



*ESCUELA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA INTERCULTURAL
INTERNATIONALE SCHULE FÜR INTERKULTURELLE PHILOSOPHIE
INTERNATIONAL SCHOOL FOR INTERCULTURAL PHILOSOPHY
ÉCOLE INTERNATIONALE DE PHILOSOPHIE INTERCULTURELLE*

Hans Jörg Sandkühler

**Sur la démocratie, le droit, les droits de
l'homme et le pluralisme**

Une sélection de textes

Édition digitale
2021

© Hans Jörg Sandkühler
2021 EIFI

TABLE

Note préliminaire de l'auteur	3
Démocratie — État de droit et droits de l'homme Sur l'altérité dans le monde transculturel	5
La nécessité de l'Etat de Droit et les droits fondamentaux dans le monde transculturel	29
Universalité du droit et relativité de la justice	47
Pour une philosophie de la démocratie – La faculté de juger comme condition de l'agir et de la responsabilité?	63
Homo mensura – Pouvoir savoir	81
La simplicité paradoxale de la multiplicité. Philosophie du vivre-ensemble et transculturalité des droits de l'homme	95
Les droits de l'homme, la critique de l'État et le relativisme juridique	117
Pour une théorie du droit et de l'État à mesure humaine	129

Note préliminaire de l'auteur

Les textes sélectionnés ici proviennent ou ont été initialement publiés en :

« Démocratie — État de droit et droits de l'homme. Sur l'altérité dans le monde transculturel », Conférence à la Chaire de l'UNESCO de philosophie, Université de Tunis I, 22 avril 1999.

« La nécessité de l'Etat de Droit et les droits fondamentaux dans le monde transculturel », Conférence à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 19 mai 2009.

« Universalité du droit et relativité de la justice », Conférence à l'occasion du Colloque « L'étranger et la justice ». à l' Université de Tunis, 28 avril - 2 mai 2001.

« Pour une philosophie de la démocratie – La faculté de juger comme condition de l'agir et de la responsabilité? », Publié dans: *L'Avenir de l'être humain. Troisième Journée de la philosophie à l'UNESCO 2004*, UNESCO, Paris 2006, pp. 27-43.

« Homo mensura – Pouvoir savoir », Publié dans: *L'agir philosophique dans le dialogue interculturel*. Ed. Jacques Poulain, H.J. Sandkühler, Fathi Triki, L'Harmattan, Paris 2006, pp. 275-287.

« La simplicité paradoxale de la multiplicité. Philosophie du vivre-ensemble et transculturalité des droits de l'homme », Conférence à l'occasion du Colloque *La transculturalité en question. Hommage au Philosophe Hans Jörg Sandkühler*. Chaire UNESCO de philosophie de l'Université de Tunis/ Le Laboratoire de philosophie PHILAB, Tunis-Hammamet du 12 au 14 novembre 2010.

« Les droits de l'homme, la critique de l'État et le relativisme juridique », Conférence à l'occasion du Rencontre Internationale « Culture, Identité et Droits de l'Homme. Vers une perspective transculturelle » (DAAD, Chaire UNESCO de Philosophie, Tunis, Université de Kassel), Tunis, 11 octobre 2011.

« Pour une théorie du droit et de l'État à mesure humaine », Conférence à l'occasion du Colloque « Démocratie, Pluralisme et droits de l'homme » (Université de Kassel, DAAD, Chaire UNESCO de Philosophie/Tunis), Tunis 8 octobre 2012

DEMOCRATIE — ÉTAT DE DROIT ET DROITS DE L'HOMME SUR L'ALTERITE DANS LE MONDE TRANSCULTUREL

C'est un élément essentiel de la culture juridique européenne que de penser que l'*idée de droit* se fonde sur la *raison*, que ce soit sur le concept métaphysique de raison, ou — dans une optique pragmatique — sur la rationalité des êtres raisonnables (ou rationnels). On appelle „raison“ cette faculté qu'a l'homme de se maîtriser lui-même et de configurer la réalité à la mesure de l'homme. Le concept substantiel d'une raison qui existerait indépendamment de l'homme n'a pratiquement plus cours aujourd'hui dans la vision que la culture européenne a d'elle-même. Dans la société civile moderne, les intérêts et les attitudes, les expériences et les images du monde *des êtres „raisonnables“* (des individus concrets) sont *devenus pluriels*.

Dans ces conditions — celles du „*pluralisme factuel*“¹—, l'État de droit, les droits fondamentaux et les droits de l'homme sont une réponse à la question de savoir comment faire apparaître un monde plus juste.

Dans cette conférence, j'aimerais attirer votre attention sur certains problèmes liés à la conception du droit dans les sociétés pluralistes. Je commencerai en prenant un exemple dans la politique juridique allemande récente, un exemple qui me semble tout à fait illustrer une situation problématique ; cela me permettra, dans un deuxième temps, d'aborder la question de l'alternative que constituent dans la modernité, d'un côté, l'accroissement des libertés et, de l'autre, la détérioration de l'ordre, question à laquelle je répondrai en renvoyant au pluralisme comme présumé du droit. Dans ce contexte, j'évoquerai un changement de paradigme, de celui de l'État à celui de la constitution. Enfin, dans un troisième temps, je plaiderai pour la défense de l'État de droit, et je conclurai en me prononçant en faveur d'une conception formelle du droit positif pour laquelle les droits de l'homme constituent la „norme fondamentale“.

¹ Voir H.-J. SANDKÜHLER 1996a, 1996b, 1996c (cf. biblio.). Le concept a été développé par John Rawls d'abord dans *Justice as Fairness* (1994a) puis a encore fait l'objet de nouveaux développements dans le cadre d'une différenciation du „pluralisme „factuel“ et du pluralisme „raisonnable“.

1. Le pluralisme et le droit : une situation problématique

Il est beaucoup question, ces temps-ci, dans les débats philosophiques et politiques des cultures. Lorsqu'on aborde le problème sous un angle positif, on parle d'*interculturalité* ou de *multiculturalité*, lorsqu'on l'aborde sous un angle négatif, en revanche, on agite la menace d'une „ *guerre des cultures* “ qui serait en train de se substituer aux conflits traditionnels, qu'ils soient sociaux, économiques ou politiques. De fait, il y a bien dans les sociétés modernes une „ querelle des cultures “. D'une manière non moins pressante qu'entre des cultures qui sont „ étrangères “ les unes aux autres, se pose le problème de la coexistence des diverses attitudes culturelles au sein d'une même société dès lors que celle-ci exprime son organisation dans le concept de *pluralisme*² et dont le problème central réside dans la relation entre l'individualité et la socialité, entre la liberté et l'ordre.

Dès l'instant que l'on cherche à se faire une idée claire sur les fondements d'un État de droit démocratique adapté à ces sociétés, on est d'emblée systématiquement confronté à deux questions :

1. Existe-t-il des raisons relevant d'un droit pré-positif, qui, dans les conditions d'un *pluralisme* des images du monde, des attitudes axiologiques et des compréhensions du droit, peuvent prétendre à une validité universelle³ ?
2. Peut-on concilier le fait d'exiger de telles raisons non seulement avec l'abandon des affirmations axiologiques *matérielles*, particulières et non susceptibles de consensus, mais encore avec leur remplacement par des principes *formels*, ayant une validité universelle, tels que ceux requis par la démocratie pluraliste ?

La conviction qu'il n'existe aucune éthique jouissant d'une force d'obligation et d'une reconnaissance universelles qui puisse valoir de fondement à l'action morale dans la société est une conviction qui procède d'une description réaliste de la culture civile de notre époque. Certes, les présupposés essentiels de l'existence humaine peuvent être fondés dans l'éthique philosophique. Mais, pour la philosophie, ce serait succomber à

2 Voir sur ce point pour plus de détails H.-J. SANDKÜHLER 1996a, 1996 b, 1996c, de même que les contributions dans : R.A. MALL et H. J. SANDKÜHLER, 1996.

3 Cf. E. DENNINGER, 1994.

une illusion que de considérer que ses solutions normatives sont telles que chacun soit disposé à les adopter et à agir conformément à elles. Dans les cultures dont les pratiques et les pensées sont plurielles, les formes d'absolu se sont volatilisées, et les individus et les groupes sont également fondés à s'épanouir librement⁴. Aussi, avant même qu'il ne soit, d'une manière générale, question du besoin de justice, la nécessité d'un ordre social se retrouve d'emblée face à cette question qui, dans notre société, semble faire l'objet d'une réponse consensuelle : n'est-il pas du ressort du *droit* de transformer le pluralisme absolu en un pluralisme *relatif*⁵, c'est-à-dire en un pluralisme borné par ce qui est fondamentalement commun, de sorte à résoudre les problèmes résultant de la diversité des raisons et des conséquences dont s'entourent la pensée et le comportement⁶ ? Or ce qu'il y a là d'évident ne cesse de se révéler toujours plus problématique ; même dans le domaine du droit, le consensus est fragile.

Voici un exemple actuel qui a déclenché récemment en Allemagne de violents débats. Il s'agissait de savoir s'il peut être permis de placer sur les murs des écoles publiques des croix en tant que symboles chrétiens. La querelle, déclenchée par la directive de la Cour Constitutionnelle, permet de comprendre dans quelle mesure les attitudes morales et religieuses traditionnelles ont perdu leur force d'obligation. Ce qui, à vrai dire, est moins évident pour l'observateur normal, c'est la réalité qui fait que ce conflit est tout bonnement *programmé* dans le droit constitutionnel allemand.

La directive litigieuse dit ceci : „ la mise en place (sous tutelle de l'État) d'une croix ou d'un crucifix dans les salles d'enseignement d'une école obligatoire publique, qui n'est pas une école confessionnelle, contrevient à l'article 4 section 1 de la Loi fondamentale. “ Cette *directive*, parfaitement claire dans cette affaire, a été perçue comme une provocation parce qu'on a eu l'impression fautive qu'elle portait atteinte au droit fondamental au libre exercice de sa religion. Mais c'est d'autre chose qu'il s'agit, et de quelque chose beaucoup plus lourd de conséquences pour l'État de droit, à savoir du *conflit*, structurellement programmé dans cette société, *entre le droit et l'État*. En effet, la Constitution de la République de Bavière institue

4 Cf. O. HÖFFE, 1998, p. 106.

5 Cf. *Ibid.*, p. 112.

6 Cf. H. RIDDER, 1975.

comme „buts suprêmes de l'éducation (...) le respect envers Dieu, le respect des convictions religieuses et de la dignité humaine“ ; et pose clairement que, dans les écoles communes à tous les enfants en âge scolaire obligatoire, les „élèves (doivent y être) instruits et élevés d'après les principes des confessions chrétiennes“ ; s'appuyant sur ces normes, le Règlement des écoles primaires requiert donc qu'une „croix soit mise en place dans toutes les salles de classe“. L'État entre par conséquent en contradiction avec le droit de la Loi fondamentale ainsi que le dit la directive de la Cour constitutionnelle : „De la liberté de croyance affirmée dans l'article 4 section 1 de la Loi fondamentale, s'ensuit le principe de la neutralité de l'État vis-à-vis des différentes religions et croyances ⁷.“

Néanmoins, ce principe constitutif de la société pluraliste, est déjà controversé dans la théorie juridique constitutionnelle. L'article 1.I. de la Loi fondamentale dit ceci : „La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.“ Voici maintenant ce qu'on lit dans un commentaire, représentatif, de la Loi fondamentale concernant le concept de *dignité humaine intangible* : „Sachant que la force d'obligation et d'engagement d'une constitution ne peut en fin de compte être fondée que sur des *valeurs objectives*, le législateur constitutionnel, étant donné qu'une référence à Dieu comme cause première de toutes les créatures ne pouvait être imposée, s'est réclamé de la valeur morale de la dignité humaine ⁸.“ L'accent est alors mis sur le fait que l'article 1 livre „dans l'institution étatique (...) le critère axiologique valant pour toutes les activités de l'État, car il définit et limite les fins et les devoirs de l'État, et il définit la légitimité de l'État et du droit, à partir des valeurs d'une éthique personnelle ⁹.“ Ce qui apparaît ici plutôt inoffensif, se révèle sous son vrai jour dans une note explicative en base de page comme une attaque de la doctrine juridique constitutionnelle contre les principes de la démocratie pluraliste : „Il ne devrait pas y avoir de discussion sur les *concepts* quant à cette fondation axiologique. Certes, on peut dire que l'article 1.I a été réceptif au “droit naturel du type moderne” (...). Jamais, en tout cas, on pourra dire qu'il est non juridique d'appliquer les théories spécifiquement chrétiennes à

⁷ BverfGE-16.5.1995, dans : *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 2477, 2478s.

⁸ Th. MAUNZ et G. DÜRIG, 1994, r. 1. (Souligné par moi. H.-J. S.)

⁹ *Ibid.*, r. 15.

l'interprétation du droit, auquel a été réceptive la constitution et qu'elle suppose (...). La conception chrétienne du droit naturel n'a cessé d'embrasser aussi la doctrine profane en vigueur (...). Que le droit naturel profane vienne en quelque façon à dévier du droit naturel chrétien, il suffit alors dans le doute de vérifier, exactement comme on le fait pour les déviations historiques, pour tomber à nouveau sur la racine chrétienne commune¹⁰. “ La Loi fondamentale ne connaît aucune „ neutralité axiologique “. Mieux, „ un énoncé *normatif* émanant du droit constitutionnel objectif tel que celui relatif à l'intangibilité de la dignité humaine, (recèle) un énoncé axiologique, qui est quant à lui sous-tendu par un énoncé portant sur une donnée *ontologique*. “ Ce qui revient à dire que le contenu de n'importe quel droit garantissant la liberté individuelle prend ses racines dans le droit supra-positif ¹¹.

Voilà donc énoncés quelques-uns des problèmes essentiels auxquels doivent faire face la démocratie et le droit, la théorie démocratique et la théorie juridique. Le pluralisme tend vers un conflit *pratique* avec les fondations de normes relevant du droit naturel privé, et dans le domaine *théorique*, c'est sur la base de *convictions* subjectives qu'on se décide de régler le problème de la théorie du droit — à savoir si les théories normatives procèdent d'ontologies, et si les énoncés *déontologiques* procèdent d'énoncés *ontologiques*. Cela dit, la question décisive est précisément de savoir si et comment des critères peuvent être formulés qui soient à même d'astreindre le droit, les lois et la puissance étatique — en reconnaissant la légitimité du pluralisme (relatif) — à une *norme fondamentale* qui, de son côté, ne soit pas susceptible d'être relativisée. On peut y répondre provisoirement : si le droit possède cette norme fondamentale, base de sa dimension morale et rationnelle, ce n'est pas dans telle ou telle vision privée du monde et du droit, mais uniquement dans les *droits de l'homme* dont il a le devoir de garantir la réalité pratique. Toutes les raisons et les fins qui, procédant *d'images du monde, de convictions et de positions axiologiques privées*, viennent se surajouter ne fondent aucun droit universel et, dans le cadre démocratique, se révèlent impropres à servir l'intérêt de la garantie juridique par rapport à l'édition du droit par l'État et à la création de droit par le pouvoir judiciaire.

¹⁰ *Ibid.*, n. 2.

¹¹ *Ibid.*, r. 46, r. 17 et 1.II, r. 81.

Mon esquisse du problème serait par trop incomplète — ce qu'elle est de toute manière —, si je ne faisais pas mention d'un autre problème central pour la philosophie du droit. En effet, la démocratie et l'activité individuelle présupposent la faculté de produire un *jugement émancipé (majeur)*, témoignant d'un sens de la responsabilité à l'égard de soi-même et d'autrui. Il faut se demander quelle est la raison qui influe de telle sorte que la faculté de juger et, par delà, la responsabilité *et* la culpabilité d'une personne jouissant de ses droits soit limitée. Le sujet capable de juger — perspective et mission des politiques sociale, éducative, juridique — est le présupposé d'une forme élargie de démocratie¹². Anticipant les justifications que j'amènerai par la suite, je dirais qu'une doctrine juridique moderne trouve un fondement résistant dans le recours aux traditions historiques de la société civile dans lesquelles se sont élaborées les *idées philosophiques universelles du droit*. Elle peut s'appuyer sur la théorie kantienne du *sensus communis* exposée dans la *Critique de la faculté de juger* (§ 40), et donc sur l'idée d'„une faculté de juger qui, dans sa réflexion, tient compte, lorsqu'elle pense (*a priori*), du mode de représentation de tous les autres êtres humains afin de rattacher son jugement *pour ainsi dire* à la raison humaine dans son entier, et ainsi échapper à l'illusion qui, produite par des conditions subjectives de l'ordre du particulier, exercerait sur le jugement une influence néfaste¹³. “ Je tiens les principes du sens commun formulés par Kant pour le meilleur fondement permettant de penser l'altérité d'autrui, y compris dans le domaine du droit ; ces principes consistent dans la réunion de „1. Penser par soi-même ; 2. Penser en se mettant à la place de tout autre être humain ; 3. Penser toujours en accord avec soi-même. La première est la maxime de la pensée *sans préjugé*, la deuxième celle de la pensée *ouverte*, la troisième celle de la pensée *conséquente*.“ Kant oppose explicitement l'égoïsme au pluralisme, et cela signifie „se concevoir et se conduire (...) comme un simple citoyen du monde¹⁴. “

¹² Cf. pour plus de détails, H.-J. SANDKÜHLER, 1991, p. 370-391.

¹³ E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, trad. Jean-René Ladmiral, Marc B. de Launay et Jean-Marie Vaysse, in *Œuvres philosophiques II*, Paris, Gallimard, 1985, p. 1072-1074 (*trad. modif.*).

2. Gain de liberté ou perte d'idées ? Le pluralisme dans les faits et le concept du droit

On lit, dans la *Déclaration des droits de Virginie* : „, article 1 : *Par nature*, tous les hommes naissent également libres et indépendants “ ; dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948* : „, Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de *raison* et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. “ La solidarité ne résulte donc pas spontanément et nécessairement de la liberté et de l'égalité des hommes (ils *doivent* agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité) ; elle doit être érigée en norme parce que le fait d'être „ également libres et indépendants “ et la „ différence entre moi et autrui “ sont des équivalents. Les hommes sont également libres du point de vue de l'individualité ; en tant qu'ils relèvent de l'„ insociable sociabilité “ (Kant), ils ne sont qu'indépendants.

La liberté ne fut souvent comprise que comme idée *politique*. Or la liberté ne signifie pas seulement que nous sommes des êtres politiquement libres, qui sont des fins en soi et non des objets à la disposition d'autrui. La liberté va plus loin et touche toutes les dimensions des relations de l'homme au monde ; elle touche même au plus profond, à savoir la *connaissance du monde*. Ni la nature ni le monde historique ne nous imposent de force une connaissance qui *leur* soit *adéquate*. Dans la connaissance et le comportement, ce que l'on appelle le MONDE objectif n'est jamais que *notre monde*. Les hommes sont, en tant qu'individus, maîtres des significations que le MONDE a pour eux. Dès lors que, de l'idée abstraite „ homme “, on en arrive à la manière dont les hommes existent — en tant qu'individus, en tant que personnes —, le pluralisme se révèle déjà — pluralisme des relations cognitives au monde, des émotions, des connaissances, des significations des choses et des positions axiologiques ; il apparaît comme forme et contenu précisément de cette liberté dont parlent les constitutions modernes. Dans les normes édictées par les droits de l'homme, il est expressément dit qu'aucun individu, aucun groupe, aucun État n'a de droits de contrainte sur nous dès lors qu'il s'agit de la manière dont nous développons notre connaissance du monde ou de celle

¹⁴ E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, trad. Pierre Jalabert, in *Œuvres philosophiques III*, Paris, Gallimard, 1986, p. 946-948.

dont nous préférons telles ou telles valeurs. C'est qu'il n'y a tout simplement, du point de vue de la philosophie de la connaissance, aucune raison qui justifierait de tels droits de contrainte : personne ne possède de *point d'Archimède*. On dira avec Nelson Goodman : „ Le monde peut être construit de bien des manières. “

En ce qui concerne, par conséquent, le passage de la théorie de la connaissance à l'éthique ou la philosophie du droit, une stricte démarcation est essentielle vis-à-vis de tout scepticisme ou de tout relativisme programmatique. Et cela vaut également pour les mondes possibles dans le domaine du droit ou de la théorie du droit. Si nous nous approprions le MONDE en faisant notre choix dans la pluralité des mondes possibles, cela a, à la fois, des conséquences quant au pluralisme des attitudes vis-à-vis de la morale et du droit, et quant au comportement politique dans la société et l'État.

Dans les déclarations des droits de l'homme, la „ liberté “ fut encore pensée en relation avec la „ grande “ RAISON — tout d'abord celle des Lumières, puis celle de la philosophie idéaliste de l'histoire. C'était là un reste de l'opposition entre une exigence féodale de totalité et l'individualité bourgeoise. Déjà, à l'instant de son intronisation, la „ grande “ RAISON était tombée en désuétude. „ Paix dans les chaumières, guerre dans les palais ! “ Dans ce que revendiquaient les droits de l'homme et dans l'idée de démocratie, les intérêts, les besoins, les expériences et les images du monde des *êtres raisonnables*, en tant qu'individus, s'étaient *pluralisés*. C'est là quelque chose qui est le plus souvent oublié dans le débat contemporain entre les défenseurs de la démocratie libérale dans la tradition des *Federalist Papers* et les critiques du libéralisme. Quelqu'un, disons comme Alasdair MacIntyre, qui souligne une perte du consensus axiologique et réclame un retour aux „ valeurs anciennes “, met entre parenthèses ce qu'il y a de fondateur dans le pluralisme factuel auquel donne lieu la connaissance du monde et qui concerne tout à la fois les analyses des comportements et des attitudes et les éthiques normatives.

La situation dans laquelle nous parlons du *droit* est paradoxale. En devenant prédominants dans la modernité, la subjectivité et les droits individuels ont créé des collisions d'intérêts et *pour cette raison même* une juridicisation des relations quotidiennes dans la vie des hommes, lesquelles étaient jusque-là réglées par la conformité à la morale ou aux mœurs. On peut ramener ce paradoxe à une formule simple : *plus il y a de liberté, plus*

il y a de droit ; plus il y a de droit, plus il y a d'État ; plus il y a d'État, moins il y a de liberté, et plus est grand le besoin de droit. On est d'emblée frappé par au moins deux conséquences :

1. La liberté et la justice se sont développées dans la modernité sur la base d'une *séparation entre la société et l'État*. L'idée des droits de l'homme, qui est due à tout individu par nature (par raison), est une idée qui vise à garantir *la liberté au moyen du droit* contre la tutelle, voire contre l'oppression de l'État. Néanmoins, sa réalisation est livrée à l'*État* en tant qu'institution édictant le droit. Les droits fondamentaux ¹⁵, en tant qu'ils sont limités à n'être que des droits civiques garantis par l'État, sont donc une „réponse (problématique) à la question de fond, restée inchangée, du rapport entre la liberté individuelle et l'ordre politique ¹⁶. “

2. Eu égard au fait que non seulement l'idée de droit et l'instauration du droit mais encore le droit et l'État se limitent réciproquement — ce qui est contradictoire, la plupart des philosophies du droit ont suivi la stratégie consistant à trouver les *causes du droit juste* dans des présupposés substantiels, en l'occurrence dans l'homme en tant que créature de *Dieu*, ou encore dans la raison humaine. C'est de cette stratégie que procèdent le statut normatif et la fonction critique de la théorie du droit. C'est de cette stratégie que résulte la fonction toujours plus critique et toujours plus normative de la théorie du droit. Elle devient donc le miroir d'une perte de confiance progressive dans la justice effective et dans la validité du droit. L'une des raisons essentielles de cela est que — en compensation de la pluralité des intérêts et des compréhensions subjectives du droit — les *institutions* du droit, de la domination et de l'État doivent garantir un *ordre* qui est de plus en plus perçu comme abstrait et étranger au monde vécu. Ce processus historique se caractérise par l'extension permanente (du droit), par l'éloignement du droit et de la morale et par l'enchevêtrement croissant du droit et de la politique. Cela étant, „l'extension permanente de la domination de l'État “ va en même temps „de pair avec le souci de la limiter en la remettant sur le chemin du droit. La fonction du droit est aujourd'hui les deux à la fois. D'un côté, il est un instrument de domination (...). De l'autre, il sert à limiter le pouvoir de l'État ¹⁷. “

¹⁵ Cf. R. ALEXU, 1992.

¹⁶ B. PEIROTH et B. SCHLINCK, 1994, p. 21.

¹⁷ U. WESEL, 1993, p. 198s.

Le philosophe du droit doit aujourd'hui partir d'un état de fait, riche de conséquences pour le statut et la fonction du droit, à savoir un changement de paradigme qui fait que l'on passe d'une „pensée de l'État“ à une „pensée de la constitution“¹⁸. Avec la conception de l'*État social*, devenu „un État planificateur, répartiteur, créateur, un État tel que la vie individuelle et la vie ne sont possibles que par lui“, la solution à partir de ce qui a été jusqu'ici la „fixité de l'État“, l'„orientation vers la constitution référée à l'État et la société“ et vers „la démocratie comme „forme de vie““ apparaissent comme des moments de passage „du point de référence que fut l'État à celui que tend à être désormais la constitution.“ Dans la tradition juridique et étatique allemande, la constitution était en premier lieu „une constitution étatique“ au service de l'„engagement juridique, venant en supplément, que prenait le pouvoir étatique pensé comme toujours déjà existant“. L'insistance avec laquelle, aujourd'hui, on parle d'une pensée de la *constitution* est une réaction à la réalité manifeste selon laquelle le pouvoir politique et la capacité décisionnelle, comprise à l'échelle de la société dans son ensemble, ne doivent pas être simplement présumés mais, au contraire, ne doivent se former que dans les processus complexes qui contribuent à la formation de l'unité politique.

