

TROIS VERSIONS DE LA DÉMOCRATIE LIBÉRALE

Jürgen Habermas

Gallimard | « Le Débat »

2003/3 n° 125 | pages 122 à 131

ISSN 0246-2346

ISBN 9782070731923

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-le-debat-2003-3-page-122.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Gallimard.

© Gallimard. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Jürgen Habermas

Trois versions de la démocratie libérale

1. Lorsque nous utilisons le concept de démocratie libérale dans une perspective descriptive, nous renvoyons en premier lieu aux institutions qui encadrent les États constitutionnels de type occidental, c'est-à-dire à cette forme d'organisation du pouvoir politique qui offre à tous les membres de la communauté politique les mêmes chances de participer à la formation de la volonté politique et qui, en outre, les *habilite* à user effectivement de leurs droits politiques. Ces droits, également répartis, doivent avoir pour tous les citoyens, indépendamment de leurs conditions de vie, qui peuvent être très différentes, la même valeur. Rawls parle de la « valeur équitable de l'égalité des droits ». Une démocratie libérale institue son processus de décision avec les moyens du droit moderne. C'est là un fait qui marque une différence essentielle entre la démocratie classique de l'Antiquité et les démocraties modernes telles qu'elles se sont constituées, dans le prolongement des révolutions

américaine et française, depuis la fin du XVIII^e siècle.

Le droit moderne, qui apparaît en même temps que l'appareil d'État moderne, est un droit à la fois positif, d'abord posé par le prince ou le monarque, et contraignant, en tant qu'il est sanctionné par le monopole de l'État sur la force. Ce droit a acquis une puissance structurante pour les démocraties car il est le médium à travers lequel elles se sont instituées. C'est avant tout sa forme qui lui donne cette puissance ; Hobbes déjà en propose une analyse, mais c'est dans la philosophie kantienne du droit qu'elle sera ensuite exposée dans toute son étendue. Cela étant, ce n'est pas seulement un droit positif et contraignant, c'est aussi un droit *structuré en fonction de l'individu*. Les droits subjectifs sont

Cet article doit être lu en complément de celui de la IV^e partie, intitulée « Qu'est-ce que la "politique délibérative" ? », de *L'Intégration républicaine* (trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, pp. 257-285), et en particulier de l'article « Trois modèles normatifs de la démocratie », qu'il ne redouble pas.

en effet constitutifs de la forme moderne du droit en ceci que les droits d'une personne doivent, en vertu de lois valant pour tous, se trouver en accord avec ceux de toutes les autres personnes. Autrement dit, ils circonscrivent pour un individu en tant que personne juridique une sphère qui est celle de son arbitre. Le droit moderne crée donc par là même un nouveau type de libertés permettant à l'individu, dans les limites de la loi, de faire et laisser faire ce qu'il veut. Cette autonomie privée, c'est la liberté des Modernes que les Anciens ignoraient en tant que composante structurante de l'ordre politique. Dans la démocratie classique, le citoyen puisait son sens de la liberté dans son droit à participer à la formation en commun de la volonté politique.

Désormais, il faut donc que soient assurées dans le même temps l'autonomie *privée* et l'autonomie *civique*. L'institution du processus démocratique doit donc assurer deux choses : la participation politique du citoyen et la protection de la sphère privée par l'État de droit. Sous ce simple réquisit, c'est à vrai dire toute la société moderne qui se cache, société économique d'une grande complexité s'articulant en systèmes partiels qui se spécifient fonctionnellement. Or, d'un point de vue fonctionnel précisément, deux sphères se séparent clairement : l'État administratif et la société capitaliste. Cela explique que les démocraties modernes dépendent dès lors d'une troisième sphère qui fait médiation entre les deux premières, à savoir l'espace public, dans lequel les contributions spontanées des citoyens peuvent trouver une résonance. L'espace public politique et la société civile forment donc une charnière entre la bureaucratie de l'État et la société.

L'institution des démocraties modernes se traduit dans une constitution ou, du moins, dans

un cadre institutionnel, qui agence ces trois éléments que je viens de mentionner : l'autonomie politique des citoyens, l'autonomie privée des individus composant la société et, entre État et société, une sphère qui permet la médiation entre les deux, l'espace public.

