde vécu pour une meilleure justification, sinon compréhension, de la force obligeante des conditions de la communication idéale, ne serions-nous tout de même pas contraints d'adopter des principes, des normes et des valeurs (avec tout leur arrière-fonds conceptuel et métaphysique) dont il prétend se débarrasser ? Il ne nous semble en être autrement.

Aussi, pour autant que l'on veuille ou doive justifier les requisits fondamentaux de la fondation dialogique des normes, d'après la logique interne de la pensée habermasienne, le principe de la dignité humaine -- et, selon Habermas, celui de la vulnérabilité -- renverrait-il aux trois composantes structurelles de ce monde vécu: le monde des faits, celui de la culture, réceptacle de savoir; le monde des normes, celui de la société, réceptacle des ordres légitimes; le monde des expériences vécues, celui de la personnalité, lieu de construction de la personnalité individuelle. Ce qu'Edouard Delruelle appelle «<l'architectonique de la

---

<sup>66</sup> Ce point très important est relevé par J. Yvon Thériault par exemple. Voir Le défi de l'agir communicationnel: des interactions débarrassées de leurs contextes normatifs ? in: *Rationalité, communication, modernité. Agir communicationnel et philosophie politique chez Habermas*, sous la direction de Koulla Mellos, Ottawa/Paris: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1991, p. 102. Cf. *Théorie de l'agir communicationnel*, tome 2, p. 421. Voir également: 1) Reply to my Critics, in: *Habermas. Critical Debates*, ed. John B. Thompson & David Held, Cambridge, M.A.: The MIT Press, 1982, p. 255; 2) *Postmetaphysical Thinking: Philosophical Essays*, traduction de William Mark Hohengarten, Cambridge, M.A.; London: England, The MIT Press, 1992, p. 142 ss (Texte français: *La pensée post-métaphysique: Essais philosophiques*, Rainer Rochlitz, Paris: Armand Colin, 1993, p. 182 ss).

<sup>67</sup> Il y a dans toute société des acquis, des convictions et des principes de base, auxquels se réfèrent implicitement les individus lorsqu'ils sont engagés dans un processus discussionnel visant un consensus: «<[A stock of knowledge embedded in culture] supplies members with unproblematic, common, background convictions that are assumed to be guaranteed; it is from these that contexts for processes of reaching understanding get shaped, processes in which those involved use tried and true situation definitions or negotiate new ones.>>, Voir Koulla Mellos pour cette reformulation succincte dans *Rationally, Validity and Functionality in Habermas*, in: *Rationalité, communication, modernité, op. cit.*, p. 22. Il fait référence à *The Theory of Communicative Action*, Vols. 1 & 2, trans. Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press, 1981 & 1987, respectivement, Vol. I, chapitre III, pp. 335-337 et Vol. II, p. 125.

Voir chez Habermas, 1) *Raison et légitimité*, op. cit., chapitre I; 2) De *l'Ethique de la discussion*: «<En tant que participant à des discussions pratiques, chacun est en effet renvoyé à soi-même tout en restant pourtant enchâssé dans un contexte objectivement universel. [...] La procédure de la discussion renvoie, tant par ses moyens argumentatifs que par ses présuppositions communicationnelles, à la précompréhension existentielle des participants au sein des structures les plus générales d'un monde de la vie toujours-déjà intersubjectivement partagé.>>, pp. 69-70; 3) *Faktizität und Geltung*: «<Die Lebenswelt bildet gleichzeitig den Horizont für Sprechsituationen und die Quelle von Interpretationsleitungen, während sie sich ihrerseits nur durch kommunikative Handlungen hindurch reproduziert. In unserem Zusammenhang interessiert mich am lebensweltlichen Hintergrundwissen jener eigentümliche Charakter des Vorprädikativen und des Vorkategorialen, der schon Husserl an diesem «<vergessenen>> Sinnesfundament der alltäglichen Praxis und Welterfahrung aufgefallen ist.>>, Première Partie, chapitre II. Transzendenz von innen: Lebensweltliche und archaische Bewältigung des Dissensrisikos, p. 38.

pensée de Habermas>><sup>68</sup>. Au demeurant, une archéologie des paramètres idéels constitutifs de ces trois composantes du monde vécu nous dévoilera du fond de leurs vestiges ce principe de dignité humaine. Habermas nous en sera certainement gré, lui qui, évoquant ce principe à la fin de *Raison et légitimité* contre la <<Vieille Europe>>, comme pour en rappeler, philosophiquement, le caractère inébranlable, du point de vue du sens commun, le caractère inaliénable, et religieusement, la sacro-sainteté<sup>69</sup>.