Dans le même temps, une nouvelle appréciation de la *positivité du droit* caractérise bien ce changement dans la culture juridique. Alors que dans la société civile, depuis le XVII^e siècle, les conceptions du droit qui donnaient la mesure étaient des conceptions dans lesquelles le *droit*, en tant qu'il était *donné*, n'avait pas besoin d'être fondé *en raison* et pouvait prétendre être valide, quoique statique et non susceptible de modifications, ce qui est en passe de prévaloir aujourd'hui c'est l'idée que le droit est un droit *que l'on pose* et *que l'on rend positif* — un droit, en quelque sorte, „positivé“. Dès lors, si, comme résultat de ce processus, l'activité individuelle et l'activité collective ne sont plus dans les faits réglées par des „normes éternelles“ indubitables, on comprend que la théorie juridique elle-même soit prise dans cette *pluralisation*. Il devient, par conséquent, de plus en plus important de distinguer les *versions justes du droit* de celles qui ne le sont pas. Toute conception du droit, en effet, ne satisfait pas de la même façon aux fonctions suivantes : 1. La fondation de

¹⁸ Je me réfère ici et dans ce qui suit à l'analyse d'A. RINKEN, 1991, p. 210-215.

l'État à partir de la *constitution* (et non l'inverse) ; 2. La fondation en raison de l'*autonomie du droit* vis-à-vis du pouvoir politique ; 3. L'adaptation aux *exigences de régulation et d'intégration* d'une société pluraliste et 4. La fondation et la réalisation de la *démocratie* comme forme structurante de tous les domaines de l'État social et de la société ¹⁹.

Cela étant dit, aucun problème n'est encore résolu, mais de nouveaux sont apparus. En effet, s'il est impossible, compte tenu du „pluralisme factuel“, de „désigner un système de normes fixant un comportement juste qui soit non seulement sans lacunes mais qui encore apparaisse comme pertinent à chacun, il est en revanche requis de décider ce qui doit être de bon droit. Ou, pour le dire avec Gustav Radbruch : „Nul n'est à même de fixer ce qui est juste, mais on est tenu d'établir ce qui doit être de bon droit“ ²⁰. „ Si l'on veut éviter un décisionnisme, il est nécessaire que „les lois et les institutions politiques soient soumises à une critique morale“, et c'est avant tout dans la *justice politique* en tant que „concept fondamental d'une critique morale de l'État et du droit“ ²¹ „ que la critique trouvera son critère.

3. De la critique de l'État au plaidoyer pour l'État de droit

On fait valoir aujourd'hui, notamment du côté communautariste, qu'il n'y a aucune solution à attendre aux problèmes de notre époque d'une „ *politique conçue comme posture prédatrice* “. On critique le programme de la démocratie libérale en disant qu'il n'aurait que „peu de sympathie pour l'idéal civique qui tient les hommes, de par leur nature, pour des êtres politiques.“ Être citoyen d'un État serait, pour les *libéraux (liberals)* „un rôle artificiel dans lequel l'homme naturel se réfugierait par prudence, afin de protéger le caractère solitaire de son être-homme“ ²². „ Pour cette raison, on s'étonnera peut-être que communautaristes et libéraux s'accordent largement dans une stratégie — celle d'une *critique de l'État*, visant à exiger sa limitation. Les uns veulent le limiter au nom de la socialité et de l'intérêt commun dont la protection serait mieux garantie dans la famille et dans les groupes, les autres au nom de la liberté de l'individu.

¹⁹ Cf. A. RINKEN, 1991.

²⁰ *Ibid.*, p. 77.

²¹ O. HÖFFE, 1994, p. 11.

²² B. BARBER, 1994, p. 1988.

Une telle stratégie est risquée dès lors qu'il n'y a plus de métaphysique de la „raison substantielle“. Communautariens et libéraux ne tiennent aucun compte du fait que, précisément, le „pluralisme factuel“ nous contraint à réfléchir à nouveaux frais à la cohérence de cet ensemble que forment la liberté, le droit et l'État. Certes, la globalisation de l'économie individualiste néo-libérale a pour corollaire une idéologie solipsiste, toutefois la pluralisation s'accompagne elle aussi d'une nouvelle culture, dans laquelle se croisent des cultures distinctives, se chevauchent les histoires et se superposent les territoires. *C'est dans cette nouvelle culture que les droits de l'homme ont leur place.* Avec les droits de l'homme, ce que les philosophes appellent l'„être-au-monde“ de l'homme devient concret et global. Être dans la généralité universelle des droits de l'homme, c'est être réellement dans le monde. Ce „monde“, ce n'est plus ni l'État-nation²³, ni l'économie nationale. Pluralisme et droits de l'homme inaugurent un nouveau type d'alliance. Relèvent de cette alliance, d'un côté, la fin de la réalité étatique nationale et, de l'autre, la redécouverte de l'identité régionale culturelle et de l'autonomie locale en tant que fondements de notre citoyenneté dans le monde. Pour le dire autrement, l'uniformisation de l'homme dans l'idée de la justice et du droit s'accompagne d'une libération vis-à-vis de la différence culturelle qui existe dans la reconnaissance d'autrui et la mienne propre et rend ainsi possible l'identité. Le sujet des droits de l'homme n'est pas l'„homme en général“ hypothétique et abstrait, mais au contraire la personne d'une culture juridique.

Qu'est-ce que cela signifie pour la question des fonctions et des limites de l'État ? Cela signifie que l'on doit se libérer de toutes les fonctions de l'État autoritaire *et* que l'on prenne la défense de l'État de type nouveau, l'État du droit, dans toutes ses tâches essentielles. Les fonctions qui constituent une menace sont celles que l'État a dérivé de l'ontologie de la nation, de l'idéologie de la race et de la préséance accordée à des intérêts économiques particuliers ; les fonctions qu'il s'agit de défendre sont celles qui reviennent à l'État constitutionnel en tant qu'organe du droit dans l'intérêt de la dignité et de la liberté personnelle. En appeler à „moins d'État“ n'est pas *a priori* le fait de la voix de l'émancipation. Tant dans la conception stalinienne que dans la conception néo-libérale, la limitation de l'État de droit conduit à l'abolition de l'espace public et au renforcement

²³ Mais voir également G. FRANKENBERG, 1988.

des intérêts, qui ne donnent droit, en aucune façon, à des privilèges dans les sociétés pluralistes. Avec la critique délégitimante de l'État va souvent de pair une légitimation de la terreur du particulier.

La globalisation d'une forme dominante de particularité et d'intérêt privé a cessé d'être un scénario utopique — elle porte un nom : le „ capitalisme “. Dans ces conditions, que signifie l'„ *Adieu à l'État* “ que l'on exige au nom de la liberté ? „ Avec, d'un côté, l'État social, écologique et économique et, de l'autre, les régimes trans-, inter- et supranationaux, les métamorphoses les plus importantes sont désignées, au moyen desquelles l'État moderne réagit aux situations problématiques engendrées par le capitalisme. Toutefois, n'est pas encore suffisamment tirée au clair la question de savoir s'il s'agit d'une métamorphose (...) pour laquelle le plan de construction, le modèle, demeure reconnaissable à travers tous les changements de forme, ou s'il s'agit d'une métamorphose qui signifie une déchéance, une dégradation. Se pourrait-il que le capitalisme moderne représente, au niveau de l'histoire mondiale, un nouveau type d'ordre social dont l'expansion s'effectuerait *à la longue* ²⁴ aux dépens de la réalité étatique ? “ Max Weber pouvait encore voir „ l'État comme le vainqueur du conflit entre les configurations de l'ordre “. Il n'empêche que, alors que l'État moderne est directement né, en tant qu'État de droit et État constitutionnel, d'un contre-mouvement contre le chaos et s'est évertué à le conjurer durablement en créant une constitution reposant sur un pacte, le capitalisme est un ordre qui se fabrique à partir du chaos (...) — avec les coûts élevés que l'on connaît et qui sont à la charge du perdant. Bien des indices suggèrent que, dans le conflit entre ces types d'ordre, le dernier nommé est celui qui mène le jeu et contraint l'État à battre sans cesse en retraite ²⁵. “

Au regard de la globalisation capitaliste, d'une part, *et* à la problématique constante d'une possible dégénération de l'État en État de violence, d'autre part, je me garderai bien de plaider en faveur de l'„ État “ sans plus de façons. Les principes de justice, d'égalité et de liberté dont seule la réalisation peut permettre à la simple vie en commun de devenir une „ vie bonne “, doivent avant tout être défendus aujourd'hui à travers l'élaboration d'un équivalent, *au niveau de la société civile*, de la globalisation

²⁴ N.d.T. : en français dans le texte.

²⁵ S. BREUER, 1998, p. 289s.

économique, à travers une mise en réseau à l'échelle mondiale de stratégies et d'actions visant à imposer et à garantir les droits fondamentaux et les droits de l'homme. Il n'y a guère lieu de supposer que les libertés humaines puissent coexister en harmonie sans un certain État — et sûrement pas sans un État de droit qui garantisse les droits fondamentaux et les fonde dans les droits de l'homme. La question des buts de l'État, de leur légitimité morale, et celle des limites de son pouvoir sont immédiatement liées au concept même d'État : l'État n'a aucune stabilité ontologiquement garantie, il court au contraire le danger permanent de perdre sa légitimité si les citoyens cessent de le reconnaître comme forme de leur „engagement collectif“ (*Vergemeinschaftung*). Si l'on attend *la liberté par les moyens du droit* — contre l'oppression et la force étatique —, il s'agit alors de créer les conditions dans lesquelles la liberté individuelle, la reconnaissance de l'altérité, l'égalité collective et la justice cesseront d'être contradictoires.

Une fois encore, c'est le „pluralisme factuel“ qui place la relation entre le droit et l'État devant de nouveaux problèmes. Il est désormais tout aussi injustifiable de revendiquer que les normes juridiques soient fondées sur *une seule* éthique matérielle des valeurs, qu'il est injustifiable d'affirmer qu'il n'y a qu'*une seule* vérité. En conséquence, le droit positif se voit poser des limites étroites : 1. Une première qui se dégage de la question de savoir pourquoi tout simplement une réglementation est nécessaire ; et 2. Une seconde qui résulte du caractère de plus en plus *formel* de la constitution comme „norme fondamentale“.

Certes, les normes juridiques fondamentales des constitutions démocratiques fondent un système juridique dont le *contenu* est déterminé, n'est cependant pas établi *ce qui*, „sur la base des normes juridiques fondamentales, doit être“. Du caractère principiel des normes juridiques fondamentales, il s'ensuit qu'elles sont ouvertes et interprétables. Le système juridique est „vis-à-vis de la morale un système ouvert“²⁶. Puisqu'il est pratiquement impossible, dans la société, de ne pas décider et de renoncer à l'établissement de normes, le problème d'une relation entre l'État et le droit, qui trouverait ses critères dans la justice, semble insoluble. Néanmoins, une tendance historique observable donne motif à espérer. Je renverrai, une fois encore, *au changement de paradigme, de*

²⁶ R. ALEXY, 1996, p. 494s.

l'État autoritaire à l'État constitutionnel. La démocratie ne peut plus être seulement comprise comme un simple principe d'organisation *étatique* ; en vertu de sa propre idée, elle est une autocratie des citoyens, il lui faut donc en tant que telle englober la totalité de la société civile. Elle est le „principe qui détermine en premier lieu“ l'ordre de la conformité constitutionnelle ²⁷.

Mais, pour autant, nous n'avons toujours pas décidé de ce que signifiait et devait être la „démocratie“. À l'instar de la culture juridique, les modèles politiques sont aussi, en tant qu'interprétations capricieuses et spécifiques de la domination juste, (inscrits dans) des contextes culturels. Cela a pour corollaire que les conceptions de la démocratie qui sont susceptibles de produire un consensus doivent être *formelles* ; elles se définissent essentiellement de manière procédurale. L'une d'entre elles, cependant, est indissolublement liée au concept de démocratie : cette forme de domination dans laquelle les citoyens „s'installent“, eux et leur État, „dans le droit“ est l'expression de l'interdépendance de l'État et de la société. C'est donc pour cette raison qu'„il est impossible que le principe démocratique se réalise pleinement dans le domaine étatique dans une démocratisation de la société.“ C'est à ces droits fondamentaux et aux principes qui, fondés sur eux, conditionnent la réalité de l'État social, celle de l'État de droit et la démocratie, que „la législation, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire [obligent] de veiller, y compris dans le champ social, lorsqu'il s'agit de rendre effectives les décisions fondamentales²⁸.“

La démocratie moderne réclame des principes de justice, d'égalité et d'universalité du droit qui soient *formels* et qui soient *neutres* vis-à-vis des interprétations du monde. Les principes possèdent leur validité en tant que *droit positif formel*. Cela signifie qu'il faut parler, avec celui que les nazis ont chassés d'Allemagne, Hans Kelsen, de „la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif, même s'ils se présentent, en toute bonne foi, comme l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe ²⁹.“ C'est là l'une des réponses qui ont pu être données en Europe

²⁷ A. RINKEN, 1991, p. 210-215.

²⁸ AK, p. 1336. STEIN, Art. 20 § 1-3, II 46-49. Cf. RIDDER, 1975

²⁹ H. KELSEN, 1985, p. XI ; trad. franç., 1962, p. IX.

après l'expérience du fascisme, c'est-à-dire après avoir fait l'épreuve de ce que non seulement l'État pouvait être l'ennemi potentiel des droits fondamentaux, mais encore de ce que la terreur contre les droits fondamentaux est aussi une menace qui peut venir des citoyens, et donc de nous³⁰. C'est une raison qui fait aussi que la société civile démocratique a besoin de l'État : le droit ne subit pas seulement l'État, il en a besoin en tant qu'institution à même de pourvoir à sa garantie³¹.

4. La justification de l'État et des droits de l'homme

La capacité fonctionnelle d'une démocratie politique dont on est en droit d'attendre la protection des droits fondamentaux repose toute entière, dans les conditions du capitalisme, sur sa capacité à se développer en *démocratie sociale*. Ce n'est qu'à ce prix — et en cela je suis la *Théorie de l'État* de Hermann Heller (parue en 1934) — que le pouvoir (*Gewalt*) étatique peut être un *pouvoir* (*Macht*) de droit ; cela signifie „non seulement d'agir, du point de vue la technique juridique, en pouvoir, mais encore de valoir d'autorité juste, susceptible d'obliger moralement la volonté. (...) La sanction (justification) de l'État n'est possible qu'à travers le lien de la fonction étatique à la fonction juridique. (...) Sans séparation du droit et du non-droit aucune justification de l'État n'est possible. Et cette séparation ne peut être accomplie que sur la base d'un critère juridique qui doit pouvoir être adopté en permanence par l'État et son droit positif³². “ Voilà désormais la question centrale : d'où prenons-nous ce critère juridique ? Dans la société pluraliste, il n'est plus possible de le déduire d'un droit divin, et même en ce qui concerne le droit qui nous reviendrait „par nature“, on sait qu'il y a conflit. Ma réponse sera donc la suivante : ce sont *les droits de l'homme „positivés“* qui constituent le seul critère juridique possible.

Dans leur „troisième génération“, les droits de l'homme „positivés“ sont devenus si concrets qu'il n'est même plus besoin de procéder aux déclamations vides d'une idéologie des droits de l'homme³³. Dans le même temps, ils ont conservés un niveau suffisant de généralité pour

³⁰ Cf. Th. MAUNZ et G. DÜRIG, 1994, Art. 18, r. 5.

³¹ Cf. E.-W. BÖCKENFÖRDE, 1992, p. 51.

³² H. HELLER, 1983, p. 246s.

³³ Cf. A. CASSESE, 1994.

assurer leur universalité et pour pouvoir exercer une force d'obligation sur les États, quelle que soit leur culture politique et juridique. Ce qui vaut pour les droits fondamentaux vaut également pour les droits de l'homme : l'exigence de droits, d'un côté, et l'ordre étatique, de l'autre, se conditionnent réciproquement en des constellations historiquement changeantes³⁴. Il ne s'agit donc ni de quelque chose d'abstrait, ni des droits de l'homme en tant que seule idée. Ce qui pose les droits de l'homme en fondements de l'État nouveau, c'est leur statut en tant que *droit*, et plus particulièrement en tant que *droit positif*. L'extension, la concrétisation et la positivation, en tant que lois, des droits de l'homme, ainsi que la transformation du droit international en un droit cosmopolitique supérieur aux États nationaux, constituent les présupposés essentiels de l'universalité et de la réciprocité qui s'attachent désormais à la garantie des droits fondamentaux entre les citoyens. Les droits de l'homme articulent la liberté politique que les hommes se garantissent mutuellement et universellement. Ce n'est pas l'État qui les garantit mais les citoyens en tant qu'ils „ sont en même temps les *auteurs* et les *destinataires* des exigences de liberté³⁵. “ Avec les droits de l'homme dans leur forme „ positivée “ la réalité a retrouvé une perspective utopique ; les droits de l'homme fondent donc *la* présupposition d'une culture juridique cosmopolitique qui, au sein d'États dont les empreintes culturelles sont tout à fait différentes, leur montre à chaque fois son propre profil.

Les droits de l'homme sont la réponse décisive à la question de savoir dans quelle mesure et de quelle manière la liberté, l'égalité, la pluralité et la solidarité peuvent être harmonisées. Dans le concept de solidarité, il est évident que le droit des droits de l'homme contient quelque chose de plus qu'une simple juridicisation formelle. Ici, les avis divergent : le néolibéralisme propage une société sans solidarité³⁶ ; celui qui plaide pour l'État de droit s'est, quant à lui, décidé en faveur du principe de solidarité ; celui qui plaide pour l'État de droit revendique qu'il y ait non seulement une universalisation des droits en faveur de la liberté politique, ou des droits civiques, mais encore une universalisation des droits économiques et

34 Cf. sur ce point W. SCHMALE, 1997.

35 R. FORST, 1996, p. 226.

36 *Ibid.*

sociaux, car ce sont ces droits-là qui obligent les sociétés riches développées à se montrer solidaires des sociétés pauvres ³⁷.

Je résume : la fondation des normes et le rapatriement des lois sur le droit — plus précisément, sur la „ norme fondamentale “ qu’est la constitution —, n’est pas possible si l’on ne va fonder plus profondément les droits fondamentaux dans les droits de l’homme. *La seule fondation matérielle aujourd’hui pensable qui vaille pour la „ norme fondamentale qu’est la constitution “ consiste dans la totalité des droits de l’homme.* Cette thèse inclut la dimension énoncée dans le concept de solidarité de *devoirs humains* non-juridicisés, qui ne sauraient résulter — pas plus que les droits fondamentaux — d’un droit instauré par l’État ou par une quelconque instance supra-étatique.

Au problème de la fondation de l’État de droit est couplé celui de l’universalité des droits de l’homme. Les États doivent pouvoir identifier une raison qui leur permette d’adapter le droit intérieur aux normes convenues, faute de quoi celui-ci tomberait en contradiction avec les droits de l’homme. Dans les conditions du „ pluralisme factuel “, les présupposés essentiels pour un *droit* des droits de l’homme, droit universel qui prenne en même temps en considération la diversité des cultures, se sont développées non seulement à *l’intérieur* des sociétés, mais encore *entre* les cultures, les sociétés et les États ; ce sont : 1. La médiation entre l’universalité juridique cosmopolitique et les diverses positivations des droits fondamentaux au sein des États — positivations au demeurant attentives aux cultures juridiques historiques ; 2. Un „ *non* “ décidé au relativisme qui conduit à l’ethnopluralisme, c’est-à-dire à la ghettoïsation des cultures et des hommes. Lorsque je parle de l’universalité des droits de l’homme, je ne fonde pas cela à partir d’une éthique universaliste d’origine européenne, mais je renvoie au factuel, aux innombrables pactes concrets qui sont de par le monde devenus des normes juridiques en se fondant sur les droits de l’homme. Certes, elles sont enfreintes, mais cela ne dit rien contre leur force normative.

Pour ne pas contrevenir aux droits de l’homme, il faut qu’elles soient élément et mesure du savoir propre à un monde vécu, ouvrant effectivement sur une pratique, un savoir d’*hommes capables de juger*. Sommes-nous majeurs et capables de juger ? C’est l’entente sur les formes

³⁷ E. DENNINGER, 1998 ; p. 335s.

de validité propres aux droits de l'homme qui y répondra, si tant est que, dans ces formes, la liberté, entre des cultures toujours „ autres “ comme au sein de sa „ propre “ culture, y est garantie.

Bibliographie :

Abou, S., 1984, *Cultures et Droits de l'homme : leçons* prononcées au Collège de France, Paris, Hachette, 1992 ; *Menschenrechte und Kulturen*, trad. du français par A. Franke et W. Schmale, avec une préface de W. Schmale, Bochum

Alexy, R., 1996³ [1985], *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden.

Barber, B., 1994, *Starke Demokratie. Über die Teilhabe am Politischen*, Berlin.

Bayertz, K. (Sous la dir. de), 1998, *Solidarität. Begriff und Problem*, Francfort-sur-le-Main.

Bayertz, K., 1995, „Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien“, dans : *Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie* 81, n^o. 4.

Bielefeld, H., 1992, „Die Menschenrechte als “das Erbe der gesamten Menschheit”“, dans : H. Bielefeld, W. Brugger, K. Dicke (sous la dir. de), *Würde und Recht des Menschen*, mélanges en l'honneur des soixante-dix ans de J. Schwartländer, Würzburg.

Bloch, E., 1961, *Naturrecht und menschliche Würde*, dans *Gesamtausgabe*, vol. 6, Frankfurt a.M. ; *Droit naturel et dignité humaine*, trad. Denis Authier et Jean Lacoste, Paris, Payot, 1976.

Bobbio, N., 1988, *Die Zukunft der Demokratie*, Berlin

Böckenförde, E.-W., 1992², *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt/M.

Breuer, S., 1998, *Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien*, Reinbek bei Hamburg.

Capaldi, N., 1998, „Was stimmt nicht mit der Solidarität ?“, dans : Bayertz 1998, S. 86-110.

Cassese, A., 1994 [1990], *Human Rights in a Changing World*, Cambridge.

Demmerling, Ch./ Th. Rentsch (sous la dir. de), 1995, *Die Gegenwart der Gerechtigkeit. Diskurse zwischen praktischer Philosophie und Politik*, Berlin.

Denninger, E., 1994, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim.

Denninger, E., 1996, „Recht, Moral und Politik. Demokratie contra Verfassung? Überlegungen zum Disput zwischen Ronald Dworkin und Jürgen Habermas“, dans : *Frankfurter Rundschau*, 17. 10. 1996, Nr. 241, S. 12.

- Denninger, E., 1998, „Verfassungsrecht und Solidarität“, dans : *Bayertz* 1998, S. 319-344.
- Forst, R., 1996, „Politische Freiheit“, dans : *Deutsche Zschr. f. Philosophie* 44 (1996), n° 2.
- Frankenberg, G., 1988, „Menschenrechte im Nationalstaat. Das Beispiel: Schutz vor politischer Verfolgung“, dans : U. Krug/ M. Kriele (sous la dir. de), *Menschen- und Bürgerrechte*, Stuttgart.
- Goldschmidt, W./L. Zechlin (sous la dir. de), 1994, *Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit*, Hamburg (DIALEKTIK 1994/1)
- Goodman, N., 1990, *Weisen der Welterzeugung*, Francfort-sur-le-Main ; *Manières de faire des mondes*, trad. Marie-Dominique Poppelard, Nîmes, Jacqueline Chambon, 1992.
- Goodman, N./C. Elgin, 1993 [1989], *Philosophie und andere Künste und Wissenschaften*, trad. par B. Philippi, Francfort-sur-le-Main ; *Esthétique et connaissance*, trad. Roger Pouivet, Combas, L'Éclat, 1990.
- Habermas, J., 1994⁴ [1992], *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M. ; *Droit et Démocratie*, trad. Chr. Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997.
- Hassemer, W., 1972, „Rechtsphilosophie“, dans : A. Görlik (sous la dir. de), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Munich
- Heller, H., 1983 [1934], *Staatslehre*, reprise par G. Niemeyer, 6^e éd. rév., Tübingen.
- Höffe, O., 1988, *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zu Rechts- und Staatsethik*, Stuttgart
- Höffe, O., 1994, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Francfort-sur-le-Main.
- Hoffmann, J. (sous la dir. de), 1995, *Die Vernunft in den Kulturen - Das Menschenrecht auf kultureigene Entwicklung*, tome 3 des *Symposien*, Francfort-sur-le-Main.
- Kelsen, H., 1985 [1934], *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1^e éd. avec préf. de S.L. Paulson, Aalen ; *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- Lambrecht, L., 1990, „Demokratie“, dans : Sandkühler 1990, vol. 1

- Maunz, Th./G. Dürig, 1994, *Grundgesetz. Kommentar*, vol. I, art. 1-12, fasc. 1-31, Munich
- Maus, I., 1994, „Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit“, dans : W. Goldschmidt/ L. Zechlin (sous la dir. de), *Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit*, Hamburg [DIALEKTIK. 1994/1].
- Mohr, G., 1997, „Der Begriff der Rechtskultur als Grundbegriff einer pluralistischen Rechtsphilosophie“, dans : B. Falkenburg/ S. Hauser (sous la dir. de), *Modelldenken in den Wissenschaften*, Hamburg [DIALEKTIK 1997/1].
- Petersen, Th., 1995, „Die Freiheit des Einzelnen und die Notwendigkeit des Staates“, dans : Ch. Fricke/ P. König/ Th. Petersen (sous la dir. de), *Das Recht der Vernunft. Kant und Hegel über Denken, Erkennen und Handeln*, Stuttgart-Bad Cannstatt.
- Pieroth, B./ B. Schlink, 1994¹⁰, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg.
- Radbruch, G., 1959² [1947], *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen
- Radbruch, G., 1963 [1932³], *Rechtsphilosophie*, 6^e éd. sous la dir. d'Erik Wolf après la mort de l'auteur, Stuttgart
- Rawls, J., 1994, *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze, 1978-1989*. éd. sous la dir. de W. Hinsch, Frankfurt/M. ; *Justice et Démocratie*, trad. Catherine Audard, Paris, Seuil, 1993.
- Rawls, J., 1994a, „Gerechtigkeit als Fairneß: politisch und nicht metaphysisch“, dans : Rawls 1994. [„Justice as Fairness: Political not Metaphysical“, dans : *Philosophy and Public Affairs* 14(1985)]. „La Théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique“, trad. Catherine Audard dans trad. franç. de 1994a.
- Ridder, H., 1975, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen.
- Riedel, E., 1992, „Vom Grund des Grundgesetzes. Zu den Möglichkeiten normativer Begründung durch Menschenrechte, Grundrechte und Grundwerte“, H. Bielefeld, W. Brugger, K. Dicke (sous la dir. de), *Würde und Recht des Menschen*, mélanges en l'honneur des soixante-dix ans de J. Schwartländer, Würzburg.
- Rinken, A., 1991², *Einführung in das juristische Studium. Juristenausbildung, Juristenpraxis und Juristenfunktion im demokratischen Verfassungsstaat*, Munich.