Ce cadre institutionnel assure (1) la participation politique du plus grand nombre possible de citoyens intéressés :

- par des droits qui permettent à chacun, dans la plus stricte égalité, d'être associé et de pouvoir communiquer ;
- par des élections et, le cas échéant, des référendums périodiques menés sur la base d'un droit électoral inclusif ; enfin
- par la concurrence entre différents partis, plates-formes et programmes.

Il garantit (2) la protection de la sphère privée par l'État de droit :

- par un système de libertés fondamentales qui concilie l'égalité jouissance pour tous des mêmes libertés ;
- par une égale protection juridique dispensée par des tribunaux indépendants ;
- par une séparation des pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif, qui contrôle et garantit que l'administration publique est respectueuse du droit et de la loi.

Ce cadre institutionnel, enfin, garantit (3) une sphère publique politique proche des citoyens :

- par une séparation de l'État et de la société sur la base d'une économie régulée par le marché ;
- par la liberté de la presse, la diversité des médias et la liberté de l'information ;
- par des réglementations qui favorisent l'accès spontané à la sphère publique des acteurs de la société civile et qui contrecarrent la monopolisation organisée de la communication publique.

Selon les systèmes politiques, ces trois éléments sont combinés de différentes manières et possèdent, par conséquent, un poids différent. Par comparaison, dans des pays comme la Suisse, l'élément le plus marqué est l'élément démocratique, aux États-Unis c'est celui qui exprime l'État de droit. Une simple expérience de pensée révèle les effets pathologiques de fortes disparités. En prolongeant les tendances observables, on peut s'imaginer que l'autonomie privée des citoyens garantie par l'État de droit demeurera intacte dans une société de marché bien institutionnalisée tandis que la sphère publique sera pratiquement détruite là où l'on usera sans régulation des libertés économiques. Lorsque le néo-libéralisme mine le système à ce point, la formation de la volonté des citoyens est coupée des afflux vitaux. Les élections démocratiques ne servent plus alors que de façade à la domination d'élites qui se reproduisent de manière incestueuse. On peut, parallèlement, imaginer le pendant de cette situation, où la mobilisation politique se fait au détriment d'une sphère privée qui n'est plus protégée contre les interventions de l'État. Dans des conditions totalitaires de cette nature, la sphère publique politique ne reçoit plus d'informations d'une société civile surrégulée et paralysée. La clé des pathologies qui menacent en permanence les démocraties modernes réside dans la rupture de l'équilibre nécessaire entre la démocratie, l'État de droit et la sphère publique politique. Mais cela nous éloigne de notre sujet. J'entends, en effet, dans ce cadre, me limiter à rappeler comment ces trois éléments se sont rattachés dans l'histoire des idées politiques à trois images distinctes de la démocratie libérale.

2. La *tradition républicaine*, qui prend son essor avec l'humanisme de la Renaissance et

aboutit aux révolutions américaine et française, en passant, dans le premier cas, par James Harrington et, dans le second, par Rousseau, se concentre sur le premier élément. Il s'agit pour elle de rénover, et de généraliser à toutes les couches de la population, la liberté politique des Anciens, compte tenu de la modernisation des conditions de vie et de l'émergence d'une société dans laquelle sont apparues de fortes différenciations fonctionnelles. L'intuition qui guide cette pensée trouve son expression la plus radicale dans le principe de la souveraineté populaire ; celui-ci connut une première mise en pratique en France par la voie du renversement révolutionnaire de la souveraineté monarchique. La force publique, qui part du peuple, se fonde elle-même et se reproduit dans un processus démocratique permanent, possède un caractère constitutif pour l'ensemble du contexte social dans sa réalité quotidienne. La mise en place de l'État constitutionnel démocratique s'est donc effectuée, dans ce cas, dans le but de permettre aux citoyens, par une pratique exercée en commun, de se gouverner et de légiférer pour eux-mêmes et par eux-mêmes (*self-government* *).