## CONCLUSION

L'étude de la critique habermasienne nous révèle ainsi l'impuissance de sa critique du droit naturel. Fondamental nous paraît la lisière du moment kantien, celle du devoir-être, du <<Sollen>>, moment normatif et métaphysique indépassable pour l'intelligibilité du respect de la dignité humaine qu'imposent les conditions idéales de discussion de Habermas, avant, pendant et après la mise à exécution du paradigme discussionnel. Absolument convaincantes se sont imposées à nous les allégations propres de Habermas touchant la nature transcendante et trans-positive des principes universels des droits de la personne humaine en tant qu'ils constituent, en ses propres termes, la <<substance morale de notre ordre juridique>>, allégations que contiennent les ouvrages tels que *l'Éthique de la discussion* et les *Écrits politiques*. Assurément, dans ses ouvrages, l'idée de trans-positivité et de transcendance de ses principes ne saurait être rigoureusement appréhendée qu'à la lumière de la logique jusnaturaliste. Habermas aurait-il dérogé à ces principes dans son dernier ouvrage intitulé *Faktizität und Geltung* ? Les résultats de notre étude nous répondent par la négative. Car, dans l'énonciation des cinq principes des droits fondamentaux, notamment le cinquième, et le commentaire qu'en fait l'auteur du *Faktizität und Geltung*, décisive nous paraît la rigueur du formalisme et de l'abstraction universaliste de Habermas, rigueur consubstantielle au jusnaturalisme. La logique du droit naturel subsiste donc incontournable et se révèle péremptoire dans la pensée habermasienne des droits de la personne. Fondamental, pour notre critique de sa conception, s'avère également le concept de monde vécu, lequel comporte, comme référents, les conceptions mytho-poétiques, religieuses, et sur le plan proprement philosophique, les conceptions métaphysiques<sup>70</sup>, celles du sujet

---

<sup>68</sup> *Le consensus impossible*. Le différend entre éthique et politique chez H. Arendt et J. Habermas, éd. Ousia, S.C., 1993, pp. 69-75.

<sup>69</sup> *Raison et légitimité*, op. cit., p. 193.

<sup>70</sup> Rawls s'insurge contre l'auto-défense post-métaphysique habermasienne de la théorie de la communication. De son avis, la théorie habermasienne est fondée sur une <<comprehensive view>>, elle est lourde de paramètres métaphysiques et religieuses: <<Habermas's own doctrine, I believe, is one of logic in the broad Hegelian sense: a philosophical analysis of the presuppositions of rational discourse (of theoretical and practical reason) which includes within itself all the allegedly substantial elements of religious and metaphysical doctrines. His logic is metaphysical in the following sense: it presents an account of what there is. And what there is are human beings engaged in communicative action in their lifeworld. As to what 'substance' and 'substantial' mean, I would conjecture that Habermas intends something like the following: people often think that their basic way of doing things [...] needs a foundation beyond itself discerned by a Platonic reason that grasps the essences, or else is rooted in the metaphysical doctrine for a firm foundation. [...] Without these foundations, everything may seem to us to waver and we experience a kind of vertigo, a feeling of being lost without a place to stand.>>, Voir: Reply to Habermas, in: *The Journal of Philosophy*, vol. XCII, n° 3, March 1995, pp. 136-137.

Il nous semble important d'ajouter la note infra-paginale n° 8, vu qu'elle explicite le sens de la notion rawlsienne de métaphysique ici: <<I think of metaphysics as being at least a general account of what there is, including fundamental, fully general statements -- for example, the statements 'every event has a cause' and 'all events occur in space and time', or can be related thereto. So viewed, W. V. Quine also is a metaphysician. To deny certain metaphysical doctrines is to assert another such doctrine>>.

humain, élaborées depuis la *Philosophia perennis* jusqu'à l'époque des Lumières, siècle de l'émergence proprement juridique de l'idée des droits de l'homme -- pour ne pas mentionner la conception du sujet de droit dans notre culture juridique --, en passant par la philosophie cartésienne.

Sans contredit, l'éthique et la philosophie socio-politique recèlent donc des principes longtemps pensés, médités et thématés qui, ce nous semble, doivent figurer au premier plan de notre agenda tant théorique que pratique, au risque de voir nos pratiques dénuées de tout repère sémantique et axiologique -- on en fait déjà constamment l'aveu, sinon le procès. Parmi ces principes figurent, la dignité humaine et ses corrélats, les droits et les libertés fondamentales, mise à part celui de la publicité dont l'étude, dans la pensée habermasienne, ne fera qu'apparaître une fois de plus, de par l'exploitation de la notion kantienne de publicité, basée sur l'idée de société naturelle, l'adhésion implicite et inévitable, sinon totale du moins minimale, de Habermas à la théorie du droit naturel.

*(Nous remercions vivement Mr Anumu Akpetsinu Barthélémy Sosoe, étudiant en Lettres modernes à Nancy, pour la revue et la mise en forme définitive de ce texte).*

---

Cette critique de Rawls nous pose les questions suivantes: une philosophie sans métaphysique est-elle jamais possible ? Si oui, cette conception de la métaphysique n'invalide-t-elle pas sa propre prétention à une philosophie politique a-métaphysique ?