- Sandkühler, H. J. (sous la dir. de), 1990, *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, 4 vol., Hamburg
- Sandkühler, H. J., 1991, „Die Wirklichkeit des Wissens. Geschichtliche Einführung“, dans : *die Epistemologie und Theorie der Erkenntnis*, Francfort-sur-le-Main.
- Sandkühler, H.J., 1996, „Das Recht und die pluralistische Demokratie. Naturrecht, Rechtspositivismus, Menschenrechte“, dans : H.J. Sandkühler und R.A. Mall (sous la dir. de) *Das Selbst und das Fremde - Der Streit der Kulturen*, Hamburg, [DIALEKTIK 1996/1].
- Sandkühler, H.J., 1996a, „Pluralismus“, dans : G. Abel/ H.J. Sandkühler (sous la dir. de), *Pluralismus - Erkenntnistheorie, Ethik, Politik*, Hamburg [DIALEKTIK 1996/3].
- Sandkühler, H.J., 1998, „Die Universalität des Rechts und das Faktum des Pluralismus“, dans : R. Fornet-Betancourt (sous la dir. de), *Armut im Spannungsfeld zwischen Globalisierung und dem Recht auf eigene Kultur*, Francfort-sur-le-Main, p. 131-144.
- Schmale, W., 1997, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit*, Munich.
- Schoeck-Quinteros, E./L. Quinteros-Yañes, 1990, „Menschenrechte und 'Dritte Welt'“, dans : Sandkühler 1990, vol. 2
- Seelmann, K, 1994, *Rechtsphilosophie*, Munich
- Weber, M., 1966², *Staatssoziologie, Soziologie der rationalen Staatsanstat und der modernen politischen Parteien und Parlamente*, éd. sous la dir. de J. Winckelmann, Berlin.
- Wesel, U., 1993 [1984, 1990⁵], *Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht*, Francfort-sur-le-Main.
- Zippelius, R., 1994, *Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft). Ein Studienbuch*, 12^e éd. révisée, Munich.
- Zippelius, R., 1994³, *Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch*, Munich.

LA NECESSITE DE L'ETAT DE DROIT ET LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE MONDE TRANSCULTUREL

Dans ce texte, j'aimerais attirer l'attention sur certains problèmes liés à la conception du droit dans les sociétés pluralistes. Je commencerai en parlant des alternatives que constituent dans la modernité, d'un côté, l'accroissement des libertés et, de l'autre, la détérioration de l'ordre; je répondrai en renvoyant au pluralisme comme présupposé du droit. Je plaiderai pour la défense de l'Etat de Droit, en me prononçant en faveur d'une conception formelle du droit positif pour laquelle les droits de l'homme constituent la 'norme fondamentale'.

Je ne vais pas parler dans ce contexte de l'Etat et du droit de manière générale, mais plutôt à partir d'une perspective bien limitée. Ma question peut être formulée comme suit: Quels sont les contextes essentiels de leur légitimation et de leur validité? Cela nous ramène à dire qu'il faut réfléchir sur le rapport entre le droit et l'Etat. Et mon intention est d'aiguiser la conscience et d'attirer l'attention sur le fait qu'on ne peut aujourd'hui et, même à long terme, penser à la revendication et à l'application des droits de l'homme indépendamment des états et des institutions juridiques intermédiaires. Mais alors de quel état et de quel droit s'agit-il exactement? L'Etat de Droit, les droits fondamentaux et les droits de l'homme sont une réponse à la question de savoir comment faire apparaître un monde plus juste. L'Etat et le Droit prennent source dans la souveraineté des peuples. Par conséquent, le droit mis en vigueur ne correspond pas à un modèle universel unique vu la diversité des idéaux de justice et la différence des traditions juridiques. C'est le cas, par exemple, du droit de propriété et des aspects d'obligation sociale liés à ce droit, c'est-à-dire les alternatives de socialisation des propriétés.

1. Le pluralisme et le droit: une situation problématique

Dès l'instant que l'on cherche à se faire une idée claire sur les fondements d'un Etat de Droit démocratique adapté aux sociétés modernes pluralistes, on est d'emblée systématiquement confronté à des problèmes.

La conviction qu'il n'existe aucune éthique jouissant d'une force d'obligation et d'une reconnaissance universelle qui puisse valoir de fon-

dement à l'action morale dans la société est une conviction qui procède d'une description réaliste de la culture civile de notre époque. Dans les cultures dont les pratiques et les pensées sont plurielles, les formes d'absolu se sont volatilisées, et les individus et les groupes sont également fondés à s'épanouir librement.¹ Aussi, avant même qu'il ne soit, d'une manière générale, question du besoin de justice, la nécessité d'un ordre social se retrouve d'emblée face à cette question qui, dans notre société, semble faire l'objet d'une réponse consensuelle: n'est-il pas du ressort du *droit* de transformer le pluralisme absolu en un pluralisme *relatif*,² c'est-à-dire en un pluralisme borné par ce qui est fondamentalement commun, de sorte à résoudre les problèmes résultant de la diversité des raisons et des conséquences dont s'entourent la pensée et le comportement?³ Or ce qu'il y a là d'évident ne cesse de se révéler toujours plus problématique; même dans le domaine du droit, le consensus est fragile.

Toutes les conceptions du droit et les normes juridiques sont assujetties à un problème, à savoir que leur *normativité* dépend de leur *rapport étroit à la réalité*, c'est-à-dire qu'elles doivent concrétiser l'universalité de leur validité à partir des conditions de *singularité* et de *pluralité* des mode de penser et des comportements des personnes concernées par ces normes. Il appartient à la situation du 'pluralisme factuel'⁴ de voir que les principes de "participation à la volonté politique ne sont plus conformes à la considération égale des intérêts de tous les citoyens et [...] à la responsabilité du jugement moral propre" pour ce qui est de "la préservation durable de la liberté": "Le maintien d'un jugement moral et éthique individuel peut bien favoriser un climat de tolérance libérale, mais il ne peut protéger contre des règles adoptées par la majorité et qui imposent un autre mode de comportement".⁵ Ceci est en effet un problème clé à débattre, si on veut discuter des possibilités d'un 'vivre-ensemble'.

La question décisive est précisément de savoir si et comment des critères peuvent être formulés qui soient à même d'astreindre le droit, les lois et la puissance étatique – en reconnaissant la légitimité du pluralisme (relatif) –

1 Cf. O.Höffe, 1998, p.106.

2 Cf. *Ibid.*, p.112.

3 Cf. H. Ridder, 1975.

4 Cf. H.J. Sandkühler, 1998, 1999a.

5 E. Denninger 1996, S. 12.

à une *norme fondamentale* qui, de son côté, ne soit pas susceptible d'être relativisée. On peut y répondre provisoirement: si le droit possède cette norme fondamentale, base de sa dimension morale et rationnelle, ce n'est pas dans telle ou telle vision privée du monde et du droit, mais uniquement dans les *droits de l'homme* dont il a le devoir de garantir la réalité pratique. Toutes les raisons et les fins qui, procédant *d'images du monde, de convictions et de positions axiologiques privées*, viennent se surajouter ne fondent aucun droit universel et, dans le cadre démocratique, se révèlent impropres à servir l'intérêt de la garantie juridique par rapport à l'édiction du droit par l'Etat et à la création de droit par le pouvoir judiciaire.

Mon esquisse du problème serait par trop incomplète – ce qu'elle est de toute manière –, si je ne faisais pas mention d'un autre problème central pour la philosophie du droit. En effet, la démocratie et l'activité individuelle présupposent la faculté de produire un *jugement émancipé (majeur)*, témoignant d'un sens de la responsabilité à l'égard de soi-même et d'autrui. Il faut se demander quelle est la raison qui influe de telle sorte que la faculté de juger et, par delà, la responsabilité *et* la culpabilité d'une personne jouissant de ses droits soit limitée. Le sujet capable de juger – perspective et mission des politiques sociale, éducative, juridique – est le présupposé d'une forme élargie de démocratie.⁶ Anticipant les justifications que j'amènerai par la suite, je dirais qu'une doctrine juridique moderne trouve un fondement résistant dans le recours aux traditions historiques de la société civile dans lesquelles se sont élaborées les *idées philosophiques universelles du droit*. Je tiens les principes du sens commun formulés par Kant pour le meilleur fondement permettant de penser l'altérité d'autrui, y compris dans le domaine du droit; ces principes consistent dans la réunion de “1. Penser par soi-même; 2. Penser en se mettant à la place de tout autre être humain; 3. Penser toujours en accord avec soi-même. La première est la maxime de la pensée *sans préjugé*, la deuxième celle de la pensée *ouverte*, la troisième celle de la pensée *conséquente*.” Kant oppose explicitement l'égoïsme au pluralisme, et cela signifie “se concevoir et se conduire (...) comme un simple citoyen du monde.”⁷

⁶ Cf. pour plus de détails, H.J. Sandkühler, 1991, p.370-391.

⁷ E. Kant, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, trad. Pierre Jalabert, in *Œuvres philosophiques III*, Paris, Gallimard, 1986, p.946-948.

2. Le pluralisme factuel, l'Etat et le concept du droit

On lit, dans la *Déclaration des droits de Virginie*: “article 1: Par nature, tous les hommes naissent également libres et indépendants”. Les hommes sont égaux – une phrase est aussi belle que problématique. La phrase se présente comme un *indicatif paradoxal*. Elle n'est descriptive qu'en apparence; empiriquement, elle est plutôt fautive. En vérité il s'agit d'une proposition prescriptive et normative. Car il y a en réalité des femmes et des hommes, des jeunes et des vieux, des pauvres et des riches, des gens en bonne santé et d'autres malades. S'il y avait seulement une identité et pas de *différences* – différences entre les hommes, les langues, les cultures, les fonctions etc. – alors on aurait pas besoin de normes avec lesquelles nous espérons rétablir l'égalité des droits et des libertés; on aurait pas aussi besoin de tolérance et de solidarité. Droit, solidarité et tolérance ont la même raison – supprimer l'inégalité effective non voulue, et défendre l'inégalité choisie librement. En ce qui concerne l'inégalité non voulue, le droit a une fonction contraignante alors qu'il n'a qu'une fonction de concrétion par rapport à l'inégalité de choix. Pour cette raison, et au nom de l'égalité et de la justice, le droit et l'Etat doivent être obligés à *respecter la différence*.

Est-ce qu'il y a encore vraiment une universalité? Il y' en a sûrement dans le sens conçu par Fathi Triki, lorsque dans son essay *Philosopher le vivre-ensemble* il écrit: “L'universalité s'exprimerait, en ce sens, par *une vision non réductionniste du monde*, par une *communicabilité* respectueuse des différences des cultures et des expressions de l'homme, par une *interculturalité* créatrice de valeurs qui abolissent les dominations et les impérialismes, par *une rationalité qui met fin aux dogmatismes et aux totalismes des idées*, et par une aspiration à l'idéal de '*paix perpétuelle*'.”⁸ Et puisque les conditions humaines, les intérêts, les besoins, les expériences et les images du monde sont *pluriels* et *pluralisés*, “l'identité de l'homme n'est plus à déceler dans une quelconque unilatéralité (métaphysique, ontologique, religieuse, politique, ethnique), elle est mutabilité et ouverture.”⁹

Si l'activité individuelle et l'activité collective ne sont plus dans les faits réglées par des ‘normes éternelles’ indubitables, on comprend que la théorie juridique elle-même soit prise dans la *pluralisation*. Il devient, par con-

8 F. Triki, 1998, p. 11.

9 Ibid., p. 9.

conséquent, de plus en plus important de distinguer les *versions* justes du droit de celles qui ne le sont pas.

Nous parlons du droit et des droits dans une situation paradoxale. En devenant prédominants dans la modernité, la subjectivité et les droits individuels ont créé des collisions d'intérêts et *pour cette raison même* une juridicisation des relations quotidiennes dans la vie des hommes, lesquelles étaient jusque-là réglées par la conformité à la morale ou aux mœurs. On peut ramener ce paradoxe à une formule simple: *plus il y a de liberté, plus il y a de droit; plus il y a de droit, plus il y a d'Etat; plus il y a d'Etat, moins il y a de liberté, et plus est grand le besoin de droit.*

La liberté et la justice se sont développées dans la modernité sur la base d'une *séparation entre la société et l'Etat*. L'idée des droits de l'homme, qui est due à tout individu par nature (par raison), est une idée qui vise à garantir *la liberté au moyen du droit* contre la tutelle, voire contre l'oppression de l'Etat. Néanmoins, sa réalisation est livrée à l'*Etat* en tant qu'institution édictant le droit. Les droits fondamentaux,¹⁰ en tant qu'ils sont limités à n'être que des droits civiques garantis par l'Etat, sont donc une "réponse (problématique) à la question de fond, restée inchangée, du rapport entre la liberté individuelle et l'ordre politique."¹¹ Le philosophe du droit doit aujourd'hui partir d'un état de fait, riche de conséquences pour le statut et la fonction du droit, à savoir un changement de paradigme qui fait que l'on passe d'une *pensée de l'Etat* à une *pensée de la constitution*. Avec la conception de l'*Etat social*, devenu "un Etat planificateur, répartiteur, créateur, un Etat tel que la vie individuelle et la vie ne sont possibles que par lui", la solution à partir de ce qui a été jusqu'ici la fixité de l'Etat, l'orientation vers la constitution référée à l'Etat *et* la société et vers la démocratie comme *forme de vie* apparaissent comme des moments de passage du point de référence que fut l'Etat à celui que tend à être désormais la constitution.¹²

L'Etat doit être conçu – selon I. Kant dans le § 45 de *La métaphysique des Mœurs* – comme "l'association d'une masse de gens sous les lois du droit". Le concept de droit n'est pas neutre; il est soumis à l'idée de justice. L'effet qu'inspire cette idée touche les deux dimensions de l'ordre norma-

10 Cf. R. Alexy, 1992.

11 B. Pieroth et B. Schlinck, 1994, p.21.

12 Je me réfère ici et dans ce qui suit à l'analyse d'A. Rincken, 1991, p.210-215.

tif: le codex de conduites qui prescrit la manière d'agir ou son interdiction et les normes de compétence qui fixent les règlements d'autorité et ceux de l'exécution. L'obéissance aux normes et l'acceptation des règlement du pouvoir d'Etat dépendent a) de la légitimité de l'Etat, b) de la 'justesse' du droit, c) de l'homogénéité du droit. Ces trois moments doivent être prescrits dans la constitution mais aussi vécus jusqu'à un certain degré de consentement général, comme *une réalité sociale*.

Toute conception du droit, en effet, ne satisfait pas de la même façon aux fonctions suivantes: 1. La fondation de l'Etat à partir de la *constitution* (et non l'inverse); 2. La fondation en raison de l'*autonomie du droit* vis-à-vis du pouvoir politique; 3. L'adaptation aux *exigences de régulation et d'intégration* d'une société pluraliste et 4. La fondation et la réalisation de la *démocratie* comme forme structurante de tous les domaines de l'Etat social et de la société.

Si la constitution marque la marge des fonctions et des limites de l'Etat et doit remplir les fonctions 1) de préservation de la liberté à travers la restriction du pouvoir et 2) de légitimation des pouvoirs monopoles de l'Etat, alors elle répond en tant que *droit positif* à ce que dit G.Radbruch à propos du droit positif en général, à savoir: la Constitution doit être "au service de l'ordre social et de la préservation du droit" et développer la force capable de mettre fin à "la lutte des opinions" et des intérêts concurrentiels". Dans le but de concrétiser l'effet de son caractère d'obligation, il s'ensuit: En tant que droit positif "elle ne peut remplir le devoir de sécurité qu'à condition d'obliger, non seulement les sujets de droit, mais aussi le législateur lui-même. [...] La législation n'est familière pour le législateur qu'à condition qu'il se soumet lui-même au pouvoir de la loi. Un Etat qui sait se soumettre à la volonté de sa propre loi est un Etat de Droit. Le relativisme exige l'Etat de Droit."¹³

3. De la critique de l'Etat au plaidoyer pour l'Etat de Droit

Qu'est-ce que ça veut dire alors, lorsque aujourd'hui on demande en Europe de prendre 'congé de l'état'? ¹⁴ Qui est-ce qui doit prendre congé, et dans quel intérêt? Comme depuis la fin du 18. Siècle, les débats actuels concernant les fonctions et les limites de l'Etat, oscillent entre les positions

¹³ G. Radbruch 1990, S. 19.

¹⁴ Cf. U. Speck, 1999.

de ceux qui prennent comme point de départ *les droits de liberté et les besoins de sécurité de l'individu* et tentent de minimiser les fonctions de l'Etat, et ceux qui justifient plutôt la nécessité de l'Etat, vu la structure antagoniste de la société civile, tout en se basant sur *l'intérêt collectif envisagé pour une communauté gérée par un droit constitutionnel*. Les uns veulent limiter l'Etat au nom de la socialité et de l'intérêt commun dont la protection serait mieux garantie dans la famille et dans les groupes, les autres au nom de la liberté de l'individu.

Une telle stratégie est risquée. La critique de l'Etat ne tient aucun compte du fait que, précisément, le 'pluralisme factuel' nous contraint à réfléchir à nouveaux frais à la cohérence de cet ensemble que forment la liberté, le droit et l'Etat. Certes, on doit se libérer de toutes les fonctions de l'Etat autoritaire. Mais que l'on prenne la défense de l'Etat de type nouveau, l'Etat du droit, dans toutes ses tâches essentielles! Les fonctions qui constituent une menace sont celles que l'Etat a dérivé de l'ontologie de la nation, de l'idéologie de la race et de la préséance accordée à des intérêts économiques particuliers; les fonctions qu'il s'agit de défendre sont celles qui reviennent à l'Etat constitutionnel en tant qu'organon du droit dans l'intérêt de la dignité et de la liberté personnelle. En appeler à 'moins d'Etat' n'est pas *a priori* le fait de la voix de l'émancipation. Tant dans la conception stalinienne que dans la conception néo-libérale, la limitation de l'Etat de Droit conduit à l'abolition de l'espace public et au renforcement des intérêts, qui ne donnent droit, en aucune façon, à des privilèges dans les sociétés pluralistes. Avec la critique délégitimante de l'Etat va souvent de pair une légitimation de la terreur du particulier.

Le monde d'aujourd'hui n'est plus ni l'Etat-nation,¹⁵ ni l'économie nationale. Pluralisme et droits inaugurent un nouveau type d'alliance. L'uniformisation de l'homme dans l'idée de la justice et du droit s'accompagne d'une libération vis-à-vis de la différence culturelle qui existe dans la reconnaissance d'autrui et la mienne propre et rend ainsi possible l'identité. En même temps la globalisation d'une forme dominante de particularité et d'intérêt privé a cessé d'être un scénario utopique – elle porte un nom: le 'capitalisme'. Dans ces conditions, que signifie l' *'Adieu à l'Etat'* que l'on exige au nom de la liberté? "Avec, d'un côté, l'Etat social, écologique et économique et, de l'autre, les régimes trans-, inter- et supra-

15 Cf. F. Fistetti, 1992, van Crefeld 1999; voir également G. Frankenberg, 1988.

nationaux, les métamorphoses les plus importantes sont désignées, au moyen desquelles l'Etat moderne réagit aux situations problématiques engendrées par le capitalisme. [...] Se pourrait-il que le capitalisme moderne représente, au niveau de l'histoire mondiale, un nouveau type d'ordre social dont l'expansion s'effectuerait *à la longue* aux dépens de la réalité étatique? [...] Bien des indices suggèrent que [le capitalisme] est celui qui mène le jeu et contraint l'Etat à battre sans cesse en retraite.”¹⁶

Au regard de la globalisation capitaliste, d'une part, et à la problématique constante d'une possible dégénération de l'Etat en Etat de violence, d'autre part, je me garderai bien de plaider en faveur de l'Etat sans plus de façons. Les principes de justice, d'égalité et de liberté dont seule la réalisation peut permettre à la simple vie en commun de devenir une 'vie bonne', doivent avant tout être défendus aujourd'hui à travers l'élaboration d'un équivalent, *au niveau de la société civile*, de la globalisation économique, à travers une mise en réseau à l'échelle mondiale de stratégies et d'actions visant à imposer et à garantir les droits fondamentaux et les droits de l'homme. Il n'y a guère lieu de supposer que les libertés humaines puissent coexister en harmonie sans un certain Etat – et sûrement pas sans un Etat de Droit qui garantisse les droits fondamentaux et les fonde dans les droits de l'homme. La question des buts de l'Etat, de leur légitimité morale, et celle des limites de son pouvoir sont immédiatement liées au concept même d'Etat: l'Etat n'a aucune stabilité ontologiquement garantie, il court au contraire le danger permanent de perdre sa légitimité si les citoyens cessent de le reconnaître comme forme de leur engagement collectif. Si l'on attend *la liberté par les moyens du droit* – contre l'oppression et la force étatique –, il s'agit alors de créer les conditions dans lesquelles la liberté individuelle, la reconnaissance de l'altérité, l'égalité collective et la justice cesseront d'être contradictoires.

Or, les normes juridiques fondamentales des constitutions démocratiques fondent un système juridique dont le *contenu* est déterminé, n'est cependant pas établi *ce qui*, “sur la base des normes juridiques fondamentales, doit être”. Du caractère principiel des normes juridiques fondamentales, il s'ensuit qu'elles sont ouvertes et interprétables. Le système juridique est “vis-à-vis de la morale un système ouvert”.¹⁷ Puisqu'il est pratiquement

¹⁶ S. Breuer, 1998, p.289s.

¹⁷ R. Alexy, 1996, p.494s.

impossible, dans la société, de ne pas décider et de renoncer à l'établissement de normes, le problème d'une relation entre l'Etat et le droit, qui trouverait ses critères dans la justice, semble insoluble. La démocratie ne peut plus être seulement comprise comme un simple principe d'organisation *étatique*; en vertu de sa propre idée, elle est une autocratie des citoyens, il lui faut donc en tant que telle englober la totalité de la société civile.

Mais, pour autant, nous n'avons toujours pas décidé de ce que signifiait et devait être la 'démocratie'. À l'instar de la culture juridique, les modèles politiques sont aussi, en tant qu'interprétations capricieuses et spécifiques de la domination juste, inscrits dans des contextes culturels. Cela a pour corollaire que les conceptions de la démocratie qui sont susceptibles de produire un consensus doivent être *formelles*; elles se définissent essentiellement de manière procédurale. L'une d'entre elles, cependant, est indissolublement liée au concept de démocratie: cette forme de domination dans laquelle les citoyens 's'installent', eux et leur Etat, 'dans le droit' est l'expression de l'interdépendance de l'Etat et de la société. C'est donc pour cette raison qu'"il est impossible que le principe démocratique se réalise pleinement dans le domaine étatique sans une démocratisation de la société." C'est à ces droits fondamentaux et aux principes qui, fondés sur eux, conditionnent la réalité de l'Etat social, celle de l'Etat de Droit et la démocratie, que "la législation, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire [obligent] de veiller, y compris dans le champ social, lorsqu'il s'agit de rendre effectives les décisions fondamentales".¹⁸

La démocratie moderne réclame des principes de justice, d'égalité et d'universalité du droit qui soient *formels* et qui soient *neutres* vis-à-vis des interprétations particulières et idéologiques du monde. Chaque revendication de l'universalité est un résultat d'une définition liée de manière générale au pouvoir. Les *universalismes clos* – tels que la religion – tendent vers l'octroi, par contre les universalismes ouverts permettent la liberté de l'altérité. L'universalisme clos appartient aux empires, son intérêt consiste dans l'exclusion de l'hétérogène, de l'étranger; l'universalisme ouvert appartient aux républiques fédérales, son intérêt se manifeste dans l'inclusion de la différence. Les principes de l'universalisme ouvert possèdent leur validité en tant que *droit positif formel*. C'est une raison qui fait aussi que la

¹⁸ AK, p.1336. Stein, Art. 20 § 1-3, II 46-49. Cf. Ridder, 1975

société civile démocratique a besoin de l'Etat de Droit: le droit ne subit pas seulement l'Etat, il en a besoin en tant qu'institution à même de pourvoir à sa garantie.¹⁹

4. Nécessité et justification de l'Etat par la réciprocité des droits fondamentaux et des droits de l'homme

La capacité fonctionnelle d'une démocratie politique dont on est en droit d'attendre la protection des droits fondamentaux repose toute entière, dans les conditions du capitalisme, sur sa capacité à se développer en *démocratie sociale*. Ce n'est qu'à ce prix – et en cela je suis la *Théorie de l'Etat* de Hermann Heller (parue en 1934) – que le *pouvoir étatique* peut être un *pouvoir de droit*; cela signifie “non seulement d'agir, du point de vue la technique juridique, en pouvoir, mais encore de valoir d'autorité juste, susceptible d'obliger moralement la volonté. [...] La sanction [justification] de l'Etat n'est possible qu'à travers le lien de la fonction étatique à la fonction juridique. [...] Sans séparation du droit et du non-droit aucune justification de l'Etat n'est possible. Et cette séparation ne peut être accomplie que sur la base d'un critère juridique qui doit pouvoir être adopté en permanence par l'Etat et son droit positif.”²⁰ Voilà désormais la question centrale: d'où prenons-nous ce critère juridique? Dans la société pluraliste, il n'est plus possible de le déduire d'un droit divin, et même en ce qui concerne le droit qui nous reviendrait ‘par nature’, on sait qu'il y a conflit. Ma réponse sera donc la suivante: c'est la réciprocité des droits fondamentaux et des droits de l'homme *positivés* par laquelle nous gagnons le seul critère juridique possible.