La *tradition libérale*, en revanche, fondée pour l'essentiel par Locke et principale source d'inspiration des Pères fondateurs de la Constitution américaine, se concentre sur le second élément : l'institutionnalisation par l'État de droit de cette liberté des Modernes, dont les droits de l'homme constituent l'expression la plus précise. L'intuition qui caractérise cette ligne encore aujourd'hui dominante dans la pensée politique ne tient pas à la volonté d'enraciner la démocratie, mais de domestiquer au moyen du droit la force publique en tant qu'elle constitue un danger

* *N.d.T.* Les parenthèses en anglais sont toutes en anglais dans le texte.

potentiel pour la liberté. L'État absolutiste n'ayant pas été perçu, au premier chef, comme source d'oppression de la liberté politique des citoyens, mais bien plutôt comme ce qui mettait en danger la liberté politique des personnes privées, le but visé est donc avant tout de minimiser et mettre au pas le pouvoir, dans l'intérêt des membres de la société civile en tant qu'individus.

Il ne suffit donc pas que la force dont l'État a le monopole change de mains à la faveur d'un renversement de la souveraineté monarchique, ni qu'elle soit reconstruite pour ainsi dire à partir du bas ; il faut surtout que sa transformation, en la déposant sous couvert du droit entre les mains d'un gouvernement, fasse qu'elle ne soit dépendante que des intérêts des citoyens d'une société déjà constituée prépolitiquement depuis fort longtemps. La mise en place de l'État de droit démocratique s'est donc effectuée dans ce cas dans le but de permettre à tout individu de mener sa vie sans être importuné et de manière autonome. Le rôle qui revient, par conséquent, au processus démocratique est comparativement modeste : être une instance de contrôle veillant à ce que la force publique obéisse dans son exercice à un devoir de justification. Au pathos républicain de la nation de citoyens qui s'autodéterminent se substitue ici le pathos de la réalisation de soi de l'individu qui poursuit son projet de vie sans obstacle.

Le troisième élément, la liberté d'exprimer son opinion dans un espace public délibératif, a été une source d'inspiration pour le parlementarisme en particulier. Kant et les libéraux du Vormärz, que ce soit en Allemagne ou en Suisse (Julius Froebel), y ont contribué, comme également John Stuart Mill et, mais pour d'autres raisons, John Dewey. Cette troisième tradition n'a pas laissé, à vrai dire, de traces aussi profondes

dans l'histoire des idées politiques que le républicanisme ou le libéralisme classique. Il n'en reste pas moins que, pour notre époque où les distances tendent à s'abolir dans le maillage électronique de la sphère publique et où, d'une manière générale, les médias de communication prennent une importance sans cesse grandissante, le *paradigme délibératif* apparaît avec son potentiel¹. Il permet de mettre en relation des idées normatives fortes et la complexité sociale à laquelle nous devons aujourd'hui faire face, et autorise donc que la démocratie libérale ne s'expose pas d'entrée de jeu au démenti des faits.

Selon la version délibérative de la démocratie libérale, la sphère publique est comme une caisse de résonance pour les problèmes qui touchent la société dans son ensemble et, en même temps, un dispositif de décantage au moyen de la discussion ; la discussion publique permet en effet de filtrer les processus désordonnés et foisonnants qui concourent à la formation de l'opinion ; il permet également d'en dégager les contributions informatives qui ont trait aux problèmes pertinents et de les soumettre alors à examen en les faisant inscrire formellement à l'ordre du jour des assemblées compétentes. On voit alors se former une tout autre image.

Le processus démocratique conduit par les citoyens avait, pour le républicanisme, la valeur d'une énonciation expressive de la volonté parce que, dans cette manière qu'avaient les citoyens de se forger une représentation autonome d'eux-mêmes, s'exprimait et se reproduisait spontanément

1. A. Gutman, D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1996 ; J. Bohmann, *Public Deliberation*, Cambridge Mass., MIT Press, 1996 ; S. Benhabib, « Toward a Deliberative Model of Legitimacy », dans *id.* (sous la dir. de), *Democracy and Difference*, Princeton University Press, 1996, pp. 67-94 ; J. Bohmann, W. Rehg (sous la dir. de), *Deliberative Democracy*, Cambridge Mass., MIT Press, 1997.

ment l'*ethos* existant d'une communauté. Pour les libéraux, il avait avant tout un sens instrumental : celui de lier aux intérêts égoïstes déclarés des membres de la société civile les hommes politiques en place au gouvernement. Or, face à cela, la version délibérative place toutes ses attentes dans la fonction d'écluse dévolue à une sphère publique traversée de part en part par le processus démocratique : elle attend de l'implantation des processus de conseil et de décision dans la circulation vitale, et autant que possible non dirigée, des opinions qui alimentent la sphère publique qu'elle donne lieu à une poussée de légitimation, améliorant la *qualité* des décisions prises dans les parlements, les tribunaux et les appareils administratifs.

Le modèle délibératif met plutôt l'accent sur ce que les discussions et les négociations ont de conforme à la raison (*vernünftig*) que sur le caractère éthique de la volonté nationale ou sur les mobiles purement rationnels (*rational*) des individus qui agissent, dans leur intérêt, en vue de la réussite. On préfère à la recherche collective d'un accord du peuple avec lui-même, ou à l'addition des préférences individuelles exprimées par chacun des membres de la société la recherche, apporter des solutions communes élaborées en coopération aux problèmes qui se posent. Les processus et les présupposés communicationnels qui contribuent à la formation démocratique de l'opinion et de la volonté fonctionnent comme des écluses en amont de la rationalisation discursive des décisions prises par le gouvernement et l'administration. À vrai dire, une opinion publique qui devient un pouvoir communicationnel ne peut pas, dès lors qu'elle a opéré selon un processus démocratique, devenir elle-même une opinion « dominante », elle ne peut tout au plus qu'amener le pouvoir administratif à emprunter certains canaux.

Je ne veux toutefois pas me borner à cet inventaire descriptif des versions de la démocratie libérale, je veux aussi avancer les raisons qui me font donner l'avantage à la version délibérative. Je le ferai en abordant un problème précis qui surgit du fait que les deux sources de légitimation de la démocratie libérale – les droits de l'homme et la souveraineté du peuple – paraissent entrer en conflit. À ce problème, que je commencerai par présenter, ni les libéraux ni les républicains n'apportent de réponse probante (3) ; en revanche, si l'on adopte le point de vue de la politique délibérative, on parvient à développer une solution convaincante (4).

3. La démocratie constitutionnelle tire sa légitimation de deux sources distinctes – elle la tire des droits de l'homme, qui sont prêtés également à tous les individus, et de la souveraineté du peuple, c'est-à-dire de la capacité qu'a une nation de citoyens libres et égaux à légiférer par et pour soi-même. Mais lequel de ces deux éléments a le primat sur l'autre du point de vue de la fondation de la démocratie libérale ? Est-ce l'« empire de la loi » exercé en accord avec les droits de l'homme, ou est-ce le processus d'auto-législation souveraine qui confère son caractère démocratique à tout, y compris à la Constitution elle-même ? Faut-il accorder la priorité à la « liberté des Modernes » ou à la « liberté des Anciens » ? Qu'est-ce qui vient en premier lieu : les droits subjectifs garantissant les libertés des membres des sociétés modernes dominées par l'économie ou les droits garantissant à tout citoyen une égale participation politique ? Le libéralisme et le républicanisme sont en complet désaccord sur ces points.

D'un côté, on se targue de ce que l'autonomie des citoyens prend forme dans les droits fondamentaux, lesquels, sous leur forme essen-

tielle, garantissent « de manière immuable » l'empire anonyme de la loi. De l'autre côté, c'est dans l'auto-organisation d'une communauté qui, de sa propre initiative, se donne ses propres lois qu'on voit s'incarner l'autonomie des citoyens. Or si l'on veut que la fondation normative de l'État de droit démocratique soit cohérente, il est, semble-t-il, nécessaire que l'on établisse ce qui est la source première : les droits de l'homme ou la souveraineté du peuple. Soit les lois, la loi fondamentale y compris, ne sont légitimes que si elles sont en accord avec les droits de l'homme – en laissant de côté la question de leur propre fondation. Il faut alors que ce que le législateur démocratique décide en toute souveraineté *ne soit limité que par eux*, et ce sera au détriment du principe de la souveraineté du peuple. Soit les lois, la loi fondamentale y compris, ne sont légitimes que si elles procèdent de la formation démocratique de la volonté. Le législateur démocratique pourra alors se doter de la Constitution qu'il souhaite, quitte à contrevenir, le cas échéant, à sa propre loi fondamentale, et ce sera au détriment de l'idée constitutive de l'État de droit.