4.1 Les droits fondamentaux

Le premier de tous les droits fondamentaux est celui *du respect de la dignité humaine*.²¹ Tous les autres droits fondamentaux y découlent. De ce droit fondamental primordial s'ensuit que tous les autres droits fondamentaux ne peuvent pas être soumis à quelque modification, même pas par la majorité. C'est aussi ce principe dont découlent les principes de l'Etat de Droit et de son orientation sociale. Le principe de l'Etat social incorpore la

¹⁹ Cf. E.-W. Böckenförde, 1992, p.51.

²⁰ H. Heller, 1983, p.246s.

²¹ Cf. K. Bayertz, 1996.

première condition de la préservation de la dignité humaine, c'est-à-dire la sûreté de la vie individuelle et sociale. La deuxième condition du respect de cette dignité est l'égalité de droit de tous les hommes; la troisième condition consiste dans le respect de l'identité humaine et la protection de son intégrité, la quatrième condition réside dans la restriction de l'application du pouvoir de l'Etat et la cinquième fait l'objet du respect de la contingence corporelle des hommes. ²²

Les droits fondamentaux "renferment [...] un système objectif de valeurs qui sert de jugement de principe constitutionnel pour tous les autres domaines du droit. En tout cas ils obligent les pouvoirs législatif, exécutif et juridique de poursuivre la réalisation des lois fondamentales que le législateur a adaptées selon la normativité de ces droits au sein de la société. [...] L'Etat lui même est obligé, en tant que premier destinataire des articles des droits fondamentaux, de respecter ces liens du pouvoir de l'Etat surtout au cours de la réglementation juridique, le contrôle et le gouvernement de la société. Mais ce qui est valable pour les droits fondamentaux vaut de même pour les principes fondamentaux de l'Etat de Droit, de l'Etat social et aussi pour la démocratie. Ceux-ci sont de même des jugements de principe constitutionnels qui touchent tous les domaines du droit [...], le principe moderne de démocratie renferme de sa part une interdiction de toute forme de répression, en premier lieu, celle des classes pauvres de la société. L'Etat est dans ce sens obligé d'agir, tant il peut, même en dehors de l'orbite de son pouvoir d'organisation contre la répression. Ainsi découle du principe de la démocratie, la maxime de la démocratisation de tous les domaines de la société, dans lesquels la pouvoir, mais aussi la possibilité de son abus, peuvent être exercés comme moyen de répression".²³

4.2 Les droits de l'homme

Les droits de l'homme²⁴ sont des droits dont bénéficie toute personne en dépit de tous les aspects qui le caractérisent, simplement parce qu'il est un homme. Les droits de l'homme ont *un contenu moral*, mais *une forme juridique positive*. Les droits individuels et collectifs des hommes ont leur validité en tant que droit positif constitutionnel et international. Ils exposent

²² Cf. AK-GG-Podlech 2. Aufl. Art. 1 Abs. 1 Rz. 12-55.

²³ AK-GG-Stein 2. Aufl. Art. 20 Abs. 1-3 II Rz. 46-49.

²⁴ Cf. H.J. Sandkühler, 1999.

des revendications quant à leur application à l'égard des états et des pouvoirs non étatiques. Les droits de l'homme ne sont pas un don de la part des états et ne peuvent être refusés de leur part non plus. Les droits de l'homme fondent le droit et accordent à l'Etat de Droit sa légitimation: ils constituent le fondement, c'est-à-dire les droits fondamentaux – y compris toutes les normes qui en découlent – du système normatif et universel du droit. De ce *droit* des droits de l'homme émanent a) *les droits* de liberté et d'égalité, b) *les devoirs* de justice et de solidarité et c) les sanctions, dans le cas où ils n'ont pas été prévus par l'Etat et si jamais ils ont été voilés de manière individuelle ou par un collectif social ou économique.

Dans le droit des droits de l'homme développé jusqu'alors, *le rapport* entre les droits politiques, sociaux, économiques et culturels a été rendu positif. Les catalogues de normes montrent que 1) les droits de l'homme – malgré leur progression – ne peuvent être considérés comme acquis et sûrs à l'égard de toute infraction. Par conséquent ils ont besoin d'une positivité à travers un droit national ou international contraignant. Ils indiquent aussi que 2) les droits de l'homme ne sont pas uniquement des revendications, mais des titres légitimes de droit, et 3) qu'ils ne présentent pas des revendications maximales, mais il s'agit plutôt de conditions minimales qui aident à réaliser cet aspect du vivre – ensemble qui n'exprime rien d'autre qu'une vie en dignité.

Ces droits se relient dans la réalité sociale à des cultures variées de droit²⁵ et affrontent des intérêts sociaux, politiques, économiques et culturels tout-à-fait concurrentiels. Mais les raisons de la compréhension et de la validité des droits de l'homme ne dépendent pas seulement des contextes sociaux – politiques collectifs, mais aussi des visions individuelles du monde et des propres images de ceux qui doivent adopter ces droits. Il est de même important de savoir que les droits de l'homme deviennent relevants dans la mesure où ils sont saisis dans un horizon d'idées qui s'insère dans un "ordre de relations mondiales" justes et où les conditions de leur application dépendent essentiellement de la "variabilité de l'auto- description de l'homme et des images de son monde" selon l'expression de Dieter Henrich. 'Les types de normes' et les "types d'auto- description constituent une unité".²⁶

Pour cette raison il n'est pas tout-à-fait sensé de déduire les droits de l'homme d'un certain principe (par exp. le droit naturel) qui peut être considéré comme

25 Cf. G. Mohr, 1997.

26 D. Henrich, 1990, p. 282 s.

uniquement 'juste' et devrait recevoir même le consensus général. Il faut au contraire les introduire sous des conditions de *dissension* afin de les rendre effectifs. Et, à ce point là, les principes de dignité de l'homme, d'égalité, de justice et de liberté qui préexistaient hypothétiquement à l'Etat et fondent par la suite sa légitimité, doivent prévaloir plutôt en tant qu'idées régulatrices; il seront bien sûr interprétés différemment selon les différentes cultures mais ne doivent surtout pas être mis en cause. Dans ce sens la revendication suivante peut devenir en même temps légitime, à savoir "Le droit international des droits de l'homme doit obliger légalement les états à assumer leur responsabilité d'implanter les valeurs de leur propre civilisation, mais point celles qui leur sont étrangères".²⁷

En tout et pour tout, il s'agit du droit de justice légitimée et normatif – et enfin de compte d'un droit politique global. Et, tout comme les droits fondamentaux, les droits de l'homme ont *un effet totalisant*: la réalisation de la justice à travers l'organisation sociale de la démocratie dans un Etat de Droit est la concrétisation des droits de l'homme.

Dans leur 'troisième génération', les droits de l'homme 'positivés' sont devenus si concrets qu'il ne s'agit ni de quelque chose d'abstrait, ni d'une idée théorique.²⁸ Dans le même temps, ils ont conservés un niveau suffisant de généralité pour assurer leur universalité et pour pouvoir exercer une force d'obligation sur les Etats, quelle que soit leur culture politique et juridique. Ce qui vaut pour les droits fondamentaux vaut également pour les droits de l'homme: l'exigence de droits, d'un côté, et l'ordre étatique, de l'autre, se conditionnent réciproquement en des constellations historiquement changeantes.²⁹ Ce qui pose les droits de l'homme en fondements de l'Etat nouveau, c'est leur statut en tant que *droit*, et plus particulièrement en tant que *droit positif*. L'extension, la concrétisation et la positivation, en tant que lois, des droits de l'homme, ainsi que la transformation du droit international en un droit cosmopolitique supérieur aux Etats nationaux, constituent les présupposés essentiels de l'universalité et de la réciprocité qui s'attachent désormais à la garantie des droits fondamentaux entre les citoyens. Les droits de l'homme articulent la liberté politique que les hommes se garantissent mutuellement et universellement. Ce n'est pas

²⁷ S.P. Sinha, 1995, p. 185, 214; cf. S. Abou 1984.

²⁸ Cf. A. Cassese, 1994.

²⁹ Cf. sur ce point W.Schmale, 1997.

l'Etat qui les garantit mais les citoyens en tant qu'ils "sont en même temps les *auteurs* et les *destinataires* des exigences de liberté."³⁰ Avec les droits de l'homme dans leur forme 'positivée' la réalité a retrouvé une perspective non-utopique; les droits de l'homme fondent donc *la* présupposition d'une culture juridique cosmopolitique qui, au sein d'Etats dont les empreintes culturelles sont tout à fait différentes, leur montre à chaque fois son propre profil.

Les droits de l'homme sont la réponse décisive à la question de savoir dans quelle mesure et de quelle manière la liberté, l'égalité, la pluralité et la solidarité peuvent être harmonisées. Dans le concept de solidarité³¹, il est évident que le droit des droits de l'homme contient quelque chose de plus qu'une simple juridicisation formelle. Ici, les avis divergent: le néolibéralisme propage une société sans solidarité;³² celui qui plaide pour l'Etat de Droit s'est, quant à lui, décidé en faveur du principe de solidarité; celui qui plaide pour l'Etat de Droit revendique qu'il y ait non seulement une universalisation des droits en faveur de la liberté politique, ou des droits civiques, mais encore une universalisation des droits économiques et sociaux, car ce sont ces droits-là qui obligent les sociétés riches développées à se montrer solidaires des sociétés pauvres.³³

La seule fondation matérielle aujourd'hui pensable qui vaille pour la 'norme fondamentale' qu'est la constitution consiste dans la totalité des droits de l'homme. Cette thèse inclut la dimension énoncée dans le concept de solidarité de *devoirs humains* non-juridicisés, qui ne sauraient résulter – pas plus que les droits fondamentaux – d'un droit instauré par l'Etat ou par une quelconque instance supra-étatique.

Dans les conditions du 'pluralisme factuel', les présupposés essentiels pour un *droit* des droits de l'homme, droit universel qui prenne en même temps en considération la diversité des cultures, se sont développées non seulement à l'intérieur des sociétés, mais encore *entre* les cultures, les sociétés et les Etats; ce sont: 1. La médiation entre l'universalité juridique cosmopolitique et les diverses positivations des droits fondamentaux au sein des Etats – positivations au demeurant attentives aux cultures juridiques histo-

30 R. Forst, 1996, p.226.

31 Cf. K. Bayertz, 1998.

32 *Ibid.*

33 E.Denninger, 1998; p.335s.

riques; 2. Un ‘*non*’ décidé au relativisme qui conduit à l’ethnopluralisme, c’est-à-dire à la ghettoïsation des cultures et des hommes. Lorsque je parle de l’universalité des droits de l’homme, je ne fonde pas cela à partir d’une éthique universaliste d’origine européenne, mais je renvoie au factuel du *vivre-ensemble*, aux innombrables pactes concrets qui sont de par le monde devenus des normes juridiques en se fondant sur les droits de l’homme. Certes, elles sont enfreintes, mais cela ne dit rien contre leur force normative.

Nous connaissons aujourd’hui les conditions essentielles du *Vivre-ensemble*: un droit juste, une démocratie qui n’est pas seulement politiquement formelle, mais surtout sociale, un Etat qui se soumet aux droits fondamentaux et des hommes libres de toute répression politique, économique et de toute misère qui sont prêts à s’entraîder et à la solidarité.

Bibliographie

- Abou, S., 1984, *Cultures et Droits de l'homme: leçons prononcées au Collège de France*, Paris, Hachette, 1992; *Menschenrechte und Kulturen*, trad. du français par A. Franke et W. Schmale, avec une préface de W. Schmale, Bochum
- AK = Bäuml, R. u.a., 1989, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Bd. 1, Art. 1-37, 2. Aufl., Neuwied/ Darmstadt.
- Alexy, R., 1996³ [1985], *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden.
- Bayertz, K., 1995, "Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien", dans: *Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie* 81, n° 4.
- Bayertz, K. (Sous la dir. de), 1998, *Solidarität. Begriff und Problem*, Francfort-sur-le-Main.
- Bielefeld, H., 1998, *Philosophie der Menschenrechte*, Darmstadt.
- Böckenförde, E.-W., 1992², *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt/M.
- Capaldi, N., 1998, "Was stimmt nicht mit der Solidarität?", dans: *Bayertz* 1998, S. 86-110.
- Cassese, A., 1994 [1990], *Human Rights in a Changing World*, Cambridge.
- Denninger, E., 1994, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim.
- Denninger, E., 1996, "Recht, Moral und Politik. Demokratie contra Verfassung? Überlegungen zum Disput zwischen Ronald Dworkin und Jürgen Habermas", dans: *Frankfurter Rundschau*, 17. 10. 1996, Nr. 241, S. 12.
- Denninger, E., 1998, "Verfassungsrecht und Solidarität", dans: *Bayertz* 1998, S. 319-344.
- Fistetti, F., 1992, "Lo Stato-nazione: un mito politico della modernità europea." In: *Democrazia e diritti degli altri. Oltre lo Stato-nazione*, Bari.
- Forst, R., 1996, "Politische Freiheit", dans: *Deutsche Zschr. f. Philosophie* 44(1996), n° 2.
- Frankenberg, G., 1988, "Menschenrechte im Nationalstaat. Das Beispiel: Schutz vor politischer Verfolgung", dans: U. Krug/ M. Kriele (sous la dir. de), *Menschen- und Bürgerrechte*, Stuttgart.
- Habermas, J., 1994⁴ [1992], *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M.;

- Droit et Démocratie*, trad. Chr. Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997.
- Heller, H., 1983 [1934], *Staatslehre*, reprise par G. Niemeyer, 6^e éd. rév., Tübingen.
- Henrich, D., 1990, “Über einige Voraussetzungen der Verstehbarkeit von Rechten der Menschen.” In: *Ethik zum nuklearen Frieden*, Frankfurt/M.
- Höffe, O., 1988, *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zu Rechts- und Staatsethik*, Stuttgart
- Mohr, G., 1997, “Der Begriff der Rechtskultur als Grundbegriff einer pluralistischen Rechtsphilosophie”, dans: B. Falkenburg/ S. Hauser (sous la dir. de), *Modelldenken in den Wissenschaften*, Hamburg [DIALEKTIK 1997/1].
- Pieroth, B./ B. Schlink, 1994¹⁰, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg.
- Radbruch, G., 1990, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie. In: ders., Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, hg. v. Winfried Hassemer, S. 19.
- Ridder, H., 1975, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen.
- Rinken, A., 1991², *Einführung in das juristische Studium. Juristenausbildung, Juristenpraxis und Juristenfunktion im demokratischen Verfassungsstaat*, Munich.
- Sandkühler, H. J. (sous la dir. de), 1990, *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, 4 vol., Hamburg
- Sandkühler, H. J., 1991, *Die Wirklichkeit des Wissens. Geschichtliche Einführung in die Epistemologie und Theorie der Erkenntnis*, Francfort-sur-le-Main.
- Sandkühler, H.J., 1996, “Das Recht und die pluralistische Demokratie. Naturrecht, Rechtspositivismus, Menschenrechte”, dans: H.J. Sandkühler und R.A. Mall (sous la dir. de) *Das Selbst und das Fremde – Der Streit der Kulturen*, Hamburg, [DIALEKTIK 1996/1].
- Sandkühler, H.J., 1998, “Die Universalität des Rechts und das Faktum des Pluralismus”, dans: R. Fornet-Betancourt (sous la dir. de), *Armut im Spannungsfeld zwischen Globalisierung und dem Recht auf eigene Kultur*, Francfort-sur-le-Main, p. 131-144.
- Sandkühler, H.J., 1999, “Menschenrechte”, dans: id. (sous la dir. de), *Enzyklopädie Philosophie*, Vol. I, Hamburg.

- Sandkühler, H.J., 1999a, "Pluralismus", dans: id. (sous la dir. de), *Enzyklopädie Philosophie*, Vol. I, Hamburg.
- Schmale, W., 1997, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit*, Munich.
- Sinha, S.P., 1995, "Non-Universality of Law", dans: *Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie*, Jg. 81, H. 2.
- Speck, U., 1999, Der lange Abschied vom Staat. In: *Merkur*, 607
- Triki, F., 1998, *Philosopher le vivre-ensemble*, Tunis.
- Van Crefeld, M., 1999, *The Rise and Fall of the State*, Cambridge.

UNIVERSALITE DU DROIT ET RELATIVITE DE LA JUSTICE

Qu'est-ce que l'étranger? Qui est un étranger? Qu'est-ce que la justice? Quelles questions posons-nous quand nous associons ces deux termes, étranger et justice, et en faisons *un* problème? S'agit-il du problème consistant à interdire à l'étranger l'accès à la justice, justice seulement accordée à 'celui qui fait partie de la communauté'? Qui en fait partie? Il va de soi que ces questions se rattachent à une problématique plus profonde – celle de l'identité et de la différence – et à la question des critères selon lesquels on peut déterminer l'identique comme identique et le différent comme différent. Car l'identité et la différence n'existent pas 'en soi', autrement dit elles n'existent pas comme entités et comme propriétés d'entités. Les identités et les différences sont *produites selon des critères*. Cette remarque vaut également pour la construction de l'étranger. Les choses, vu leurs différences, peuvent être étrangères. Les hommes ne *deviennent* étrangers que lorsque, de leurs différences, on tire des conséquences, conséquences qui ne se trouvent pas elles-mêmes dans les différences. Les critères utilisés sont relatifs; ils dépendent des besoins, intérêts et buts. Ainsi l'égalité est un tel critère ainsi qu'un but. De même, l'inégalité peut être un tel critère et aussi un but. Quand le critère et le but ont comme origine l'égalité, la différence devient alors un problème dérangeant. Quand le critère et le but reposent dans l'inégalité, c'est l'identité qui devient un problème dérangeant. On ne peut pas fixer *a priori* le critère auquel il faut accorder la préférence.

Qu'est-ce que l'étranger? Une première approche décrit l'étranger comme ce qui intervient en dehors du propre, comme ce qui appartient à l'autre, ce qui est d'un autre type et impénétrable à partir de son propre domaine d'expérience¹, du moins aussi longtemps que je ne connais pas un tant soit peu l'étranger, que je ne comprends pas sa particularité, qu'il ne m'est pas familier. Si quelque chose de plus n'était pas en jeu, l'étranger ne poserait pas de problème particulier. Mais le problème il y a. Il apparaît quand l'étranger – que ce soit l'individu ou le groupe – est défini comme étant *au-delà des frontières*, autrement dit quand il est exclu. C'est ici que se rejoignent le problème de l'étranger et celui de la justice. Ces problèmes sont liés à la question de savoir s'il existe de bonnes raisons qui plaident en faveur d'une

¹ Cf. Waldenfels 1999.

conception universelle de la justice ², conception qui ne connaît que des égaux et aucun étranger.

Selon la définition d'Ulpien, désormais classique en droit, *la justice est la volonté ferme et stable de garantir à chacun son droit*. Mes réflexions ont pour objet la question de savoir ce que cela veut dire dans les conditions des sociétés actuelles. Je ne traiterai pas de la justice au sens *subjectif*, comme vertu, comme attitude morale, autrement dit selon ce qu'Aristote a défini comme vertu *en référence à l'autre (pros heteron)*. Au contraire, je traiterai de la justice au sens *objectif*, c'est-à-dire comme principe à partir duquel on peut déduire un critère pour juger les normes morales, sociales, politiques et juridiques. Ce concept de justice englobe les dimensions de justice distributive, commutative et restitutive. De ce concept découlent deux exigences essentielles: *égalité* et *généralité de la loi*. Les normes justes doivent valoir de la même manière pour tous et n'avantager ni désavantager personne. Mais étant donné que l'égalité de traitement sans égard pour la diversité réelle des individus (besoins, capacités, etc.) peut conduire à des injustices, il faut penser l'égalité en même temps qu'une 'adéquation raisonnable'.³ Les idéologies de l'identité et de l'égalité ignorent l'importance de cette adéquation. Dès lors, l'identité ne se forme que trop souvent par identification, identification dont l'exclusion de l'autre comme de l'ennemi est un élément constituant. C'est ce qu'a montré de manière convaincante Fahti Triki dans son livre *La stratégie de l'identité* ⁴. La 'généralité de la loi' signifie la subordination, pour des raisons de justice, des besoins et intérêts particuliers à des normes générales, la garantie des mêmes droits pour tous et le traitement de chacun selon le même droit. C'est en ceci précisément qu'apparaît le problème des sociétés modernes. Qui parle de justice doit savoir qu'il existe différentes représentations d'une vie individuelle réussie et différentes conceptions du bien.

² Cf. Demmerling/Rentsch 1995.

³ Cf. Walzer 1998.

⁴ Cf. Triki 1998.

1. Pluralisme, relativisme et validité du droit

1.1 Pluralisme épistémique

La justice n'est pas seulement un problème de philosophie pratique. Au cadre complexe de la question de la justice appartiennent des conditions épistémiques et des problèmes épistémologiques. De quelles conditions et de quels problèmes s'agit-il? La question qui précède toutes les autres questions est: *comment pouvons-nous savoir ce que nous pouvons savoir?* Si nous ne savons pas *ce que nous pouvons savoir* et *de quelle manière nous pouvons savoir quelque chose*, nous ne pouvons pas non plus nous décrire nous-mêmes; or les descriptions de soi établissent les fondements de notre savoir sur le monde.

Aussi longtemps que nous partons de l'erreur du réalisme métaphysique naïf selon lequel, dans le processus de la connaissance, nous aurions en face de nous un monde extérieur achevé qu'il nous suffirait de reconnaître, aussi longtemps donc que cette conception domine, nous nous comprenons de manière erronée comme étant les moyens ou instruments dans les mains de nécessités apparemment objectives. Mais ni la nature, ni le monde historique et social ne nous imposent une connaissance *à leur mesure*. Le «monde objectif» des ontologues réalistes devient, dans la connaissance et le langage, *notre monde*. Or nous ne parlons pas tous le même langage; il n'y a donc plus une version unique du monde ni même, par voie de conséquence, une seule version de la justice et de l'étranger.

Ce qui m'intéresse est le problème systématique de la genèse culturelle, du statut culturel et de la fonction culturelle de la connaissance et du savoir. C'est dans ce contexte qu'il faut placer la problématique de la connaissance du monde social. Les conceptions de la justice sont des éléments de *cultures englobantes de la connaissance et du savoir*. Le monde extérieur, autrement dit les choses elles-mêmes et leurs propriétés, ne nous donne aucune garantie de justesse pour nos connaissances. Nous connaissons et jugeons dans le cadre de certaines conditions épistémiques culturelles; ces conditions sont, par exemple, les schèmes de la perception, de l'expérience et de la description de même que les contextes des formes symboliques ainsi que les formes culturelles de l'agir et du comportement. C'est pourquoi les vérités n'existent que contextuellement, elles sont donc indexicales: chaque vérité est dotée de l'index du schème sur la base duquel elle est énoncée. De plus, les connaissances ne sont pas indépendantes de nos intentions, autrement dit de nos convictions, opinions et souhaits.

La supposition que l'ordre du connu coïncide avec celui de la connaissance engendre le problème de la *«relativité conceptuelle»*. Ce terme annonce un relativisme qui résulte en apparence, non seulement de la signification centrale de concepts, mais déjà aussi de l'usage de schémas conceptuels. En réalité, il ne s'agit ni plus ni moins que de la *«relationnalité»*: toute chose est en relation avec des concepts dès le moment où elle devient objet de notre connaissance et de notre langage. C'est pourquoi l'idée selon laquelle nous serions dans un dialogue *avec le monde* peut être trompeuse. Car il faut bien comprendre que, dans le dialogue *sur le monde*, nous sommes principalement à la recherche de nous-mêmes. Dans les dialogues de ce type, le monde, y compris l'étranger, *apparaît* selon les règles du langage utilisé.

Philosopher et faire de la science signifie donc proposer *des vérités en comparaison*. Que les vérités restent provisoires est accepté au titre de risque nécessaire de la recherche de la vérité. La philosophie et la science sont des chemins à la recherche de meilleures explications et de l'élargissement de la capacité de juger. Le *comparatif* «meilleur» est ici décisif: il présuppose que le «juste», le «vrai» ou aussi le «bon» sont provisoires.

Il en découle une vérité simple, qu'il faut défendre: *personne ne détient 'la' vérité sur le monde, et il n'y a aucun représentant d'une seule vérité appelé par l'«être»*. Il ne s'agit pas d'une conception seulement garantie par la théorie; elle est fondée *de facto*⁵ – également dans la société, dans l'Etat et dans le droit. Cette vérité pose deux problèmes: (1) comment créer une société juste, une société dans laquelle – en reconnaissant le pluralisme – les droits fondés sur la justice ne deviennent pas l'objet de négociations politiques ou de la comparaison entre des intérêts sociaux particuliers? (2) Comment penser et réaliser une société dans laquelle les différences, appréhendées sous les catégories d'étranger, ne conduisent pas à des discriminations et à l'exclusion de la communauté de justice?

⁵ Je parle du pluralisme comme fait et non comme norme. On ne peut obliger personne à être pluraliste. Si quelqu'un est pluraliste, il ne pourra prétendre que le pluralisme est la seule manière de penser et d'agir. La même remarque vaut pour les tenants du «relativisme» tel que nous le comprenons ici.

1.2 Pluralisme moral, relativisme et droit

Les sociétés modernes sont confrontées à des problèmes d'orientation et aux problèmes corrélatifs d'ordre politique, et cela aussi parce que la connaissance *morale* et le savoir *éthique* naissent et produisent leurs effets sous les conditions du pluralisme factuel.⁶ Les normes individuelles et collectives de comportement dérivent de conceptions du monde et de façons de voir dans lesquelles les conceptions du bien, de la justice, et de l'agir finalisé divergent. Ces divergences sont légitimes, il n'y a là rien de regrettable.