Cette alternative, toutefois, va à l'encontre d'une intuition forte². L'idée des droits de l'homme énoncée dans les droits fondamentaux ne doit ni être *imposée* au législateur souverain comme une limitation qui viendrait pour ainsi dire de l'extérieur, ni être *instrumentalisée* par lui à ses propres fins. D'une certaine manière, nous considérons que ces deux principes sont *co-originaires*. L'un ne peut pas aller sans l'autre. L'intuition de cette « co-originarité » peut aussi s'exprimer en ceci que l'autonomie privée et l'autonomie publique se requièrent mutuellement. Les deux concepts sont interdépendants, ils sont dans une relation d'implication matérielle. Les citoyens ne peuvent faire un usage

adéquat de leur autonomie publique garantie par des droits politiques que s'ils sont suffisamment indépendants, et ce parce que la possibilité leur est garantie de tous jouir d'une égale autonomie privée, laquelle leur permet de mener leur vie comme ils l'entendent. Mais, de la même manière, les membres de la société ne peuvent jouir dans l'égalité de leur égale autonomie privée – dès lors qu'elles sont également réparties, les libertés pratiques subjectives ont pour eux la « même valeur » – que s'ils font, en tant que citoyens, un usage *adéquat* de leur autonomie politique.

Cette intuition va, dans ce qui va suivre, me servir de test : laquelle des trois variantes peut le mieux rendre compte de la co-originarité ?

Selon la conception libérale, le processus législatif démocratique requiert, pour conduire à des réglementations légitimes, une certaine forme d'institutionnalisation juridique. Cette « loi fondamentale » est introduite comme condition nécessaire et suffisante du processus démocratique, non comme son résultat : la démocratie ne peut pas définir la démocratie (« *democracy cannot define democracy* »). Par ailleurs, la relation entre la démocratie – qui est source de toute légitimation – et ce qui fait l'État de droit – qui ne requiert aucune légitimation démocratique – ne saurait non plus, pour cette conception de la démocratie, constituer un paradoxe. En effet, les règles constitutives qui *font* simplement qu'une démocratie *est possible* ne sauraient *limiter* la pratique démocratique comme si elles étaient des normes imposées. Il suffit d'élucider les concepts, et le prétendu paradoxe s'évanouit : les conditions de possibilité ne doivent pas être confondues avec des conditions contraignantes (« *enabling*

2. Jürgen Habermas, « Du lien interne entre État de droit et démocratie », dans *L'Intégration républicaine*, op. cit., pp. 275-285.

conditions should not be confused with constraining conditions »).

Certes, on voit bien comment démontrer par là que la Constitution est dans une certaine mesure inhérente à la démocratie. L'argument avancé ne parvient pas cependant à la fondation ; il ne se réfère en effet qu'à la partie de la Constitution qui entre immédiatement dans la manière dont s'opère la formation de l'opinion et de la volonté – c'est-à-dire aux droits politiques définissant la participation et la communication. Or, ce qui est au cœur des droits fondamentaux, ce sont les libertés classiques – l'*habeas corpus*, le droit de pratiquer une religion sans entraves, les droits de propriété, bref, toutes les libertés qui garantissent les moyens de mener la vie que l'on souhaite et de rechercher le bonheur (« *pursuit of happiness* »). Les droits fondamentaux libéraux protègent manifestement des biens qui ont aussi une valeur *intrinsèque*. Ils ne s'assimilent pas à la fonction instrumentale qui peut être la leur lorsqu'il s'agit de l'exercice des droits politiques du citoyen. Dans la mesure où les libertés classiques n'ont nullement le sens premier d'encourager la qualification des citoyens, en fait de fondation il suffit donc que les droits fondamentaux libéraux rendent la démocratie possible, ils n'ont pas à le faire à la manière des droits fondamentaux politiques.

De son côté, le républicanisme n'est pas moins en difficulté pour rendre compte de la co-originarité de la souveraineté du peuple et des droits de l'homme. Pour lui, en effet, la substance de la Constitution n'est absolument pas susceptible d'entrer en concurrence avec la souveraineté du peuple puisque celle-ci résulte d'un processus inclusif de formation de l'opinion et de la volonté, dont les citoyens eux-mêmes sont partie prenante. Mais on ne peut alors obtenir une Constitution libérale que si l'on se représente le

processus qui aboutit à l'édiction d'une Constitution comme la voie éthico-politique empruntée par un peuple, *déjà acclimaté à la liberté*, pour s'accorder avec lui-même. Dans ces conditions, les principes de l'État de droit ne subissent certes aucun dommage puisqu'ils sont reconnus comme partie intégrante d'un *ethos démocratique*. Il y a dans ce raisonnement une pétition de principe. Il attribue à l'histoire mentale et à la culture politique d'une collectivité précisément les orientations axiologiques libérales qui se retrouvent dans les principes de la Constitution. La conception républicaine doit dès lors s'appuyer sur une ruse de la raison libérale qui gouverne l'*ethos* politique de la collectivité en question pour mettre en accord la souveraineté du peuple et les droits de l'homme.

Il n'y a donc que le modèle délibératif qui permette à l'attente – liée à la raison – d'une autolimitation libérale de la formation démocratique de la volonté d'être indépendante de cette contingence d'un consensus sur les valeurs existant *préalablement*. Sous la désignation de politique délibérative, l'attente de la raison se porte sur les propriétés formelles du processus démocratique. Le modèle délibératif ne s'en remet plus au profil libéral d'une forme de vie qui s'est déjà préalablement faite à l'idée démocratique, il s'appuie sur l'idée que seul le concept des droits de l'homme peut permettre de donner au processus démocratique une forme en adéquation avec la raison.

La Constitution prend alors le sens procédural à la fois de ce qui établit des formes de communication appropriées aux questions qui se posent en fonction de chaque contexte spécifique, et de ce qui habilite les citoyens à faire « un usage public de la raison » (Rawls) et à trouver un équilibre équitable entre leurs intérêts. Et lorsque nous voulons, parmi les citoyens – qui

sont étrangers les uns aux autres –, instituer une communication politique qui justifie que l'on prétende à des résultats rationnellement acceptables, nous sommes contraints de nous mettre d'accord sur un système de droits assurant aux citoyens, en même temps que leur participation au processus démocratique, une indépendance privée qui puisse les satisfaire. De cette manière, on peut alors fonder la thèse de la co-originarité.

4. La version délibérative de la démocratie libérale est supérieure aux deux autres parce qu'elle ne part ni, à l'instar de la version libérale, d'une priorité des droits de l'homme, ni, à l'instar de la version républicaine, d'une priorité de la souveraineté du peuple. En revanche, elle nous fournit une clé essentielle en expliquant comment les principes de la Constitution sont inhérents au concept même d'autodétermination démocratique. L'idée fondamentale est simple. Du point de vue de la politique délibérative, en effet, toute démocratie requiert que soit institué un ensemble de formes appropriées de communication ; or il est nécessaire, pour que leur institutionnalisation ait une force d'obligation, que soit créé, en même temps que le processus démocratique, le médium juridique qui sera le médium de leur institutionnalisation. Si l'on peut par là même montrer que les droits fondamentaux *dans leur ensemble*, et non simplement les droits politiques du citoyen, sont constitutifs du processus d'autolégislation tel qu'il peut être discerné au moyen d'une théorie de la communication, la preuve sera apportée de ce que la démocratie et les principes de l'État de droit ne sont pas dans une relation paradoxale. Je recourrai pour élucider cela à une expérience fictive.