Tant le pluralisme épistémique que le pluralisme moral ont des conséquences pour le comportement politique dans la société et dans l'Etat – et donc aussi pour le *droit*. Si la liberté individuelle sans garantie de liberté pour tous ne peut être sûre ni même assurée, le pluralisme soulève la question de la bonne conduite de vie selon ses propres termes, à savoir celle des conditions de la justice dans la société, dans le droit et dans l'Etat. Des expériences à la fois positives et négatives montrent que le pluralisme des libertés et un ordre juridique régulant ces libertés se trouvent, l'un en face de l'autre, dans une relation de complémentarité. On peut décrire la problématique de la façon suivante: (1) en termes de réalisation de la 'vie bonne', les valeurs sont incommensurables; (2) les valeurs entrent en conflit les unes avec les autres: la réalisation de certaines d'entre elles exclut les autres; (3) il n'y a aucun standard autoritaire de résolution des conflits acceptable pour tous; (4) il existe des modes raisonnables de résolution des conflits.⁷ Si une éthique, reconnue par tous et obligatoire pour tous, n'existe pas comme fondement de l'action et si la justice est indexicale, contextuelle et *relative*, alors la voie la plus prometteuse de résolution des conflits – au moins pour les problèmes essentiels qui concernent la collectivité entière – est l'*universalité du droit* qui à la fois pose et impose l'*état de droit*. Le droit limite le pluralisme absolu et en fait un pluralisme *relatif*, autrement dit un pluralisme circonscrit par des obligations et droits généraux.⁸

Le but du droit ne consiste pas à rechercher ni même à obtenir par la force un *consensus* entre les destinataires des normes. Il a, au contraire, comme

⁶ Ce concept a été développé par J. Rawls, d'abord dans *Justice as Fairness* (1975, cf. Rawls 1985) et ensuite approfondi par la différenciation entre pluralisme 'factuel' et 'raisonnable' (1994, p. 106). Cf. à propos du pluralisme épistémique, Sandkühler 1996b, 1999; en ce qui concerne le pluralisme et le droit, voir Sandkühler 1996a, 1998.

⁷ Kekes 1994, p. 44.

⁸ J'emprunte l'expression 'pluralisme relatif' à Höffe 1988, p. 106.

fonction d'assurer le *disensus*. Aucune limite a priori n'est imposée au *disensus*. La diversité des conceptions et façons de voir divergentes conduit à l'impression factuellement fondée que la pensée et l'action permettent beaucoup de choses. Le *relativisme*⁹ a trait à l'expérience quotidienne d'individus dans leur rapport épistémique et pratique au monde qu'ils identifient comme leur propre monde. Relativisme? Ce mot sonne mal. 'Relativisme' désigne la facticité selon laquelle – je reprends la formulation de Silja Freudenberger – „les valeurs cognitives et morales, les jugements, les critères de jugement ou les théories scientifiques ne peuvent émettre aucune prétention à la validité absolue, mais doivent toujours être compris de manière *relative* (c'est-à-dire en rapport à un tiers). Ce tiers peut être un individu, une communauté de conviction ou une culture, une conception du monde ou un cadre conceptuel, mais aussi un contexte objectif. [...] Le relativisme éthique ou plutôt moral part du principe – pour le dire de manière générale – qu'il y a des systèmes ou des standards incompatibles de normes morales par rapport auxquels les actions se justifient moralement. [...]. Le relativisme moral peut être considéré comme une tentative de reconnaître qu'il existe divers standards moraux parmi les individus, groupes sociaux, voire cultures entières et de comprendre les hommes qui suivent d'autres normes également comme des acteurs agissant moralement.“¹⁰

Le phénomène de l'étranger est inscrit dans l'expérience quotidienne du relativisme. Par exemple, pour les Allemands d'obédience chrétienne, les conceptions du monde, les façons de voir et les représentations de la justice des Musulmans qui vivent en Allemagne peuvent être *étranges*. Ce n'est pas cela qui est problématique. Le problème repose dans la question des conséquences pratiques qu'on en tire. Il appartient aussi à l'expérience quotidienne de reconnaître que cela n'a pas de sens de croire que tout est possible ni de permettre tout ce qui est possible. Il existe quelque chose comme un système de protection réciproque spontanée vis-à-vis du

⁹ Les théories du relativisme *culturel* tendent vers une nouvelle métaphysique quand elles comprennent „la' culture respective non pas *pragmatiquement* comme cause et contexte (c'est-à-dire ni au sens d'un particularisme contextuel ni dans celui d'un universalisme dépassant les contextes), mais qu'elles la substantialisent et la conçoivent de manière déterministe comme l'origine de certaines représentations dans certaines cultures. H. Putnam n'a pas tort de voir dans le relativisme culturel une variante du naturalisme (cf. Putnam 1987, p. 228 ss.).

¹⁰ Freudenberger 1999.

anything goes. Ce système est largement considéré comme ce qu'«on» nomme réalité. A ce système correspond un besoin étendu de sécurité telle que le droit l'offre de même que l'assentiment envers une protection juridique de la normalité. En raison d'intérêts propres tout à fait compréhensibles, les hommes dans les sociétés pluralistes sont également obligés – selon Jürgen Habermas – „de préserver l'intégrité de leur vivre en commun en se basant sur des principes de justice et en se respectant mutuellement comme membres d'une association d'hommes libres et égaux“.¹¹

2. Droit universel et justice relative

Plus le relativisme va de soi, plus la normalité a des limites floues. Dans des conditions – telles que celles du capitalisme néolibéral –, dans lesquelles être conscient du droit et reconnaître les normes juridiques s'estompent parce qu'on ne perçoit plus la valeur de la justice et qu'on fait de moins en moins l'expérience de la justice dans la société, il importe de *relativiser le relativisme*: le relativisme, lié à la liberté et au pluralisme,¹² *ne peut pas être absolu mais seulement relatif*.¹³ *De facto* le relativisme se relativise lui-même. Le besoin de droits fondamentaux et de droits de l'homme, droits qui sont généralement considérés comme universels à l'intérieur des sociétés, le prouve. Les prétentions juridiques fondamentales sont certes ramenées au niveau de standards culturels régionaux; cependant, elles forment structurellement un élément essentiel de la moyenne des convictions morales à l'intérieur des sociétés pluralistes et entre elles. Autrement dit: les relations entre les individus doivent être réglées de telle sorte que le disensus est compatible avec les mêmes prétentions à la liberté et droits pour tous. La compatibilité s'accompagne d'un devoir juridique, autrement dit de normes et de sanctions. Le pluralisme et le relativisme ne sont, dès lors, pas des conditions qu'il faut supprimer, mais des conditions sous lesquels l'ordre juridique doit être possible. Et il est possible.

Le relativisme exige l'Etat de droit. Personne n'a reconnu cela aussi tôt et aussi clairement que le juriste et politicien allemand Gustav Radbruch.

¹¹ Habermas 1992, p. 264; 263. Cf. aussi Petersen 1995.

¹² Sur la question de savoir s'il y a des raisons de se méfier du relativisme, voir Wolf 2000.

¹³ Concernant les critiques relativistes contre l'universalisme des droits de l'homme, cf. Reuter 1999.

Dans *Le relativisme en philosophie du droit*, il a fait valoir que la constitution doit être „au service de l'ordre social et de la sécurité juridique“ et qu'elle doit développer sa capacité à transposer „la lutte entre les convictions“ en coexistence entre des intérêts et des façons de voir concurrents, dans lesquels les individus s'accordent mutuellement leurs droits fondamentaux¹⁴ et les droits qui en dérivent. C'est précisément la relativité des intérêts, liée au pluralisme factuel, qui rend nécessaire un ordre conforme à l'Etat de droit: *la relativité des intérêts et la satisfaction des intérêts relatifs au droit*. Un tel ordre conforme à l'Etat de droit ne peut toutefois – selon Radbruch – remplir son „devoir de sécurité qu'à la condition qu'[il] ne s'impose pas seulement aux sujets de droit, mais aussi au législateur lui-même. [...] La législation n'est confiée au législateur qu'à la condition qu'il se soumette lui-même à l'autorité de la loi. Un Etat qui se soumet volontairement à sa propre loi s'appelle [...] un Etat de droit. Le relativisme exige l'Etat de droit.“¹⁵

L'expérience du 20^e siècle ayant montré que la terreur ne vient pas seulement des Etats, mais aussi de la violence non-étatique et d'individus, le relativisme peut représenter une solution plausible. Cependant, si on confie la résolution des conflits à un simple droit *de coercition* dans un Etat hégémonique, on ne fait que déplacer le problème d'un rapport acceptable entre liberté et ordre. Les questions suivantes restent en suspens: Comment naît le droit? Qu'est-ce que le 'droit juste'? Quelles sont, sous certaines conditions données, les raisons qui justifient sa validité? Les questions décisives pour le droit et la science juridique consistent à se demander si en dépit de l'absence de normes de comportement moral reconnues par tous (c'est-à-dire d'un consensus sur les valeurs), on peut formuler des critères qui légitiment le droit, les lois et le pouvoir de l'Etat à partir d'une *norme fondamentale*, norme que le relativisme ne peut pas contourner et qui n'est pas mise en disponibilité sous les conditions du pluralisme factuel.

Il est évident que les critères et la norme fondamentale ne peuvent pas découler d'une justification déterminée faisant appel à des *valeurs particiliers substantialisés* – car cette justification ne permettrait pas d'arriver à un consensus –, mais qu'ils ne peuvent se penser que dans le cadre d'une conception *formelle* du droit. Il est là aussi question de

¹⁴ Cf. Alexy 1996, 1999.

¹⁵ Radbruch, 1990, p. 19. C'est moi qui souligne.

préserver le droit face à des intérêts „qui ont seulement un caractère hautement subjectif même s'ils apparaissent en toute bonne foi comme l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe“.16

L'exigence d'une conception formelle du droit sert donc de guide. Pour autant qu'il soit praticable, le chemin n'a pas encore été parcouru. Quelle que soit la manière dont on définit le 'droit', il y a un conflit continu sur la question de savoir si la mesure du droit, l'*idée de droit*, peut être empiriquement dérivée de la facticité du droit positif ou bien si elle a son origine dans des valeurs antérieures ou externes au droit. Des stratégies concurrentes de justification conduisent à opérer un choix parmi des conceptions du droit les plus diverses, par exemple en faveur d'un droit naturel religieusement ou rationnellement fondé¹⁷ ou en faveur du positivisme juridique. Une des questions controversées, qui est peut-être la question, consiste à se demander „s'il existe des critères du juste, qui puissent ne pas être déjà déduits d'une loi promulguée par un législateur [...], s'il est donc sensé de parler d'un droit qui se situe en deçà ou au-delà de la positivité de la loi“.18

Ni l'idée de droit – chez Radbruch: la justice – ni le droit positif ne peuvent, dans la perspective d'un pluralisme épistémologique, se comprendre comme s'ils étaient une objectivité *ontologiquement* 'donnée' par la nature, la raison ou l'histoire, objectivité que les sujets de droit devraient seulement reconnaître ou interpréter. Tel est le fondement de ce que dit Hans Kelsen: „Si la justice existait au sens où on l'invoque habituellement quand on veut satisfaire certains intérêts au détriment de ceux des autres, alors le droit positif serait tout à fait superflu et son existence inconcevable.“¹⁹ Si le droit n'est pas fondé ontologiquement et si on ne peut le fonder ontologiquement, alors on ne peut éviter le conflit d'interprétations relatif à la définition du 'droit juste' et à la manière de le

16 Kelsen 1985 (RR I), p. XI. Il faut rappeler que Kelsen a fait valoir ce postulat d'une „science juridique libre“ (ibid., p. XV) en lien avec ce qu'il a vécu pendant et après la République de Weimar et en rapport à la bolchévisation du socialisme. Etant donné que la deuxième édition de la *Théorie pure du droit* (1960) s'écarte considérablement de la première (1934), je signale, dans ce qui suit, la première par l'utilisation de l'abréviation suivante: RR I, et la seconde par RR II.

17 Cf. Goldschmidt/Zechlin 1994, Maus 1999.

18 Seelmann 1994, p. 1.

19 Kelsen 1985 (RR I), p. 15.

fonder. Le pluralisme, le relativisme et le droit au disensus interfèrent aussi dans les réponses à la question du droit juste. Il faut, dès lors, se demander quelles justifications du droit et légitimations de l'Etat – et moyennant quels aménagements – ont le plus de chances d'être reconnues dans le cadre du pluralisme relatif et du relativisme.

Dans le conflit des justifications, deux partis s'opposent – et cela nonobstant d'autres différences: la *doctrine du droit naturel* et le *positivisme juridique*. Dans leurs formes respectives et considérées comme absolues, que ces formes soient religieuses ou positivistes-légalistes, la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique ne sont apparemment pas capables d'obtenir une reconnaissance générale. Un candidat pour une reconnaissance possible est un droit naturel minimal et historicisé: ce droit se réalise en effet de manière suffisante dans l'universalité des droits de l'homme devenus positifs.²⁰ Le second candidat est un positivisme juridique dynamique, qui fonde ici-bas la facticité de la norme fondamentale qu'est la 'constitution' à partir des droits de l'homme et reconnaît que „la prétention au juste fondé dans les droits de l'homme oblige les législateurs et les interprètes de la constitution à la recherche constante de la meilleure conception des droits de l'homme“.²¹

Toutefois, ces deux candidats sont confrontés à des difficultés. (1) L'ordre naturel sur lequel se base le 'droit naturel', ne s'interprète pas de manière *naturelle*. La conséquence est que le concept de 'droit naturel' modifie son contenu selon le cadre théorique et pratique. Les doctrines du droit naturel sont opposées au relativisme; néanmoins, elles se relativisent l'une l'autre dans le conflit des interprétations: dans des conditions historiques déterminées, l'interprète place „certains critères éthiques à l'intérieur de l'ordre naturel', pour ensuite les extraire de la 'vraie nature' de l'homme, de l'institution ou de la chose“.²² (2) Le 'positivisme juridique' renonce à la *fonctionnalisation ontologique de la nature* en tant que fondement du droit. L'être naturel ne dit pas ce qui est dans l'horizon du devoir. Le droit

²⁰ En ce qui concerne les justifications, cf. Sandkühler 1996a, 1998.

²¹ Alexy 1999, p. 527.

²² Zippelius 1996, p. 41.

devenu positif représente la valeur du droit.²³ Contrairement au droit naturel, le positivisme juridique n'a pas de difficulté à reconnaître le pluralisme. C'est la raison pour laquelle il exige que l'on renonce à soumettre la création et l'interprétation du droit à des 'conceptions privées du monde'.²⁴ Le problème du positivisme juridique est autre (ou, du moins, peut l'être): tout *relativisme* qui, s'il est posé en absolu, s'exprime dans la phrase 'la loi est la loi'.

Kelsen, défenseur du positivisme juridique, connaît le problème du relativisme. Cependant, la solution qu'il propose n'est pas un modèle encore applicable aujourd'hui. Sa 'norme fondamentale' „ne fournit que le fondement de validité et non pas les normes formant le contenu de ce système“.²⁵ Si le contenu de la norme fondamentale ne joue aucun rôle, le problème du relativisme est provisoirement mis entre parenthèses. Mais il revient par la bande. Kelsen relie les huit arguments suivants: (1) dans les sociétés coexistent des systèmes moraux entièrement différents et contradictoires; (2) c'est pourquoi il n'y a que des valeurs relatives; (3) l'exigence selon laquelle les normes devraient être *justes* pour être considérées comme relevant du droit, revient à dire que ces normes doivent contenir quelque chose qui est commun à tous les systèmes de justice; (4) le seul point commun est que ces normes posent un comportement déterminé comme étant de l'ordre du devoir; (5) „Alors“, telle est la conclusion de Kelsen, „en ce sens relatif, tout droit est moral, tout droit constitue une valeur morale – relative. Avec cette nuance: la question du rapport entre droit et morale n'est pas une question relative au contenu du droit mais à sa forme“; (6) si le droit *est per definitionem* moral, „cela n'a pas de sens d'exiger, sous la présupposition d'une valeur morale absolue, que le droit soit moral“; (7) la conclusion consiste en la *thèse de la séparation* ²⁶ – la „séparation du droit et de la morale, du droit et de la justice“²⁷: „L'exigence soumise à la présupposition d'une doctrine relativiste des

²³ Cf. Hassemer 1972, p. 334. Pour ce qui est du rôle de la codification dans la naissance et le développement du positivisme juridique, cf. *ibid.*, p. 334 s. Pour une critique du positivisme juridique cf. Alexy 1990.

²⁴ Cf. Radbruch 1959.

²⁵ Kelsen 1992 (RR II), p. 199 s. C'est moi qui souligne. Cf. pour une position contraire, par ex. Riedel 1992.

²⁶ Cf. Hart 1971.

²⁷ Cf. aussi Kelsen 2000.

valeurs, exigence qui consiste à séparer le droit et la morale et donc le droit et la justice signifie que [...] l'on exprime – quand un ordre juridique est estimé comme moral ou non-moral, juste ou injuste – le rapport de cet ordre juridique à un système moral parmi de nombreux autres systèmes possibles et pas à ce qu'on appelle 'la' morale, et qu'on exprime par conséquent un jugement de valeur relatif et non absolu."²⁸ (8) Le bilan de Kelsen est le suivant: la *Théorie pure du droit* „pose la question du droit réel et possible, et non celle du droit 'idéal', 'juste'".²⁹ La supposition selon laquelle il faudrait ou on pourrait légitimer l'Etat par le droit est un „préjugé du droit naturel“.³⁰

Gustav Radbruch, qui se situe à l'antipode de Kelsen et le critique, souligne également dans sa *Philosophie du droit* (1932), l'importance du „relativisme“ qui est, selon lui, la „présupposition idéale de la démocratie“.³¹ Cependant, il en tire des conséquences universelles tout à fait différentes: „le droit est la réalité dont le sens consiste à servir les valeurs juridiques, l'idée du droit. Le concept de droit s'appuie donc sur l'idée de droit.“ Que contient cette idée de droit? Cette idée n'est rien d'autre – selon Radbruch – que la justice. Il est question d'une justice qui n'est pas mesurée à l'aune du droit positif; c'est le droit positif qui est mesuré par elle.³² Cette réhabilitation des principes du droit naturel semble rendre Radbruch impuissant face à des objections légitimes, qu'il a d'ailleurs aussi lui-même soulevées, contre la fonctionnalisation de la nature dans le concept de droit. Pourtant, tel n'est pas le cas. Radbruch donne un caractère historique et une positivité juridique aux principes universels du droit à travers lesquels se réalisent les formes relatives de la justice. Après l'effondrement du national-socialisme, il montre en 1945, dans un texte intitulé *Cinq minutes de philosophie du droit*, que le relativisme des valeurs et du droit paie assurément le prix pour réhabiliter un droit naturel minimal. Ce prix n'est pourtant pas aussi haut que l'aurait exigé le droit naturel classique. Le prix

²⁸ Kelsen 1992 (RR II), p. 66-69.

²⁹ Ibid., p. 112.

³⁰ Ibid., p. 319 s. C'est moi qui souligne. Pour une discussion de la thèse de l'identité de Kelsen, cf. Radbruch 1999, p. 170: „La doctrine de l'identité n'a qu'une signification purement analytique et définitoire et en aucun cas un contenu de type politique et de philosophie du droit.“

³¹ Radbruch 1992, p. 3 s.

³² Ibid., p. 34 s.

est la conviction que le droit *doit* suivre la raison; il postule ainsi une *raison dans le droit*, raison post-métaphysique et non plus substantielle qui s'exprime dans les droits de l'homme devenus positifs: Il existe des „principes de droit qui prévalent sur tout statut juridique de telle sorte que la loi qui les contredit perd sa validité. On appelle ces principes droit naturel ou droit de la raison. Certes, un certain doute les entoure lorsqu'il s'agit de les identifier avec précision, mais l'oeuvre des siècles en a malgré tout façonné un effectif stable et les a rassemblés dans ce qu'on appelle les déclarations des droits de l'homme et du citoyen, dotées d'un large consensus, de sorte que seul un scepticisme volontaire est capable de douter de certains d'entre eux.“³³

De tels principes juridiques relativisent le relativisme – tel est le bilan que l'on peut dresser. L'expérience qu'un Etat exerce la terreur par la loi interdit d'aller plus loin dans relativisation de la justice et de minimiser l'universalité du droit. Ce qui a été dit en 1945 n'appartient pas seulement au passé. Dans de nombreuses parties du monde, l'année 1945 s'écrit encore aujourd'hui.

³³ Radbruch 1999, p. 210. Cf. Radbruch 1946.

Bibliographie

- Alexy, R., 1990, Zur Kritik des Rechtspositivismus. In: Dreyer 1990.
- Alexy, R., 1999, Grundrechte. In: H.J. Sandkühler (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg.
- Alexy, R., ³1996, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt/M.
- Demmerling, Ch./ Th. Rentsch (Hg.), 1995, Die Gegenwart der Gerechtigkeit. Diskurse zwischen praktischer Philosophie und Politik, Berlin.
- Freudenberger, S., 1999, Relativismus. In: H.J. Sandkühler (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 2, Hamburg.
- Goldschmidt, W./ L. Zechlin (Hg.), 1994, Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit, Hamburg [Dialektik 1994/1].
- Habermas, J., ⁴1994 [1992], Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt/M.
- Hart, H.L.A., 1971, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral. In: ders., Recht und Moral. Drei Aufsätze, Göttingen.
- Hassemer, W., 1972, Rechtsphilosophie. In: A. Görlik (Hg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München.
- Höffe, O., 1988, Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik, Stuttgart.
- Kekes, J., 1994, Pluralism and the Value of Life. In: E.F. Paul/ F.D. Miller, Jr./ J. Paul (eds.), Cultural Pluralism and Moral Knowledge, Cambridge.
- Kelsen, H., 1985 [1934], Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl.. Mit Vorw. zum Neudruck v. S.L. Paulson, Aalen.
- Kelsen, H., 1992 [1960], Reine Rechtslehre. Zweite, vollst. neu bearb. und erw. Aufl. 1960, Nachdruck, Wien.
- Kelsen, H., 2000 [1953], Was ist Gerechtigkeit? Nachwort von Robert Walter, Stuttgart.
- Maus, I., 1994, Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit. In: Goldschmidt/ Zechlin 1994.
- Maus, I., 1999, Naturrecht. In: H.J. Sandkühler (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg.
- Petersen, Th., 1995, Die Freiheit des Einzelnen und die Notwendigkeit des Staates. In: Das Recht der Vernunft. Kant und Hegel über Denken,

- Erkennen und Handeln. Hg. v. Ch. Fricke/ P. König/ Th. Petersen, Stuttgart-Bad Cannstatt.
- Putnam, H., 1987, Why Reason Can't Be Naturalized. In: After Philosophy. End or Transformation? Ed. by K. Baynes/ J. Bohman/ T. McCarthy, Cambridge (MA)/ London.
- Radbruch, G., 1946, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: Radbruch 1999.
- Radbruch, G., 1963 [1932], Rechtsphilosophie. Sechste Aufl. Nach dem Tode d. Verf. besorgt v. Erik Wolf, Stuttgart.
- Radbruch, G., 1990, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie. In: ders., Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, hg. v. Winfried Hassemer.
- Radbruch, G., 1999 [1932], Rechtsphilosophie. Studienausgabe. Hg. v. R. Dreier/ S.L. Paulson, Göttingen.
- Radbruch, G., 1959 [1947], Vorschule der Rechtsphilosophie, Göttingen.
- Radbruch, G., 1973, Rechtsphilosophie, Stuttgart.
- Rawls, J., 1985, Justice as Fairness: Political not Metaphysical. In: Philosophy and Public Affairs, 14.
- Rawls, J., 1994, Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989. Hg. v. W. Hirsch, Frankfurt/M.
- Reuter, H.-R., 1999, Relativistische Kritik am Menschenrechtsuniversalismus? Eine Antikritik. In: ders. (Hg.), Ethik der Menschenrechte. Zum Streit um die Universalität einer Idee I, Tübingen.
- Sandkühler, H.J., 1996a, Das Recht und die pluralistische Demokratie. Naturrecht, Rechtspositivismus, Menschenrechte. In: R.A. Mall/ H.J. Sandkühler (Hg.), Das Selbst und das Fremde – Der Streit der Kulturen. [Dialektik 1996/1], Hamburg.
- Sandkühler, H.J., 1996b, Pluralismus. In: G. Abel/ H.J. Sandkühler (Hg.), Pluralismus – Erkenntnistheorie, Ethik, Politik, Hamburg [Dialektik 1996/3].
- Sandkühler, H.J., 1998, Die Universalität des Rechts und das Faktum des Pluralismus. In: R. Fornet-Betancourt (Hg.), Armut im Spannungsfeld zwischen Globalisierung und dem Recht auf eigene Kultur, Frankfurt/M., S. 131-144.
- Sandkühler, H.J., 1999, Pluralismus. In: ders. (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 2, Hamburg.
- Seelmann, K., 1994, Rechtsphilosophie, München.
- Triki, F., 1998, La stratégie de l'identité. Essai, Paris.

- Waldenfels, B., 1999, Fremd/ Fremdheit. In: H.J. Sandkühler (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg.
- Walzer, M., 1998, Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit, Fft./M.
- Wolf, J.-C., 2000, Die Furcht vor dem Relativismus. In: ders. (Hg.), Menschenrechte interkulturell, Freiburg/Schweiz.
- Zippelius, R., 1996, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, Berlin.

**POUR UNE PHILOSOPHIE DE LA DEMOCRATIE –
LA FACULTE DE JUGER COMME CONDITION DE L’AGIR
ET DE LA RESPONSABILITE?**

Il est donc difficile pour l’individu de s’arracher tout seul à la minorité, devenue pour lui presque un état naturel. Il s’y est même attaché, et il est pour le moment réellement incapable de se servir de son propre entendement, parce qu’on ne l’a jamais laissé s’y essayer.

Kant, Réponse à la question: qu’est-ce que les lumières?

Notre agir et notre manière d’agir dépendent de nos capacités à connaître les choses, autrui et nous-mêmes, à pouvoir gérer ce savoir et imputer nos actions, (que l’impulsion vienne de nous ou d’autrui) de façon à ce que nous en soyons responsables. Que pouvons-nous donc savoir? Etant donné que cette question est en elle-même problématique, celle qui concerne notre responsabilité l’est tout autant. Le problème que nous posons est à la fois d’ordre théorique et pratique : il concerne autant la vie quotidienne de chacun que la vie en commun dans la société. Certains aspects de ce problème font l’objet de mes réflexions sur une philosophie de la démocratie. Celles-ci consistent moins en des analyses que des réflexions programmatiques. Je vous les présenterai en 7 points qui me paraissent importants pour répondre à la question suivante : faut-il considérer la faculté de juger arrivée à maturité comme une condition de la démocratie au sens où, sans elle, il ne pourrait y avoir de modèles de vie démocratique? La faculté de juger et la démocratie se trouvent-elles dans un rapport de réciprocity conditionnelle ?

Le cœur de la problématique dont je parle constitue ce que l’on appelle la crise épistémique de la Modernité. En quoi consiste cette crise? Se fonde-t-elle, comme on le dit souvent, dans un manque de savoir et de faculté de juger? La démocratie devient-elle impossible, car seuls des sujets responsables peuvent en être les animateurs? Je chercherai ici à montrer, d’une part, pourquoi la démocratie nécessite des sujets capables de juger et, d’autre part, pourquoi elle est précisément l’ordre social qui, comme *ordre de droit*, remplit la fonction de combler le manque d’autonomie épistémique et morale des individus. Pour le dire autrement, la démocratie est possible, et cela même si l’ensemble de ses membres ne peut pas tout savoir ni être responsable de tout.

1. La crise de la modernité

Les hommes prennent conscience du monde – ou de ce qu'ils considèrent comme monde. Ils entrent en contact avec des choses, des personnes et des collectivités. Ils acquièrent un savoir sur ce qui est, son mode d'existence et sur la manière dont ils pensent pouvoir l'appréhender. Ils jugent et évaluent, correctement ou non.

Depuis le début des temps modernes, les intellectuels ont développé une image normative de l'homme, qui a servi de fondement à une image particulière du monde et d'eux-mêmes constitutive de la Modernité – et à cette image n'ont pas seulement contribué les Lumières et l'idéalisme allemand. Au cœur de celle-ci se trouve le postulat selon lequel les hommes ont la qualité de sujets. Et c'est précisément ce postulat de sujets libres et agissant de manière responsable qui a servi de légitimation à l'exigence d'autonomie intellectuelle et politique et à la démocratie. La philosophie, les sciences et les arts illustrent cet idéal comme conviction fondamentale: nous sommes nous-mêmes les maîtres de notre vie et de notre histoire, et si nous sommes confrontés à des circonstances dérangeantes, il est de notre devoir de les modifier. L'ordre social doit être créé de telle sorte qu'il permette la vie en commun de sujets autonomes. La condition idéale d'un tel ordre est la démocratie: l'Etat naît de la souveraineté de ceux qui cohabitent en son sein et qui s'appellent 'peuple'. Le pouvoir, que les sujets ont délégué à l'Etat, devient leur propre pouvoir. La démocratie est l'auto-représentation de sujets souverains.

Mais les hommes ont été et sont encore confrontés *de facto* à un idéal fondé en théorie. Ils constatent que la promesse selon laquelle ils seraient égaux en nature ne tient pas. *L'égalité est une norme*. Ils savent qu'il existe des inégalités, autrement dit que le contrat social de liberté et de sécurité peut *de facto* être enfreint tant par les individus que par les collectivités. *La justice est une norme*. Ils savent que tous les individus n'agissent pas selon leur raison. *La raison est une norme*. Ils savent que la faculté de juger peut présenter des lacunes. *La faculté de juger est une norme*. Ils savent que, dans la société, tout le monde ne participe pas aux décisions sur une vie en commun juste, mais s'en remettent à l'intelligence de la majorité. *La démocratie, pensée comme gouvernement autonome de tous, n'est-elle rien d'autre qu'une norme et un idéal ?*

Entre l'idéal et la réalité s'étend un abîme. Si l'on part du point de vue que cette différence caractérise le dilemme de la modernité, on oublierait que la crise fondamentale, la crise permanente de la société civile moderne a en-

gendré deux phénomènes complémentaires: d'un côté, les luttes intellectuelles et sociales pour transformer (ou stabiliser) la société et pour accéder à la liberté ou l'autonomie (ou à leur limitation) ; de l'autre, le droit et l'Etat qui tentent, par des normes et des sanctions, de ramener ces luttes dans des formes réglées.

Les philosophies et les théories de l'histoire et de la société – en tous cas juste avant Marx, si l'on excepte l'analyse de la société civile par Hegel et la théorie hégélienne de l'Etat et du droit – se sont davantage laissés influencer par la différence entre l'idéal qu'elles formulent et le manque de savoir et de faculté de juger que par la crise structurelle de la société civile. De nombreux programmes ont respecté et respectent encore les principes suivants: l'auto-explicitation des sujets de la démocratie par des analyses empiriques des faits, par la découverte de lois qui permettent de reconnaître le prévisible et par des constructions normatives destinés à réaliser l'idéal. Etant donné la situation d'inégalité, d'injustice et de manque de raison de même que celle de l'absence de légitimité de la domination et du pouvoir, l'éducation et la formation par des attitudes axiologiques pointant vers des valeurs acquièrent le statut de moyens par lesquels il faut corriger le manque de proximité par rapport à l'idéal de la modernité.

Toutefois, cette démarche intellectuelle s'accompagne d'un problème connu depuis Kant : celui du pluralisme et du relativisme. Les idées de subjectivité, d'autonomie, de souveraineté et de démocratie n'émergent que dans la pluralité et la concurrence. Il n'existe pas *une* idée et *un* idéal, qui puissent garantir le consensus. *La* vérité d'une théorie reconnue par tous n'existe pas. *Le* moyen juste n'existe pas dans la pratique. Il n'y a pas de consensus sur *la* vie, *le* savoir et *l'*agir justes.

Cette découverte a provoqué un choc épistémique dont les conséquences sont de nature éthiques et politiques. La modernité s'engage dans une culture intellectuelle, animée de l'espoir trompeur selon lequel on pourrait, par le biais d'une *seule* raison substantielle, mesurer la réalité à l'aune d'idéaux. Aucun consensus n'existe sur ce qui est raisonnable dans la théorie et dans la pratique.

Suite à ce choc, les voies de la philosophie et de la politique se sont séparées. Dans une distanciation toujours plus critique vis-à-vis du programme kantien de l'analyse des conditions de possibilité de la faculté de juger, de la responsabilité et du comportement moral juste, d'autres voies ont été proposées. Certains cherchent le salut dans l'explicitation de soi de l'absolu dans un Etat, que la société civile apprivoise par ses mœurs (Hegel), dans

l'affirmation du droit naturel du plus fort (darwinisme social) ou dans la dictature de l'avant-garde (marxisme)¹. Ceux qui n'empruntent pas la voie kantienne ont en commun la méfiance, voire le mépris de la souveraineté des 'petits' sujets, c'est-à-dire des hommes réels, qui semblent tellement peu correspondre au 'grand' sujet, à la raison.

2. *Ne pas être maître de ses actes*

Au 20^e siècle, le fascisme, lui-même avatar de la modernité et expression de la crise de la société bourgeoise, avait « promis » la 'solution finale'. On avait affirmé l'échec des Lumières, de la Révolution et de la démocratie. Le chemin de la modernité débouchait-il donc sur la 'banalité du mal'?

Dans *Eichmann à Jérusalem. Sur la banalité du mal*, Hannah Arendt arrive à la conclusion qu'„il est dans la nature d'un régime totalitaire et peut-être même de toute bureaucratie, de transformer les hommes en fonctionnaires et simples maillons de la machinerie administrative et, par là, de les dés-humaniser“. Eichmann représente la 'normalité terrifiante' d'un nouveau type de criminel, *hostis generis humani*, qui „commet des crimes dans des circonstances telles qu'il lui est pour ainsi dire impossible de savoir ou de sentir qu'il fait le mal“. ² Par là, „on décharge le criminel de la responsabilité de ses actes en la soustrayant à toute forme de déterminisme“. ³ Ce qui intéresse Arendt chez Eichmann, c'est le type même d'individu qu'il représente: Eichmann n'acquiert son identité qu'en se soumettant aux 'ordres' de l'„administration au service de l'extermination“. Le type 'Eichmann' agit, après avoir perdu sa faculté de juger, de parler, de se souvenir, d'exercer son *sens commun* et de reconnaître sa responsabilité: „son incapacité à parler était étroitement liée à son incapacité à penser – à penser notamment du point de vue de quelqu'un d'autre“. ⁴ Eichmann a déclaré avoir lu la *Critique de la raison pratique* de Kant et avoir vécu toute sa vie selon les préceptes moraux de Kant. „Il se mit ensuite à expliquer qu'à partir du moment où il avait été chargé de mettre en œuvre la solution finale, il avait

1 D'autres encore refusent de se soumettre à l'idéal considéré comme irréaliste et plaident pour la stabilisation de la modernité par réajustements et réformes (Comte) ou défendent le système économique (libéralisme de Manchester, colonialisme) avec une tendance croissante à la violence et à l'oppression politiques (militarisme, impérialisme).

2 Arendt 1990, p. 425, tr. fr, p. 1285.

3 Ibid. p. 59.

4 Ibid. p. 1065.

cessé de vivre selon les principes de Kant; qu'il le savait, et qu'il s'était consolé en pensant qu'il n'était plus 'maître de ses actes', qu'il ne pouvait 'rien changer'."

Le cas d'Eichmann met en évidence non seulement „la nature et le fonctionnement de la faculté de juger chez l'homme“⁵, mais encore les raisons et les effets de „l'incapacité de penser“.⁶ Dans ce contexte historique, dans lequel il est question du jugement comme condition de l'agir, Hannah Arendt se voit philosophiquement placée devant „la seule alternative possible dans ce domaine : soit on dit avec Hegel: '*Die Weltgeschichte ist das Weltgericht* [l'histoire du monde est le tribunal du monde], abandonnant ainsi à la réussite le soin du jugement ultime ; soit on soutient avec Kant l'autonomie de l'esprit humain et son indépendance potentielle à l'égard des choses telles qu'elles sont ou telles qu'elles sont venues à l'être.“⁷

Je ne vais pas parler ici de Hegel ou de Kant. Ce qui m'intéresse est la question décisive dans la perspective d'Arendt pour une philosophie de la démocratie: comment l'agir responsable des individus est-il possible⁸? C'est le fascisme qui, porté devant le tribunal de Nuremberg et de Jérusalem, a montré pour quelles raisons il fallait traduire ces questions en termes de norme. Selon Arendt, cette norme est la suivante: „que les êtres humains doivent être capables de distinguer le bien du mal, et cela même si la seule chose dont ils soient maîtres est leur propre jugement, [...] lequel peut s'opposer complètement à ce qu'ils doivent considérer comme l'opinion unanime de tous ceux qui les entourent“.⁹ Arendt connaît le problème lié à cette norme : il consiste en ce que le jugement n'est pas le fait d'un sujet isolé, atomiste. En effet, „lorsqu'on porte un jugement, on le fait en tant que membre d'une communauté.“¹⁰

Cela signifie que les jugements ne sont pas contextuels et relatifs seulement au niveau épistémique, mais aussi au niveau social. Autrement dit, le problème de la faculté de juger n'est pas uniquement un problème épistémolo-

5 Ibid. p. 65, tr. fr. p. 1150. Voir Sandkühler 1994.

6 Ibid. p. 57.

7 Arendt 1985, S. 15, tr. fr. p. 19.

8 Voir Bertrand 1987, Mies/Regenbogen/Sève 1991.

9 Cité d'après Arendt 1985, p. 126.

10 Ibid. p. 97.

gique. Il faut également poser la question des conditions sociales sous lesquelles les sujets¹¹ sont capables d'un jugement et d'un agir responsables. La démocratie, telle est la conception idéale, est une forme de gouvernement autonome, qui nécessite le *sens commun*, autrement dit une pensée autonome non contradictoire et respectueuse des autres. Comme Kant l'a montré, le *sens commun* n'est pas une 'faculté de connaissance' ; il ne consiste donc pas seulement en un élargissement de la connaissance et du savoir. Le sens commun est une 'ouverture d'esprit', un *habitus* épistémique, „à même de s'élever au-delà des conditions subjectives, d'ordre privé, du jugement, [...], [qui] réfléchit sur son propre jugement à partir d'un point de vue universel (qu'il ne peut déterminer qu'en se mettant à la place des autres)“.¹²

Kant n'a toutefois pas répondu à la question de savoir quelles sont les conditions que l'homme doit remplir pour être capable d'autonomie et d'altérité? Au programme de Kant, on peut ainsi opposer l'objection d'Helvétius et de Marx: oui, ce sont les hommes qui construisent leur vie, *mais* dans des conditions qu'ils ne peuvent généralement pas choisir librement. C'est sous la réserve de ce *mais* qu'est aussi placée leur faculté de juger.

3. La faculté de juger

Le concept de faculté de juger, issu de Kant, se réfère à cette faculté qui assure la formation de jugements justes ou adéquats: „la faculté de juger est la capacité de subsomption sous des règles, autrement dit de décider si quelque chose est ou non recouvert par une règle donnée.“¹³ A la dimension épistémologique du concept correspond une dimension éthique: „la règle de la faculté de juger sous des lois de la raison pure pratique est celle-ci: demande-toi toi-même si, en considérant l'action que tu as en vue comme devant arriver d'après une loi de la nature dont tu serais toi-même une partie, tu pourrais encore la regarder comme possible pour ta volonté. Et, de fait, c'est d'après cette règle que chacun juge si les actions sont moralement bonnes ou mauvaises.“¹⁴

11 Voir Biard 1990.

12 Kant, Kritik der Urteilkraft, § 40, B 159, tr. fr., p. 1074.

13 Kant 1977, Bd. 3, p. 184.

14 Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Kant 1977, Bd. 7, p. 188-189, tr. fr., vol. 1, p. 692

La faculté de juger est constitutive de la mise en œuvre de l'impératif catégorique : „Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen.“¹⁵ Kant a tout à fait conscience de la différence, à laquelle nous avons fait allusion ci-dessus, entre l'idéal et le factuel: „Mais quoique l'être raisonnable ne puisse pas espérer que, quand il suivrait ponctuellement cette maxime, ce soit un motif pour que tous les autres y soient également fidèles, [...] cependant cette loi: *agis d'après les maximes d'un membre qui institue une législation universelle pour un règne des fins simplement possible*, subsiste dans toute sa force, parce qu'elle commande catégoriquement.“¹⁶

C'est le contexte historique qui indique pourquoi la faculté de juger n'est, selon Kant, pas seulement un problème de critique de la connaissance. Dans sa *Critique de la faculté de juger* (1790), il affirme: „L'*Aufklärung*, c'est se libérer de la superstition“. L'*Aufklärung*, c'est se libérer „[...] du besoin d'être guidé par d'autres, donc [de] l'état dans lequel se retrouve une raison passive.“¹⁷ Ainsi la pierre d'achoppement est la fausse autorité. Le problème se trouve essentiellement dans ce que Thomasius avait déjà critiqué comme étant „le préjugé d'autorité“.¹⁸ La minorité et la perte de la faculté de responsabilité à l'égard de son agir autonome, ne sont pas en premier lieu la conséquence d'une confiance aveugle/non critique en des autorités individuelles. Elles résultent surtout d'une obéissance aveugle à l'autorité institutionnelle – qu'il s'agisse de la religion, du parti, de l'Etat, des forces économiques, des média... Si l'on suit Kant, sans faculté de juger, il n'y a ni agir rationnel ni responsabilité. Peut-on le suivre ?

¹⁵ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Kant 1977, Bd. 4, p. 429., tr. fr., vol. 2, p. 295.

¹⁶ Ibid. p. 438-439, tr. fr. 306-307.

¹⁷ Kant 1956, 188. *Critique de la faculté de juger*, § 40, tr. fr. 1073-1074.

¹⁸ Voir Thomasius 1691, chap. 13, § 41 ff.

4. Agir et responsabilité

Par le concept d'*action*¹⁹, j'entends le comportement d'une personne, suscité par une intention d'agir (un vouloir, un acte de volonté) et par l'adéquation entre l'intention et l'acte. L'intention naît de souhaits et de préférences. La décision d'agir suppose, quant à elle, que la personne considère qu'il est optimal pour elle d'atteindre l'objectif de son action. Ce qui est considéré comme optimal dépend de la mise en balance des alternatives possibles et des conséquences attendues de l'action, autrement dit de jugements. Ces jugements sont contextuels. Ils sont liés à des présuppositions cognitives et épistémiques et à des conditions sociales. Ils reposent sur des convictions et des jugements de valeur devenus habituels et souvent empruntés à d'autres.

La '*responsabilité*' signifie, selon moi, „la possibilité de reprocher à un individu les conséquences de son action de même que la pression croissante pour ce dernier de se défendre contre ce reproche. Le concept de responsabilité a comme but de proposer des critères d'après lesquels on peut établir un lien entre les sujets agissants et les conséquences de leurs actes.“²⁰ La '*responsabilité*' est un concept relationnel, „incluant (au moins) quatre éléments et les rapports qu'ils entretiennent: un *sujet* est 'responsable' d'un *objet* devant une *instance* en référence à un *système de valeurs*“.²¹

Ce n'est pas en tant qu'individus 'libres' et isolés que les personnes décident de leur agir. Leur responsabilité est liée aux objets disponibles, à des systèmes de valeurs et à des instances morales et institutionnelles qui posent des normes et délivrent des sanctions. Une de ces instances est la conscience morale (*Gewissen*)²², que Kant définissait dans sa *Métaphysique des Mœurs* comme 'la conscience d'un *tribunal interne* en l'homme'. Il est dès lors nécessaire de se poser les questions suivantes: quel est le degré de formation de cette conscience ? De quel savoir des normes et valeurs morales ultimes la personne dispose-t-elle? De quels jugements sur la validité des normes est-elle capable? Le champ des possibilités quant aux motivations, intentions, convictions, jugements de valeur, décisions et actions

19 Je me réfère ici à Lumer 1999.

20 Bayertz 1999, p. 1683; voir Bayertz 1995.

21 Bayertz 1999, p. 1684.

22 Voir, par exemple, Kittsteiner 1991, Höver/Honnefelder 1993.

est limité par des conditions émotionnelles, cognitives et sociales²³. Généralement les motifs de la responsabilité sont reliés aux causes des actions. Si les actions sont comprises comme des causes – qu’elles soient de nature sociale ou neurologique –, comment peut-on encore affirmer que la responsabilité est le fait de personnes libres?

5. *La crise du savoir*

Les sociétés modernes, dit-on, sont des sociétés du savoir. Indépendamment des contextes idéologiques, il est important de se demander ce que les hommes *peuvent* savoir. La croissance exponentielle du savoir nous met devant la difficulté de déterminer qui sait quoi et qui ne sait pas quoi. Nos jugements sont de nature problématique si nous ne savons pas ce que nous ne savons *pas*. C’est pourquoi, à côté d’une épistémologie du savoir, il devient nécessaire de mener une phénoménologie du non-savoir. De plus: Comment les individus et les collectivités, telles que les sociétés, réagissent-ils face au non-savoir et à ses conséquences?

Le non-savoir est quotidien. En général, je ne connais pas les processus qui commandent la technique à laquelle je recours. Par ailleurs, si je ne suis pas expert, je ne sais pas comment fonctionne un monopole transnational. L’ignorance imprègne donc nos convictions. Elle est à l’origine des préjugés et des clichés. Elle paralyse l’auto-détermination volontaire, qui présuppose la connaissance des *raisons* qui poussent à agir. Elle provoque l’angoisse devant l’inconnu, qui décourage l’action.

D’où vient l’ignorance? Les hommes se soustraient-ils au devoir de connaissance, parce qu’ils ont peur de prendre leur responsabilité? Cette proposition est partiellement vraie. Néanmoins, une des raisons principales de l’ignorance tient à un processus objectif qui détermine largement notre époque, à savoir la révolution des sciences et de la technologie. À côté des éléments positifs qu’elle génère, cette révolution a engendré un dilemme, une *crise du savoir*. Cela non pas en dépit du fait que, mais bien parce qu’elle est fondamentalement une révolution *épistémique*, autrement dit une révolution du savoir: elle élargit le champ du savoir humain et signifie, par conséquent, pour l’individu particulier que son ignorance ne cesse de croître. La crise ne réside pas en ceci qu’il est impossible pour chacun

²³ Le concept de personne, qui imprègne la modernité depuis John Locke, présuppose des êtres pensants et intelligents, disposant d’une raison, d’une capacité de réfléchir et d’une conscience de soi. Grâce à ces facultés, ils sont capables de conduire leur vie de manière réfléchie et de gérer tant bien que mal leurs modes d’action futurs.

d'entre nous d'être en même temps, physicien, historien et technologue. Il ne s'agit pas de se demander comment chacun peut tout savoir. Si ce n'est pas l'étendue quantitative des connaissances de détails qui importe, la question doit être reformulée afin de mettre en avant son caractère qualitatif: Qu'est-ce un savoir suffisant? La réponse à cette question conduit à la dimension pratique du problème de l'agir responsable. Peut-on rendre les individus responsables d'actions dont ils ignorent les raisons?

La crise du savoir tient en ceci que le système épistémique est devenu chaotique. Etant donné la diversité croissante de ce que l'on peut savoir, les individus auront toujours plus difficile à comprendre leur monde selon des *universaux de signification*. La répartition des tâches épistémiques et l'expertocratie exhibent une sorte de résignation face à la masse des données, en elles-mêmes insignifiantes, que la faculté de juger n'est plus capable ni d'évaluer ni d'interpréter. Une des réactions que l'on entend généralement est: „Ne te donne pas la peine de m'expliquer, je ne comprendrai de toute façon pas ce que tu me dis.“ L'aliénation croissante par rapport au savoir diminue dès lors les chances d'élargir sa faculté de juger. Le savoir potentiel devient répressif lorsqu'on en abuse pour manipuler ceux dont on utilise l'ignorance pour les dominer.

6. Le choc épistémique de la modernité et des stratégies risquées de compensation

Traditionnellement, la tâche de la philosophie ne consiste pas à permettre aux individus d'accéder à un savoir particulier, mais bien à l'*intégralité du savoir*. Cependant, on sera amené à porter un jugement sceptique sur les chances de réussite de la philosophie dans les conditions actuelles. Pourquoi? Je citerai ici deux raisons. (1) La philosophie est elle-même devenue de plus en plus une science, et elle s'apparente à un système régi par des experts; sa démarche de pensée et son langage ne sont donc qu'à la portée d'un nombre limité d'individus. (2) La philosophie a contribué, de manière prépondérante, au choc épistémique de la modernité, dont j'ai parlé plus haut. En effet, la philosophie a énoncé la question, à peine supportable, que Cassirer a formulée en ces termes: „Quelle certitude avons-nous que le *symbole* de l'être, que nous croyons percevoir dans nos représentations, nous donne un reflet exact de sa forme au lieu de la déformer dans ses traits essentiels?“²⁴ C'est précisément cette certitude, jusque là garantie par les

²⁴ ECW 6, 305 f.

sciences, que la philosophie de tradition kantienne a détruite. Elle affirme: nos systèmes de signes ne traduisent en aucun cas la réalité en soi, ils ne reflètent même pas les apparences. Les signes, les symboles et les images sont des *citations* d'apparences.²⁵ La philosophie mine ainsi la croyance positiviste selon laquelle „les faits observables et quantifiables, tels qu'ils ont été établis par les scientifiques et les experts, procurerait un jour à l'homme une connaissance si complète de la nature et de la société, qu'il serait capable de maîtriser les deux. La précision remplacerait la métaphysique, la planification résoudrait les conflits sociaux, la vérité évincerait la subjectivité“.²⁶ La philosophie assure un fondement épistémique intégrant scepticisme, pluralisme et relativisme. Toutefois, ces derniers éléments sont moins perçus comme des acquis de la modernité, c'est-à-dire comme une libération, que comme une menace qui débouche sur une crise de la connaissance de soi par l'homme.

Dans cette crise se mettent en place des stratégies et des mécanismes individuels et collectifs visant à colmater les failles qui, d'une part, existent entre le savoir objectivement possible et le savoir individuellement accessible et qui, d'autre part, peuvent apparaître entre le scepticisme et la perte d'orientation qui en résulte.

Dans le large éventail des mécanismes compensatoires et des stratégies usurpatrices, je n'en mentionnerai que deux – d'un côté, l'utopie abstraite et, de l'autre, la désinformation par les médias sous la forme d'images. Ces deux tendances concourent à la ruine de la faculté de juger : elles accroissent l'irrationalité de l'agir et elles détruisent la possibilité d'être responsable.

6.1 *L'utopie abstraite*

„Personne n'est jamais vraiment chez soi“. Cette phrase, que l'on trouve chez Montaigne, peut être interprétée comme une critique du concept d'espoir trompeur et d'utopie, grâce auxquels il semble possible de s'échapper de la réalité. „Personne n'est jamais vraiment chez soi. Nous flottons toujours en quelque sorte au-dessus de la réalité. Craintes, espoirs, souhaits nous portent toujours vers l'avenir. Ils nous font perdre la possibilité de percevoir et de nous concentrer sur ce qui est maintenant. A

²⁵ Je reprends ici une des réflexions que John Berger a formulées à propos de la photographie (Berger/Mohr 2000, p. 96).

²⁶ Ibid., p. 99.

l'inverse, ils nous font miroiter des choses qui devraient arriver un jour, peut-être seulement quand nous ne serons plus.“

L'ignorance et le manque de jugement sont les foyers d'où émanent des stratégies de compensation. Comme dans tous les états de la conscience, on retrouve aussi dans l'ignorance l'*attente d'un sens*. Si les explications fondées sur un savoir ne fournissent pas le sens recherché, on tentera de le trouver dans l'espoir abstrait que l'être se révèle dans des visions inexplicables.