À l'instar de ses prédécesseurs que sont les théoriciens du contrat, la théorie de la discussion simule également des situations initiales ;

dans le cas présent, elle considérera par hypothèse qu'un nombre indéterminé de personnes entrent de leur plein gré dans une pratique d'assemblée constituante. La fiction du libre-arbitre remplit la condition importante d'une égalité originaire entre les parties prenantes, chacune de leur réponse par « oui » ou « non » ayant par principe le même poids. Les participants doivent aussi remplir trois autres conditions. La première est qu'ils s'associent dans la résolution commune de régler légitimement leur vie en commun avec les moyens du droit positif. La seconde est qu'ils soient disposés et à même de participer aux discussions pratiques, et donc de satisfaire aux présuppositions pragmatiques exigeantes qui déterminent une pratique argumentative. Il y a donc là une rationalité supposée qui ne se limite pas, comme dans la tradition du droit naturel moderne, à une rationalité moyens-fins, mais elle ne se limite pas non plus, comme chez Rousseau et Kant, à recouvrir celle de la morale formelle : elle fait de la raison communicationnelle sa condition³. Enfin, troisième condition, le fait d'entrer dans une pratique d'assemblée constituante est un engagement à faire expressément de cette pratique le seul objet de l'assemblée. Par là, on attire l'attention sur le fait qu'un certain nombre de tâches constructives doivent avoir été menées à bien avant de passer au travail constituant proprement dit.

D'entrée de jeu, il apparaît clairement aux participants, puisqu'ils entendent recourir au médium du droit pour réaliser leur projet, qu'ils doivent créer un ordre statutaire qui prévoit pour chaque membre à venir de l'association un statut de porteur de droits subjectifs. Or on ne peut

3. Jürgen Habermas, « La rationalité de l'entente. La rationalité de la communication explicitée par la théorie des actes de parole », dans *id.*, *Vérité et Justification*, trad. R. Rochlitz, Paris, Gallimard, pp. 42-77.

obtenir un tel ordre juridique, qui soit à la mesure de l'individu et fasse en même temps valoir un droit positif et contraignant, que si l'on introduit trois catégories de droits fondamentaux, à savoir, considérant que la légitimité exige qu'il y ait une égale capacité d'accord pour tous :

(a) des droits fondamentaux (quel que soit leur contenu concret) qui résultent de ce que l'autonomie suppose un droit égal pour chacun au maximum de liberté individuelle d'action ;

(b) des droits fondamentaux (quel que soit leur contenu concret) qui résultent de ce que l'autonomie est supposée statutairement pour tout membre d'une association volontaire de pairs juridiques ;

(c) des droits fondamentaux (quel que soit leur contenu concret) qui résultent de ce que l'autonomie suppose une égale protection juridique individuelle pour chacun, et donc la recevabilité des plaintes concernant les atteintes aux droits subjectifs.

Ces trois catégories de droits sont requises pour qu'il soit possible de fonder, dans un cadre limité à l'espace social, une association de pairs juridiques se reconnaissant mutuellement comme porteurs de droits subjectifs exigibles. Sous ces différents angles, toutefois, les participants ne se perçoivent encore par anticipation que dans leur futur rôle d'usager et de destinataire du droit. Dès lors qu'ils entendent fonder une association de citoyens qui veulent se donner à eux-mêmes leurs propres lois, ils prennent forcément conscience de ce qu'une quatrième catégorie de droits est nécessaire s'ils veulent aussi pouvoir se reconnaître mutuellement comme les *auteurs* de ces droits. Il leur est donc nécessaire, s'ils veulent que l'aspect le plus important de leur pratique actuelle – l'auto-législation – soit à l'avenir préservé, qu'ils s'habilitent eux-mêmes en législateurs politiques

par l'introduction de droits fondamentaux politiques.

Sans les trois premières catégories de droits fondamentaux, c'est tout simplement le droit qui ne pourrait pas exister ; mais sans une mise en forme politique de ces catégories, ce sont les contenus concrets du droit qui ne pourraient pas exister. Il faut donc une dernière catégorie de droits fondamentaux (même si elle est, à vrai dire, initialement vide), à savoir :

(d) des droits fondamentaux (quel que soit leur contenu concret) qui proviennent de ce que l'autonomie suppose le droit pour chacun de participer à chances égales à la législation politique.

Il est important de se souvenir que ce scénario – quand bien même pourrait-il se cristalliser au cours d'un conseil – se déroule dans le cadre d'une expérience fictive, *in mente* pour ainsi dire. Rien de *réel* ne s'est encore produit. Et il ne pouvait rien se produire. En effet, avant que les participants ne décident du premier acte posant le droit, il leur est nécessaire d'avoir tiré au clair la démarche qui consiste à entrer dans une pratique d'assemblée constituante. Or une fois qu'ils ont rendu explicite le sens performatif, dont ils n'avaient jusque-là qu'une conscience intuitive, ils savent qu'il leur faut créer d'un seul mouvement quatre catégories de droits fondamentaux.