Ce mécanisme de compensation inclut également la sortie de la réalité vers un meilleur avenir, qui se révèle de lui-même ou est révélé par des images du futur. Etant donné que l'état d'ignorance ne nous permet pas de comprendre que l'utopique *est* utopique, l'utopisme doit faire appel à une fiction : la fiction selon laquelle le monde nouveau serait déjà présent. Ceci a comme conséquence que l'utopie abstraite, l'utopie dont on ne connaît pas les conditions et sujets de réalisation, se trouve démunie face aux tentatives qui cherchent à la déloger. L'utopique confère son propre sens à la représentation idéologique et politique du prétendu présent. Il rend possible une vision d'avant-garde apparemment détentrice de la vérité sur l'avenir et justifie l'exercice de la domination et de la coercition. L'utopisme nourrit l'espoir d'une fuite 'dans le pays où coulent en abondance le lait et le miel'. Il cherche à s'auto-légitimer en affirmant que ce que l'on ne connaît pas est déjà connu – la 'Jérusalem céleste'. Dans le quotidien, fuir la réalité est une attitude aussi courante que l'ignorance. Et ceci n'est pas seulement attesté par l'histoire des religions et l'histoire politique. Moins l'individu connaît de choses, moins il a des raisons concrètes d'espérer. D'où la probabilité, sans cesse croissante, de fuir dans des vérités de *seconde main*, telles qu'elles sont proposées par les experts, les gourous, les sectes, les partis politiques ou les médias.

6.2 *La fausse autorité des images*

„Nous sommes“, écrit John Berger dans sa théorie de la photographie, „entourés d'images photographiques, qui forment un système global de fausses informations: tel le système bien connu de la publicité, destiné à propager les mensonges qui encouragent la consommation. Le rôle joué par la photographie dans ce système est éclairant. Le mensonge est construit devant l'appareil photographique. Ce qui est 'composé' est un 'tableau' fait d'objets et de figures. Ce 'tableau' utilise un langage symbolique [...], une sorte d'histoire en filigrane [...]. Ce 'tableau' est alors photographié.

L'appareil photographique peut donner un caractère d'authenticité à toutes sortes d'apparence, même si elles sont tout à fait fausses. L'appareil ne ment pas non plus lorsqu'on l'utilise pour représenter un mensonge. Cela donne au mensonge une *apparence* encore plus vraie.²⁷

Les images de la première guerre du Golfe avaient été présentées comme des 'nouvelles'. L'information que l'on cherchait à diffuser était que les armes de précision épargnent les populations. Les nouvelles sont des faits, les faits sont des certitudes. Les faits supposés exercent ainsi la fonction d'autorités épistémiques. Chercher à croire qu'une image est une certitude équivaut à la recherche d'un sens déjà là. Mais les images sont sélectives; elles reprennent des fragments d'apparence, dans lesquels la totalité, l'universel et l'histoire disparaissent. La télévision montre tous les soirs des images de guerre. Le contexte global manque; du capitalisme, on ne peut pas fournir d'image. Si le savoir et la faculté de juger présentent des lacunes, c'est alors la manie d'imitations authentiques, de copies directes de la réalité, qui remplit l'attente de sens. L'image, que l'on prend pour une copie, nous soustrait en même temps à la question de savoir qui est responsable, quelle était son intention et dans quelle configuration il œuvrait. Elle dégage le destinataire de sa responsabilité de poser cette question et de se former un jugement. Cet enchaînement ne vient pas seulement d'un manque de savoir. Il vient surtout du fait qu'on ignore ce qu'on ignore.

7. Pour la démocratie – un bref bilan

Les réflexions proposées ici ont pointé des problèmes qu'on ne peut éviter quand on parle d'autonomie, d'action et de responsabilité. Au vu des dilemmes de la modernité que nous venons de présenter, on peut se demander quelles sont les raisons permettant de plaider en faveur de la démocratie? Si la règle générale est que l'on ne peut pas prendre pour acquis que tous les individus sont mûrs quant à leur faculté de juger, comment alors affirmer que le citoyen responsable est souverain? Cette question semble tenir compte de la différence entre l'idéal moderne et la facticité. Elle suggère que des alternatives existent – par exemple, la domination d'une élite disposant d'un vaste savoir, tels que les rois philosophes chez Platon ou le bureau politique d'un parti unique. Seules de telles formes du politique paraissent capables d'assumer le manque de responsabilité largement répandu parmi les citoyens.

²⁷ Berger/Mohr 2000, p. 96.

Mais ce raisonnement est incorrect. En effet, la démocratie ne représente un paradoxe qu'en apparence: elle pose les plus hautes exigences vis-à-vis des individus, mais compense en même temps leurs déficits de la seule manière qui soit raisonnable. La démocratie ne constitue pas l'organe d'une société idéale, et elle ne le deviendra pas. L'idée d'une démocratie, qui n'est jamais donnée une fois pour toutes mais toujours à développer, est le résultat du constat que les hommes ne sont ni proches de l'idéal d'un savoir total et d'une faculté de juger infaillible, ni capables d'ériger la société idéale dont ils rêvent. La démocratie est la fin de l'illusion qui caractérise les hommes quant à la possibilité de réaliser leur idéal. Elle n'accorde à l'idéal que la faible fonction d'un principe régulateur et empêche ainsi la terreur au nom de cet idéal. Elle est la forme politique d'un refus: *un idéal unique, une vérité unique* – ceux-ci ne devant jouir d'aucun privilège ni d'aucune priorité quant à leur réalisation. La démocratie est synonyme de désenchantement permanent sur les facultés de ses sujets à agir librement et rationnellement et à être totalement responsables en vertu de l'autonomie au sens moral, facultés qui sont davantage des idéalizations.

Que prône-t-on quand on plaide en faveur de la démocratie? On prône une souveraineté qui connaît et compense les lacunes du souverain. Aucun doute: la démocratie doit être encouragée par l'accès de tous à l'éducation et au savoir et par la transparence. Mais on ne doit présumer ni de soi-même ni de cette forme de souveraineté. La démocratie doit tout d'abord faire ses preuves comme espace public caractérisé par des procédures justes et un droit juste. La démocratie est, selon Norberto Bobbio, un ensemble de règles fondamentales „qui établissent *qui* a le droit de participer aux décisions collectives et selon quelles *procédures* ces décisions sont prises. [...]. En ce qui concerne les sujets appelés à prendre des décisions collectives (ou à y participer), un régime démocratique se distingue en ceci que ce pouvoir de décision (qui, lorsqu'il est autorisé par la loi, devient un droit) est aux mains d'une très grande partie des membres de la société²⁸.”

Ceci est, à vrai dire, un concept minimal de la démocratie. Pour la définir, il faut encore y ajouter deux éléments: (1) „Ceux qui sont appelés à décider (ou à élire ceux qui prendront les décisions) doivent être placés devant de réelles alternatives entre lesquelles ils doivent avoir la possibilité de choisir. Afin de réaliser cette condition, ceux qui sont appelés à décider doivent pouvoir être sûrs de ce qu'on appelle les droits à la liberté: liberté de pen-

²⁸ Bobbio 1988, p. 8sq.

sée et d'expression, liberté de réunion et d'association.“ (2) la démocratie ne peut exister que sous la forme d'un état de droit, „c'est-à-dire d'un Etat, qui n'exerce pas seulement son pouvoir *sub lege*, mais qui l'exerce aussi dans les limites posées par la reconnaissance constitutionnelle des droits dits 'inaliénables' de l'individu²⁹.“ Tel est le contexte qui montre qu'on ne peut par renoncer, dans l'intérêt des droits individuels à la liberté, au principe selon lequel l'ignorance et le manque de faculté de juger ne libèrent pas les destinataires des normes de leur devoir et ne les protègent pas des sanctions, par lesquels un état de droit garantit ces normes.

On ne peut pas présupposer l'harmonie des intérêts de tous. Le pluralisme comme le relativisme qui lui est corrélatif doivent acculturer un ordre de la liberté par d'autres moyens que les normes éthiques.

Je résume: un plaidoyer pour la démocratie ne doit pas partir du principe que l'idéal du sujet autonome, responsable et capable de jugement est réalisé. Au contraire: la démocratie est possible parce que les hommes maîtrisent et compensent leurs déficits grâce au droit. La démocratie, dont je parle, n'est pas donnée comme un ordre déterminé; elle est, et reste, une mission que les sujets peuvent se donner et qu'ils doivent se donner en raison de leurs prétentions à l'autonomie. C'est précisément dans ce sens que la démocratie est le déploiement d'un gouvernement autonome³⁰. Elle permet d'agir et d'être responsable, également dans les conditions d'un savoir limité et d'une faculté limitée de juger. A condition qu'elle soit un ordre juste, elle propose également d'élargir le savoir, la faculté de juger et les possibilités d'agir. Le cercle se referme.

²⁹ Ibid., p. 10.

³⁰ Etant donné qu'il est question ici de maîtrise de soi et pas seulement d'ordre au sens strict du terme, il n'est pas nécessaire de mentionner les fonctions de compensation des déficits et de maintien de l'ordre que d'autres formes de domination (la monarchie ou la dictature) pourraient prendre.

Bibliographie

- Arendt, H., 1985 [1982], Das Urteilen. Texte zu Kants politischer Philosophie. Hg. und mit einem Essay von Ronald Beiner, München/ Zürich.
- Arendt, H., 1990 [1964], Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen, Leipzig.
- Bayertz, K. (Hg.), 1995, Verantwortung: Prinzip oder Problem?, Darmstadt.
- Bayertz, K., 1999, Verantwortung. In: H.J. Sandkühler (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 2, Hamburg.
- Berger, J./ J. Mohr, 2000 [1982], Eine andere Art zu erzählen. Unter Mitarbeit v. N. Philibert. Aus dem Engl. V. K. Stromberg, Frankfurt/M.
- Bertrand, M. et al., 1987, JE. Sur l'individualité, Paris.
- Biard, J., 1990, Subjekt. In: H.J. Sandkühler (Hg.), Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 4, Hamburg.
- Bobbio, N., 1988, Die Zukunft der Demokratie, Berlin.
- Cassirer, E., 1944, An Essay on Man. An introduction to a philosophy of human culture. New Haven and London 1972.
- Cassirer, E., 2000 [1910; 1923], Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik, Hamburg.
- Hegel, G.W.F., Werke in zwanzig Bänden. Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe. Redaktion E. Moldenhauer und K.M. Michel, Frankfurt/M. 1970 ff.
- Höver, G./ L. Honnefelder (Hg.), 1993, Der Streit um das Gewissen, Paderborn/München/Wien.
- Kant, I., 1784, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? In: Berlinische Monatsschrift. Dezember-Heft 1784. S. 481-494
- Kant, I., 1956, Kritik der Urteilskraft, Leipzig.
- Kant, I., 1977, Werke in zwölf Bänden. Hg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt/M.
- Kittsteiner, H., 1991, Die Entstehung des modernen Gewissens, Frankfurt a.M./Leipzig.
- Lumer, Ch., 1999, Handlung/Handlungstheorie. In: H.J. Sandkühler (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg.
- Mies, Th./ A. Regenbogen/ L. Sève, 1991, Individualisierung in der Gesellschaft, Hamburg [DIALETIK 1991/3].
- Rousseau, J.-J., o.J., Emil oder Über die Erziehung. Frei aus dem Französischen übersetzt von Hermann Denhardt. Neue Ausgabe, Band 1 und 2, Leipzig.

- Sandkühler, H.J., 1991a, Demokratie des Wissens. Aufklärung, Rationalität, Menschenrechte und die Notwendigkeit des Möglichen, Hamburg.
- Sandkühler, H.J., 1991b, Die Wirklichkeit des Wissens und das epistemische Menschenrecht. Praktisch-philosophische Konsequenzen des epistemologischen Realismus. In: ders./ D. Pätzold (Hg.), Die Wirklichkeit der Wissenschaft – Probleme des Realismus, Hamburg [DIALEKTIK 1991/1].
- Sandkühler, H.J., 1994, Die Krise der Urteilsfähigkeit und die Verantwortbarkeit des Handelns. In: ders. (Hg.), Freiheit, Verantwortung und Folgen in der Wissenschaft, Frankfurt a.M./ Berlin/ Bern.
- Séve, L., 1985, Wissen und Verantwortung. In: M. Buhr/ H.J. Sandkühler (Hg.), Philosophie in weltbürgerlicher Absicht und wissenschaftlicher Sozialismus, Köln.
- Thomasius, Ch., 1691, Ausübung der Vernunftlehre, Halle (Reprint Hildesheim).

HOMO MENSURA – POUVOIR SAVOIR

1. Savoir et maîtrise de soi

Les réflexions que j'expose ici portent sur les rapports entre pouvoir et savoir, compris dans une perspective particulière. Mon thème est le savoir comme fondement du pouvoir des hommes sur eux-mêmes, comme fondement de la maîtrise de soi et de l'autonomie. Je distingue ce pouvoir, comme faculté de disposer de soi, de cet autre à l'état de puissance arbitraire, qui dispose des hommes sans que les hommes soient autorisés à disposer d'eux-mêmes. Nul besoin, dans ma perspective, de traiter du pouvoir légitimé par le droit. Je parlerai ainsi de la maîtrise de soi résultant d'une activité épistémique libre, par opposition au pouvoir qui empêche l'épanouissement de cette liberté ou qui l'opprime. La perspective épistémologique, pour laquelle j'ai opté, conduit vers une éthique épistémique et une philosophie de la démocratie ; je n'évoquerai toutefois cette dimension que de manière implicite ici. Le présupposé sur lequel repose mon concept théorique réside – pour parler avec G. Bachelard – dans le choix d'un profil épistémologique, que l'on peut qualifier de réalisme interne. Ce réalisme modéré ne soumet pas le savoir à la dépendance causale d'une reproduction ou copie d'une réalité qui le déterminerait, mais il le définit comme acte libre de formation d'une *réalité à la mesure de l'homme*. Je n'accepte donc pas la thèse de Jean Baudrillard qu'il exprime dans son texte intitulé *Qui pense qui ? C'est le monde qui nous pense* : „Désormais ce n'est plus l'humain qui pense le monde, c'est l'inhumain qui nous pense. [...] Alors pourquoi ne pas jouer le jeu jusqu'au bout, accélérer le processus et précipiter d'autres enchaînements, d'autres formes – celles d'une fatalité objective dont nous n'avons même pas l'idée ?“¹

J'aimerais montrer, dans un premier temps, qu'une telle épistémologie n'est pas une invention nouvelle, mais trouve son origine chez Francis Bacon. C'est lui qui lance l'expression „le savoir est le pouvoir“, et cela dans le contexte d'une théorie de la 'maîtrise de soi'. Dans un second temps, je consacrerai un petite digression historique à un thème quelque peu inattendu dans ce contexte : il s'agit du fait de brûler des livres. C'est un signe de destruction du savoir par un pouvoir qui se sent menacé par la prétention à la maîtrise de soi et à l'autonomie. La partie principale de mon

¹ Baudrillard 2000, p. 62 sq.

exposé sera consacrée à l'esquisse d'une épistémologie qui s'oppose à un tel type de pouvoir.

Des raisons systématiques peuvent être données à l'appui de cette composition à partir d'éléments en apparence hétérogènes. La première raison consiste en ceci qu'il est important de répondre à la question que je considère comme une des plus importantes de la philosophie: *la connaissance et le savoir sont-ils libres de former une réalité qui trouve son fondement dans la maîtrise de soi?*

Pour une théorie du droit et de l'État à mesure humaine

Cette question rappelle celle de Kant pour qui, d'ailleurs, la question „Que pouvons-nous savoir?“ précède les deux autres: „Que pouvons-nous espérer?“ et „Que pouvons-nous faire?“ Si nous ne savons pas *ce que* nous pouvons savoir ni *de quelle manière* nous pouvons le savoir, alors nous ne pouvons pas non plus nous décrire nous-mêmes. Or les descriptions de soi établissent les fondements de notre savoir sur le monde. La seconde raison se trouve dans la signification accordée au savoir par un pouvoir qui, en tant que *pouvoir de soi*, autrement dit maîtrise de sa propre vie, exerce la fonction non pas d'oppression mais de libération.

La philosophie et les sciences – de même que les arts – ont été depuis Kant traversées par un processus de dissolution des prétendues certitudes, de *dissolution du donné*, autrement dit de dissolution d'une réalité donnée à l'avance et soumise à la représentation sous la forme de 'reproduction' ou de 'reflet'. Toutefois, ce processus a commencé beaucoup plus tôt. Il remonte au *Novum Organon* de Francis Bacon. Pour le dire en un mot: déjà chez Bacon, l'idée de représentation-reflet du monde dans la pensée est devenue obsolète, et la confiance naïve dans la perception des sens comme seul accès 'objectif' à la réalité a disparu. Ce processus a comme conséquence l'apparition de l'idée de la *formation du monde dans la connaissance*. Etant donné qu'il n'existe pas une seule manière de former le monde, émerge l'idée de la *conception pluraliste de mondes*, autrement dit de *versions du monde*. Le contenu de ces deux idées peut être exprimé comme suit: ni la nature ni le monde historique ne nous imposent une connaissance à *leur mesure*. Le 'monde objectif' devient, dans la connaissance et le langage, *notre monde*.

Nelson Goodman établit le bilan de cette évolution de la pensée. Il affirme que notre fond de conscience actuel est traversé par la connaissance relative à „la multiplicité des mondes, leur dépendance par rapport à des systèmes

de symboles que nous construisons, la diversité des critères de justesse auxquels sont soumises nos constructions.“ Dans *Ways of Worldmaking*, Goodman souligne que tel est le résultat essentiel de la philosophie moderne „qui commence lorsque Kant substitue la structure de l’esprit à la structure du monde [...] et qui se poursuit maintenant avec la substitution de la structure des différents systèmes de symboles à la structure des concepts dans les sciences, en philosophie, dans les arts, la perception et le langage quotidien. Le mouvement va d’une unique vérité et d’un monde établi et „trouvé“, au processus de création d’une diversité de versions correctes, et même conflictuelles, ou de mondes.“²

La nouvelle culture intellectuelle considère la réalité comme formée des cercles concentriques, au centre desquels se trouve un sujet critique appliquant le doute méthodique. *Nous prescrivons à la réalité les lois de notre esprit sans que la réalité nous fournisse une garantie de l’adéquation de notre connaissance.* Je n’oublie pas les courants opposés – du matérialisme classique au nouveau naturalisme et à la critique postmoderne du sujet. Cependant, ma thèse consiste à dire que la nouvelle culture intellectuelle est dominante, et cela jusque dans les évidences de notre conscience quotidienne. La raison de cette évolution n’est pas un secret, si on la considère depuis Bacon. La raison de la libération du savoir par rapport à la proclamation d’une seule vérité et à la soumission, par le pouvoir, aux représentants de cette vérité unique est l’aspiration à la maturité et à la liberté, au pouvoir libre des individus sur eux-mêmes Et à une vie dans des ordres librement choisis.

Dans une telle perspective, le rapport entre le pouvoir et l’ordre change. Comme Foucault l’a montré – et il n’est pas le seul –, chaque époque engendre un ordre propre du savoir, qui organise, structure et contrôle notre rapport à la réalité. Le savoir et la langue ne sont pas des reproductions passives d’un ordre prédonné, mais des facultés actives qui créent des ordres. Foucault montre également comment le pouvoir peut noyauter ces ordres et les absorber comme son propre instrument de telle sorte qu’il ne reste plus de place pour des conceptions alternatives.³

² Goodman 1992, p. 7.

³ Cf. Foucault 1966.

2. *Le savoir est le pouvoir*

En 1620 paraît le *Novum Organon* de Francis Bacon. Il pose un jalon sur le chemin vers une nouvelle conception du savoir. Selon ses propres mots, l'auteur „transmet à l'homme des trésors par la libération de l'esprit et la prise de conscience de sa maturité“. Cette phrase constitue le contexte du topos trop souvent mal compris: „le savoir est le pouvoir“. Encore toujours dénoncé comme l'apologie de la domination humaine *sur* la nature, le *Novum Organon* est pourtant la véritable origine de ce mouvement des Lumières qui a inauguré la modernité.

Le savoir est pouvoir – Bacon ne voulait pas dire par là que c'était au savoir de fonder le pouvoir. Au contraire, le savoir est le moyen d'atteindre le bien-être de l'homme. Ce savoir est le pouvoir vis-à-vis duquel la puissance politique sur les hommes et la maîtrise technique de la nature doivent se justifier.

Dans sa préface, Bacon exprime son but: que „l'esprit puisse user de son droit sur les choses de la nature“, après que les hommes ont reconnu qu'ils ne connaissent vraiment „ni leurs moyens ni leurs forces“.⁴ Cette critique s'adresse à la prédominance des autorités de l'Antiquité, à la métaphysique scolastique et aux „idoles qui accaparent l'esprit“.⁵ L'*Organon* est donc „l'apprentissage d'un meilleur usage de la raison par l'examen des choses et la connaissance des vrais instruments de la raison“.⁶

Dans le premier livre de l'*Organon*, les 'Aphorismes sur l'interprétation de la nature et de la domination de l'homme' contiennent une phrase qui réfute l'image de Bacon comme théoricien de la domination de la nature et qui stipule que la domination doit être entendue au sens de *maîtrise* des rapports de l'homme avec lui-même et avec la nature. Son vrai motif consiste à rendre possible un rapport humain rationnel à la nature par l'amélioration de la rationalité du rapport à soi: „l'homme, serviteur et interprète de la nature, ne crée et ne comprend autant de choses qu'il peut, à travers la chose ou l'esprit, observer de l'ordre de la nature. Il ne connaît et ne peut plus“.⁷

L'esprit humain – telle est la critique que formule Bacon – a tendance, à présupposer que les choses, contrairement à leur véritable statut et com-

4 Bacon 1982, p. 6.

5 Ibidem, p. 24.

6 Ibidem, p. 20.

7 Ibidem, p. 41.

portement, répondent à un ordre et à une uniformité. La raison a tendance à subsumer les perceptions sous du connu afin de pouvoir s'autoconfirmer. Dans la recherche des causes, elle invoque précipitamment des causes finales. L'extension de la maîtrise de l'homme sur ses propres conditions de vie ne peut se dérouler de la sorte. Dans la mesure où l'interprétation de la nature devient le thème de la philosophie pratique, une philosophie de la nouveauté, une philosophie de la recherche et de la découverte doit créer des fondements épistémologiques totalement différents de ceux que l'on attribue généralement à l'empirisme. Bacon formule une proposition qui appartient, dès le départ, à l'éclaircissement du savoir par lui-même: toutes les perceptions des sens et de l'entendement naissent *ex analogia hominis* et non *ex analogia universi*. Autrement dit: l'intellect mêle *sa propre nature* à celle des choses: nous reconnaissons les choses non selon leur mode propre mais selon le nôtre.⁸

La vision optimiste du monde de Bacon se fonde sur sa théorie de l'*imagination*, autrement dit du pouvoir des représentations dont l'esprit humain est capable. Le savoir, et surtout la science, rend l'homme capable de 'créer une seconde fois' le monde.

Dans cette perspective on peut dire que le savoir est pouvoir. Le savoir crée la possibilité de maîtriser la nature intérieure et extérieure, c'est-à-dire le *regnum hominis*. Il n'est soumis à aucun autre pouvoir que celui qui peut être exercé au nom du progrès de l'humanité, pour lequel Bacon plaide dans son utopie *Nova Atlantis*. C'est pourquoi Kant n'hésite pas à se référer à Bacon. Et si, bien plus tard, le mouvement ouvrier allemand a fait référence à Bacon et a exigé d'accéder au „ savoir comme pouvoir “⁹, il l'a fait dans la perspective de l'interprétation marxienne de la fin du communisme comme une „association, dans laquelle l'épanouissement libre de chacun est la condition de l'épanouissement libre de tous“.

3. Destruction du savoir par le pouvoir

L'activité libre de la connaissance et le savoir qui conduit à la maîtrise de soi sont constamment confrontés au pouvoir et à l'oppression. L'une des formes barbares prises par l'oppression est le fait de brûler des livres. Dans

8 Bacon 1990, p. 100.

9 Cf. par exemple Liebnecht 1872.

l'ensemble de l'histoire de la culture, ce fait¹⁰ est l'acte de la destruction publique ritualisée du savoir, par laquelle les convictions et les idées de personnes ou de groupes de personnes doivent, pour des raisons politiques, religieuses, morales ou autres, être rayées de la mémoire des contemporains et de l'humanité sous la forme d'une *damnatio memoriae*. Contrairement à l'*autodafé* symbolisant la destruction de soi par l'auteur qui est la forme la plus radicale de l'autocensure, le fait de brûler des livres symbolise la destruction de toute contribution au progrès de la connaissance. Depuis l'Antiquité¹¹, le pouvoir détruit son ennemi en mots et en images. Dans le colonialisme, les symboles du patrimoine linguistique de l'étranger' et généralement, les traditions culturelles alternatives qui auraient pu soutenir la résistance contre l'agresseur, ont été détruites. La fonction de la destruction consiste donc à assurer le pouvoir.

Les livres sont aussi brûlés au nom de la nouveauté. L'incendie des bibliothèques est une métaphore du dépassement de l'Ancien, c'est-à-dire du savoir, inutile pour le progrès, qui a soi-disant 'survécu'. Ainsi trouve-t-on chez Hume dans son *Enquête sur l'entendement humain* le constat suivant: „A nous [...] promener dans nos bibliothèques, quels ravages devrions-nous faire! Prenons n'importe quel livre en main, par exemple de théologie ou de métaphysique, et posons-nous la question: *contient-il une explication abstraite sur les dimensions et les nombres?* Non. *Contient-il une explication, basée sur l'expérience, sur les choses et l'existence?* Non. Ainsi le jette-t-on au feu, car il ne peut que contenir sophismes et supercheries“.¹² Un second exemple: en 1813, Charles Fourier écrit: „Après 3000 ans et 500000 livres, servant la recherche de la vérité et de la lumière, reconnaissez donc que vous vous êtes trompés, que vos bibliothèques constituent des archives humiliantes par leurs contradictions et leurs erreurs [...]. Cependant, pour payer le prix de la découverte des lois de la nature, vous devriez être prêts à sacrifier vos bibliothèques“.¹³

Faisons un saut vers l'histoire récente. En 1944, la bibliothèque nationale de Pologne est détruite après l'insurrection de Varsovie. C'était la dernière destruction des livres par le fascisme. Les autres, commis par le national-

10 Cf. l'article <Bücherverbrennung> de H.J. Sandkühler dans: Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Tome 1, Hamburg 1990.