Mais des droits fondamentaux ne se créent pas, à vrai dire, *in abstracto* ; ils se créent individuellement avec un contenu concret. C'est pourquoi les participants, repliés réflexivement sur eux-mêmes, et jusque-là pris en quelque sorte par l'élucidation philosophique des concepts, doivent percevoir ce qui point derrière le voile du non-savoir empirique qu'ils ont eux-mêmes tendu, à savoir ce qui, dans des circonstances historiques données, doit être tout simplement soumis à une réglementation, et quels droits

sont requis pour ces questions qui ont besoin d'être réglées. C'est seulement après avoir été confrontés, disons, aux conséquences insupportables de la violence physique qu'ils reconnaîtront la nécessité des droits élémentaires à l'intégrité physique ou à la liberté de mouvement. L'assemblée constituante ne peut concevoir des décisions que si elle *perçoit* la sorte de risques qui appelle un certain besoin de sécurité. C'est seulement grâce à une certaine lumière de l'environnement sur nos intérêts qu'il apparaît clairement que nous avons besoin de droits pour donner forme à notre vie personnelle et politique.

C'est ainsi que sont nés les droits que nous connaissons – par exemple, le droit de conclure des contrats, d'acquérir une propriété, de former une association, d'exprimer ses opinions, de professer une religion, etc. Mais, à circonstances nouvelles, règles nouvelles. Ainsi, les minorités nationales parlent d'autres langues et se nourrissent de traditions autres que celles en vigueur pour la majorité de la population. Les conflits qui naissent de cette situation de pluralisme culturel engendrent un besoin de réglementations nouvelles, qui attend non seulement des réponses pragmatiques mais aussi des réponses innovantes – par exemple, l'introduction de droits culturels qui, le cas échéant, puissent rendre sans objet la revendication sécessionniste d'une minorité territorialement concentrée.

Dans notre scénario nous devons distinguer soigneusement deux étapes : premièrement, l'étape de l'explicitation des concepts présents dans la langue des droits subjectifs. C'est au cours de cette seule phase que la pratique commune de pairs juridiques, libres et égaux, associés à des fins d'autodétermination, pourra s'exprimer. Un seul principe est présent dans cette langue du droit : le principe de la souveraineté

du peuple. Vient ensuite une seconde étape : celle de la réalisation de ce principe par l'exercice et la mise en œuvre effective de la pratique commune d'autodétermination. Ce scénario en deux temps de la genèse conceptuelle des droits fondamentaux a l'avantage de faire ressortir ceci : ce sont les phases conceptuelles préalables qui explicitent que l'on en vienne nécessairement à requérir une autolégislation démocratique instituée en droit. Elles conduisent cette pratique elle-même à sa pleine expression et ne présentent aucune contrainte qui viendrait peser sur la pratique. L'idée de ce qui constitue un État de droit ne peut donc être réalisée que conjointe au principe démocratique. Les deux principes sont dans une relation réciproque d'implication matérielle.

Sans doute faut-il aussi comprendre la Constitution comme un projet à la source de traditions. La Constitution canalise un processus d'apprentissage qui est en permanence en auto-correction et qui n'est invulnérable ni aux sautes de l'histoire ni aux rechutes dans la barbarie. Ce n'est pas un hasard si l'acte qui consiste à poser une Constitution est ressenti dans l'histoire nationale comme une césure ; c'est en effet l'inauguration d'un nouveau type de pratique au regard de l'histoire mondiale. S'ils ont une compréhension dynamique de leur Constitution, les citoyens adoptent la perspective de la génération des fondateurs et abordent leur époque de manière *critique*, afin de prouver que ce qui existe, c'est-à-dire les institutions, les pratiques et les procédures qui président à la formation de l'opinion et de la volonté démocratiques, doit simplement remplir les conditions nécessaires à un processus producteur de légitimité.

Jürgen Habermas.

Traduit de l'allemand par Christian Bouchindhomme.