11 Cf. Canfora 1988.

12 Hume 1748.

13 Fourier, Manuscrits, p. 164-169.

socialisme depuis le 10 mai 1933 à Berlin et dans d'autres villes allemandes, en ont constitué un prélude symbolique. Victimes de la barbarie furent les écrits des démocrates, des socialistes, des communistes et des juifs, tant pour des raisons racistes qu'idéologiques. Ceux qui avaient vu clair avaient déjà pressenti cette évolution avant 1933. L'écrivain Axel Eggebrecht écrivait en 1932: „En toute apparence, nous nous approchons du temps, dans lequel le bon vieux dicton des travailleurs: 'le savoir est le pouvoir' constituera en lui-même l'élément d'une haute trahison. Nous avons hésité trop longtemps. Trop indifférents, nous avons observé. Maintenant il est trop tard. L'esprit est interdit. Quiconque continue à lire sera fusillé!“¹⁴

Le fait de brûler des livres est une pratique hégémonique à l'encontre de l'‘Autre’, de l'‘étranger’. Elle ne cherche pas seulement à imposer l'uniformité épistémologique, elle se fonde encore dans un consensus entre le pouvoir et ses sujets. Comment expliquer autrement l'assentiment public manifesté lors ces actes de barbarie? Accompagnée d'actions moins spectaculaires de mise au ban du savoir telles que la mise à l'index ou la censure, cette *damnatio memoriae* est orientée contre la liberté de penser et la présence d'une opposition par le biais de la connaissance. La ‘condamnation des livres au feu’ est un avertissement lancé par le pouvoir à l'encontre de tous ceux qui ne renoncent pas à l'acte libre de former le monde. Elle représente aussi l'institutionnalisation du non-savoir.

4. *Homo mensura – programme d'une épistémologie*

L'épistémologie que j'esquisse ici seulement à l'état de programme¹⁵ est une épistémologie du savoir contre le pouvoir arbitraire. Elle réhabilite un topos de la première Aufklärung européenne, trop souvent vilipendé, à savoir la phrase de Protagoras, exprimée de la façon suivante dans la version

¹⁴ Schöffling 1983, p. 47. Les fascistes espagnols célébrèrent le 2 mai 1939 leur condamnation des livres au feu/autodafé de livres en une fête appelée avec cynisme « fête du livre » : « Nous contribuons, par ce grand autodafé de livres, à la construction d'une Espagne consensuelle, grande et libre. Nous condamnons à la destruction par le feu tous les livres séparatistes, libéraux, marxistes, anti-hispaniques et anti-catholiques ; les ouvrages aussi d'un romantisme malade, les livres pessimistes, ceux du modernisme extravagant ainsi que les écrits kitch pseudo scientifiques et lâches – tous les textes pernicioseux, qui existent en nombre. ».

¹⁵ Voir Sandkühler 2003.

originale de l'*anthropos-metron*: „l'homme est la mesure de toute chose, de ce qui est tel qu'il est et de ce qui n'est pas tel qu'il n'est pas“.

Certes, nous vivons dans un monde que nous ne créons pas d'abord par la pensée. Mais nous comprenons aujourd'hui notre manière de vivre et de penser dans ce monde autrement que dans des époques où la pensée apparaissait nécessairement comme une copie d'un monde préfabriqué. La révolution épistémique qui a donné naissance depuis Kant à l'idée pluraliste de versions légitimes du monde est une révolution contre la soumission au donné. Par la connaissance et l'action, selon la théorie de Cassirer¹⁶, l'homme ne peut pas „s'en tenir aux formes toute faites en quelque sorte que lui procure le monde de la perception. Il doit, au contraire, dépasser ce niveau, créer un royaume de symboles en toute liberté, dans une pure autonomie créatrice. Il développe de manière constructive les schèmes, d'après lesquels et en direction desquels il oriente la totalité de son monde“.¹⁷

Qu'est-ce qui constitue la révolution de la culture du savoir depuis Bacon et Kant ? Les processus cognitifs et les énoncés sur la réalité dépendent essentiellement du fait de savoir quelles conceptions du rapport entre la connaissance et la réalité prédominent à chaque fois. Ces conceptions font, quant à elles, parties de cadres plus généraux, c'est-à-dire de visions et images du monde. Tout processus de connaissance s'effectue sous des conditions épistémiques culturelles déterminées. De telles conditions sont, par exemple, les schèmes de perception et d'expérience, les schèmes de description et les contextes de formes symboliques, mais aussi les instruments de connaissance et les formes culturelles de l'action et du comportement – formes, en règle générale, empreintes de transculturalité. C'est pourquoi les vérités n'existent que de façon limitée, contextuelle et indexicale. Toute vérité est marquée par l'index des schèmes qui servent à l'énoncer. Les connaissances ne sont pas indépendantes des attitudes propositionnelles intentionnelles, des convictions, des opinions et des souhaits. Étant donné que les connaissances ont le statut de constructions et sont contextuelles et perspectivistes, elles sont relatives. Elles ne peuvent pas a priori s'assurer contre les objections des sceptiques : leur vérité entre en concurrence avec les vérités des autres.

¹⁶ Cf. Sandkühler/Pätzold 2003.

¹⁷ Cassirer 1994, p. 333.

Jusque dans nos intuitions quotidiennes s'est imposée la conscience que nous formons ce monde en multiples *mondes*. Par conséquent, les significations de ce que l'on appelle le monde extérieur et les choses se tissent au gré du changement des cultures. Ce n'est que tardivement que l'on a compris que 'la réalité' n'est rien qui serait donnée de manière *réelle* au sens de *naturelle* – par opposition à ce qu'on appelle *culturel*. La 'langue', la 'mise en perspective' et l'interprétation'¹⁸ sont les marques de la forme, par laquelle la réalité acquiert sens et signification et se transforme en mondes individuellement expérimentés et vécus. Expliquer ce que veut dire parler des langues, adopter des perspectives et pouvoir en changer, créer des images et donner des interprétations, est un tâche prioritaire pour comprendre ce que la transculturalité signifie. Ce n'est pas l'être lui-même qui *se* représente en nous. Toute représentation se fonde dans une *autoreprésentation* des hommes dans des cultures. En fait, lorsque nous nous représentons des images du monde, c'est *nous-mêmes* qui sommes *en image*. Toutes les représentations portent nos signatures.

Ceci abonde dans le sens du subjectivisme. Nombreux sont ceux qui voient dans le relativisme des vérités les conséquences de la proclamation de la souveraineté du sujet. Mais cette critique est aveugle. A *l'intérieur* d'un profil épistémologique, les connaissances, les noms et les significations ont leur place dans la totalité des cercles concentriques qui – du centre des principes jusqu'à la périphérie des énoncés dérivés – constituent la structure du savoir. Dans une telle structure, tout acte épistémique singulier est relié aux autres actes; chaque acte a un contexte et actualise de nouveaux liens. La contextualité '*relationne*' l'acte épistémique, sans pour autant le *relativiser* de façon arbitraire. Le pluralisme ne dissout pas le monde dans lequel nous vivons. Ce que le pluraliste veut dire consiste d'ailleurs en ceci: accepter le monde-chose ne signifie pas accepter un monde toujours déjà constitué; accepter le monde-chose ne signifie rien d'autre qu'accepter une certaine forme de langage ou un certain schéma conceptuel et les règles y afférentes.¹⁹ Le monde vient à notre rencontre dans des ordres différemment construits.

18 Voir Sandkühler 2002.

19 Cf. Abel 1993, p. 146, 148, qui se réfère à Carnap 1956, p. 207: „To accept the thing world means nothing more than to accept a certain form of language, in other words, to accept rules for forming statements and for testing, accepting, or rejecting them“.

Si le garant de la connaissance adéquate était l'être lui-même, on ne pourrait alors pas expliquer l'existence d'une pluralité de cultures épistémiques. Si l'on se pose la question de savoir quelles sont les caractéristiques du savoir humain, on peut donner la réponse suivante: caractéristique est le développement de formes symboliques et de systèmes de symboles, au travers desquels les hommes sont en mesure de représenter et de réfléchir ce qu'ils font eux-mêmes avec leur pouvoir de création. Comprendre les objectivations de l'activité épistémique libre permet de se comprendre soi-même comme être culturel. Cette compréhension de soi implique la reconnaissance de l'altérité de l'autre, c'est-à-dire aussi du pluralisme transculturel. Cette compréhension de soi est en même temps la condition préalable de ma prise de responsabilité à l'égard de mes propres projets dans le monde.

Le pluralisme épistémique est un *perspectivisme*. Il découle de la liberté épistémique qui caractérise la condition humaine et de la relativité historique des images du monde, des religions, des créations artistiques et des connaissances scientifiques, qui, toutes, donnent des *perspectives* sur la réalité. Cette liberté épistémique s'exprime dans une diversité de cultures du savoir comme, par exemple, l'art, la philosophie et la science, qui se trouvent dans un rapport d'égalité et qui ne peuvent être discriminées par une hiérarchie de formes de rationalité. Si la philosophie veut prendre en compte la pluralité des formes de pensée et des formes de vie, alors elle doit s'ériger en démocratie épistémique et critiquer les prétentions à l'hégémonie de cultures particulières du savoir.

Une telle épistémologie, telle que je la propose ici au nom de la maîtrise de soi, se voit livrée à la critique selon laquelle elle est spéculative et se trouve en contradiction avec la forme particulière du savoir que représentent les sciences de la nature. Cette critique oublie de préciser que la période du positivisme n'a été que de courte durée. Depuis Bacon et Galilée le savoir sur la nature a été défini comme interprétation d'un livre, dans lequel la nature ne se dévoile pas elle-même, mais qu'il faut rédiger dans la langue des symboles et dans celle du savoir. Plus récemment, Gaston Bachelard en est un excellent porte-parole. Quand il dit qu'„[e]n suivant la physique contemporaine, nous avons quitté la nature, pour entrer dans une fabrique de phénomènes“²⁰, ainsi faut-il comprendre ceci comme la confirmation du fait que le savoir sur la nature n'est pas un savoir dépourvu d'alternative.

²⁰ Bachelard 1951, p. 17.

La liberté d'un choix est également inscrite au cœur même de ce savoir. Dès lors, la pensée scientifique se caractérise par une pluralité de 'profils épistémologiques', et les phénomènes dépendent des profils choisis. En 1940, dans *La Philosophie du Non*, Bachelard montre au moyen du concept de 'masse' que la science de la nature dispose d'une pluralité de perspectives – naïves-réalistes, positivistes-empiristes, rationalistes, etc. – entre lesquelles le scientifique choisit *son* profil. Dans le contexte de la „chimie lavoisienne“, il affirme qu'un „pluralisme horizontal, bien différent du pluralisme réaliste des substances figées dans leur unité“, est la conséquence de cette possibilité de choix. Ce pluralisme „naît en effet de l'incorporation de conditions de détection dans la définition“, autrement dit dès que la condition de la vérité ne repose plus dans les choses elles-mêmes, „ces définitions sont plus fonctionnelles que réalistes. Il en résulte une relativité fondamentale de la substance.“²¹ En ce qui concerne les objets scientifiques tels que les photons, électrons ou atomes, il n'est absolument pas question du problème de réalité, mais bien de celui de la „réalisation“ d'entités et de la „reconnaissance que l'appel réaliste de certaines données naturelles dépend en grande partie de nos modes de compréhension et enlève au réalisme naïf une grande partie de sa force de persuasion.“²² Le réaliste veut 'avoir' la réalité; cela nécessiterait une *psychoanalyse de l'avoir*, afin d'arriver à former un nouvel esprit scientifique.²³ En quoi consiste ce nouvel esprit? Bachelard l'a formulé ainsi dans *La philosophie du non*: „La pensée scientifique contemporaine commence en mettant la réalité entre parenthèses; les progrès dans la philosophie de la science vont dans le sens d'un rationalisme grandissant qui – en ce qui concerne toutes les notions – élimine le réalisme initial.“²⁴

Nicolas Rescher est un autre témoin que je peux convoquer pour donner une assise à mes principes épistémologiques, et cela à côté de nombreux autres tels que Einstein, Bohr ou Planck. Rescher a tiré les conséquences du paradigme moderne pour les sciences naturelles. Il écrit dans ses *Etudes sur la doctrine de la connaissance en sciences de la nature*: „La science de la nature ne reproduit pas la 'réalité en soi' [...] La science de la nature que nous appliquons est un artefact humain dont les limites doivent rappeler de

21 Bachelard 1940, p. 85 sq.

22 Bachelard 1987, p. 98.

23 Bachelard 1938.

24 Bachelard 1940, p. 34.

manière décisive qu'il s'agit de *notre* science. Par conséquent, le monde tel que nous le connaissons est notre monde – autrement dit, il est le corrélat de l'esprit à l'intérieur d'une image du monde, image projetée dans des catégories de compréhension typiquement humaines.²⁵

La vieille thèse selon laquelle les choses elles-mêmes exercent leur pouvoir sur notre savoir a provoqué un réveil, une autocritique qui s'est montrée toujours plus résistante face à la 'boulimie d'objectivité'.

Pour conclure : Afin d'évoquer encore une fois pourquoi la défense du savoir comme forme de maîtrise de soi et d'opposition au pouvoir arbitraire me semble importante, je renverrai à une phrase remarquable de Peirce dans *How to make our ideas clear?* Sa réponse à cette question est aussi la mienne: Il est de notre tâche et de notre devoir de devenir *maîtres de nos propres intentions de sens*.

²⁵ Rescher 1996, p. 107.

Bibliographie

- Abel, G., 1993, Interpretationswelten. Gegenwartsphilosophie jenseits von Essentialismus und Relativismus. Frankfurt/M.
- Bachelard, G., 1938, La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective, Paris.
- Bachelard, G., 1940, La philosophie du non. Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique, Paris.
- Bachelard, G., 1951, L'activité rationaliste de la physique contemporaine, Paris.
- Bachelard, G., ⁶1986 [1949], Le rationalisme appliqué, Paris.
- Bachelard, G., ¹⁷1987 [1934], Le nouvel esprit scientifique, Paris.
- Bacon, F., ²1982, Das Neue Organon (Novum Organon), éd. M. Buhr, Berlin.
- Bacon, F., 1986, Novum Organum. Introduction, traduction et notes par Michel Malherbe et Jean-Marie Pousseur, Paris.
- Bacon, F., 1990, Neues Organon. Latin-allemand, éd. W. Krohn, 2 Vol., Hamburg.
- Baudrillard, J., 2000, Qui pense qui ? C'est le monde qui nous pense. Dans : Chemins de la pensée : vers de nouveaux langages. Sous la direction de E.Portella, Paris, Éditions UNESCO.
- Canfora, L., ⁵1988, La biblioteca scomparsa, Palermo.
- Carnap, R., ²1956 [1947], Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic, Chicago/London.
- Cassirer, E., 1994, Philosophie der symbolischen Formen. Dritter Teil. Phänomenologie der Erkenntnis [1929], Darmstadt.
- Foucault, M., 1966, Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines, Paris.
- Fourier, Ch., 1853-1856, Publication des manuscrits de Charles Fourier, Paris [cit. Manuscrits].
- Goodman, N., 1992, Manières de faire des mondes, trad. de l'anglais par Marie-Dominique Popelard, Nîmes: éd. De J. Chambon.
- Hume, D., 1748, An Enquiry Concerning Human Understanding, London.
- Liebkecht, W., 1872, Wissen ist Macht – Macht ist Wissen. Gek. dokumentiert in: P. v. Rügen/K. Koszyk (éd.), 1979, Dokumente und Materialien zur Kulturgeschichte der deutschen Arbeiterbewegung 1848-1918, Frankfurt a.M./ Wien/ Zürich.
- Rafetseder, H., 1988, Bücherverbrennungen. Die öffentliche Hinrichtung von Schriften im historischen Wandel, Wien/Köln/Graz.

- Rescher, N., 1996, Studien zur naturwissenschaftlichen Erkenntnislehre. Ed. par A. Wüsthube, Würzburg.
- Sandkühler, H.J. (éd.), 2002, Welten in Zeichen – Sprache, Perspektivität, Interpretation, Frankfurt/Berlin/Bern.
- Sandkühler, H.J., 2003, Nature et cultures épistémiques, Paris.
- Sandkühler, H.J./ D.Pätzold (éd.), Kultur und Symbol. Ein Handbuch zur Philosophie Ernst Cassirers, Stuttgart/Weimar.
- Schöffling, K. (Hg.), 1983, Dort wo man Bücher verbrennt. Stimmen der Betroffenen, Frankfurt/M.

**LA SIMPLICITE PARADOXALE DE LA MULTIPLICITE.
PHILOSOPHIE DU VIVRE-ENSEMBLE
ET TRANSCULTURALITE DES DROITS DE L'HOMME**

Monsieur le Président de l'Université de Tunis,
Monsieur le Doyen,
Très chers collègues et amis tunisiennes et tunisiens,
Cher Professeur Triki, cher ami Fathi,
Medames et Messieurs

Je viens à Tunis depuis 1998. C'est en 1998 que, sur la proposition du Professeur Fathi Triki, nous avons engagé une étroite coopération entre la chaire UNESCO de Philosophie pour le Monde Arabe, le Laboratoire de Philosophie de Tunis et le Centre Fondements philosophiques des Sciences de l'université de Brême. Auparavant déjà, M. Mohamed Turki avait été Professeur invité à Brême, et c'est lui qui nous a ouvert la voie à Tunis. Cette coopération, élargie au Professeur Jacques Poulain et à la Chaire UNESCO de Philosophie à Paris, n'était pas une simple manifestation diplomatique – nous avons *vécu* ensemble cette expérience commune, c'était un merveilleux *vivre-ensemble*. Nous partageons le même but : un monde plus juste. Nous avons lié le respect de l'altérité de l'autre à la liberté philosophique, dans l'esprit de la critique. Nous avons été égaux, sans uniformité.

Après douze années de travail commun, vous m'avez de nouveau invité à Tunis. Nous allons parler de *La Transculturalité en question*, parler donc du problème qui nous a rassemblés pour dix colloques tenus en commun, devenus des livres publiés en commun. Je lis dans le programme : *Hommage au Philosophe Hans Jörg Sandkühler*. Ce grand geste d'amitié me touche, et je vous en remercie très cordialement. Je me demande si je mérite cet honneur. Et en toute sincérité, je réponds à cette question de la manière suivante : en m'honorant ainsi, vous honorez précisément ce qui a été notre moteur, depuis notre premier colloque à Brême en 2000 qui était intitulé *Philosopher le vivre-ensemble* : une communauté, dans un esprit de respect mutuel, où chacun voulait apprendre, et a appris, quelque chose de tous les autres.

Durant ma longue vie universitaire, je n'ai jamais voulu travailler de manière isolée, mais toujours en coopération. Si je convoque le souvenir des nombreux projets et institutions qui me l'ont permis, notre projet me reste tout particulièrement en mémoire. Jamais je n'ai pu coopérer avec tant de joie, tant de profit intellectuel, avec un tel sentiment de gratitude, ailleurs qu'avec vous, amis de Tunisie. Ce fut également une chance pour moi que de pouvoir travailler à Brême avec M. Sarhan Dhouib : il fut l'un de mes meilleurs doctorants, et mon conseiller et maître pour les questions de philosophie et de culture arabo-islamiques. Je suis également reconnaissant aux collègues Marzouki, Meskini et Ounelli de diriger la traduction arabe du *Handbuch Deutscher Idealismus*.

Et j'apprends maintenant qu'un ensemble de textes que j'ai écrits fait l'objet d'une traduction en arabe. Vous ne pouvez vous représenter combien sont grandes ma surprise et ma gratitude. Ce cadeau-là lui aussi me touche beaucoup.

L'expérience unique de notre *vivre le vivre-ensemble* m'autorise à inscrire l'exposé que vous me permettez de prononcer aujourd'hui devant vous sur Philosophie du vivre-ensemble et transculturalité des droits de l'homme sous un titre qui résume ce que j'ai appris chez vous et avec vous : *la simplicité paradoxale de la multiplicité*.

Les droits de l'homme ne sont pas pour moi un problème purement académique. Permettez-moi, en guise d'explication, quelques remarques personnelles. Ceux qui sont, comme moi, nés pendant la seconde guerre mondiale, ont, dans les décennies suivant 1945, vécu dans une Europe sans guerre. Mais je n'ai jamais oublié les images de Fribourg, ma ville natale dans le sud de l'Allemagne, en feu, détruite puis occupée par l'armée française. Enfant, j'ai appris le français – et l'ai oublié de nouveau pour un moment – parce que vivaient, dans notre maison, avec nous, des militaires français. Dans ma famille, nul doute ne subsistait sur le fait que la perte de la ville résultait uniquement de la cause portant le nom de national-socialisme. Tôt, j'ai appris ce que c'est qu'une différence pertinente. Être Français ou être Allemand, cette différence n'était pas pertinente. Pertinente fut pour moi la différence entre hommes moralement décents ou indécents, entre ceux qui sont justes et ceux qui sont injustes. Il y a des différences culturelles qui doivent être respectées et protégées. Mais ce qui compte, ce n'est pas la différence entre monde arabo-islamique et Europe, pas non plus la différence entre musulmans, chrétiens, juifs et athées. La seule chose qui compte, c'est le respect ou la violation de la dignité humaine.

Celui qui oublie n'apprend rien de l'histoire de la faute. En tant qu'Allemand, je ne peux ni ne veux oublier. Je ne peux ni ne veux oublier la différence entre les nazis et ceux qui ne l'ont pas été. Mon père n'était pas un nazi ; en 1944, soldat, il a déserté. En 1945, l'administration militaire française lui a donné la responsabilité du secrétariat d'État pour l'approvisionnement des villes dans le Land de Bade. Lorsqu'il ne put ou ne voulut réquisitionner suffisamment de vivres auprès des paysans, on le mit en prison.

Au 20^{ème} siècle appartiennent aussi Hiroshima und Nagasaki, l'exploitation coloniale de l'Afrique, le napalm sur le Vietnam, l'expulsion des Palestiniens, puis les guerres contre l'Irak, la guerre contre Gaza. Nous ne devrions pas l'oublier, mais tirer du souvenir la force de résister. Il y a eu, il y a encore la guerre. La guerre n'est pas « revenue », comme si elle était une entité *a se*, mais il y a la guerre, comme agression, terreur, rupture du droit international. La guerre injuste et la violation stratégiquement planifiée et exécutée des droits de l'homme sont les deux visages d'un seul et même Janus. Le 21^{ème} siècle prendra-t-il fin dans la contradiction même de ses débuts, la contradiction entre d'un côté la morale, le droit, l'État de droit, et de l'autre la globalisation capitaliste et l'hégémonie politique ? La raison annoncée par les philosophes n'a pas remporté la victoire ; le progrès vers l'humanité n'est pas garanti ; on érige de nouveau des murs autour de Cosmopolis ; des hommes sont stigmatisés et discriminés comme étant les « autres », les « étrangers ». L'islamophobie qui grandit en Europe, en Allemagne aussi, est un signe qu'il faut prendre au sérieux.

Au cours de ma vie, j'ai appris qu'il est meilleur de s'opposer, plutôt que d'être du côté du pouvoir. L'opposition était et est nécessaire contre un capitalisme qui viole la dignité humaine dans de grandes parties du monde, en Europe aussi, dans mon pays aussi, dans lequel le fossé entre riches et pauvres ne cesse de se creuser. C'est pourquoi je plaide pour une opposition qui s'oblige au droit, au droit juste, pour un engagement qui, après l'épuisement des utopies, n'émigre pas hors de la réalité, mais se sente tenu de répondre concrètement aux questions des causes de la famine et de la misère, de l'oppression et de la discrimination. Comme le dit Montaigne, « nous ne sommes jamais vraiment chez nous ; nous flottons toujours en quelque manière au-dessus de la réalité. Craintes, espoirs, vœux nous portent toujours vers le futur ; ils nous ôtent la possibilité de sentir cela qui est, maintenant, d'y prêter attention ; au lieu de cela, ils nous font miroiter des choses censées arriver un jour, peut-être seulement lorsque nous ne serons

plus ». La phrase de Montaigne ne devrait pas pouvoir caractériser la pensée ni l'action des philosophes.

Les droits de l'homme sont des droits qui appartiennent – ou doivent appartenir – à tout homme, indépendamment des qualités qui sont par ailleurs les siennes, uniquement en fonction du fait qu'il est un homme. C'est là un énoncé simple, mais qui ne va pas de soi. Est-ce que ces droits *appartiennent* aux hommes « par nature » et toujours de la même manière – comme le pensent les théories du droit naturel ? Ou bien est-ce qu'ils *doivent* leur appartenir, au moyen de la juridicisation d'exigences morales historiquement variables ? J'argumenterai ici en faveur de la conception suivante (en présentant des thèses plutôt que des justifications, que j'aurais souhaitées plus nombreuses) :

- (i) Les droits de l'homme ne peuvent mener à la réalisation d'exigences morales qu'en tant que *droits juridiques* ;
- (ii) Ces droits *sont* juridiquement universalisables et universels ;
- (iii) Les stratégies fondées sur la relativité des cultures ont pour conséquences le *relativisme juridique*, la dés-universalisation et le manque de protection des droits de l'homme.

Les droits de l'homme sont des droits que nous avons indépendamment de notre origine culturelle.

Ce que *doivent être* les droits de l'homme est sujet à débat, tant au niveau des convictions morales qu'à celui des légitimations relevant de l'éthique et de la philosophie du droit. Mais ce que *sont* les droits de l'homme est défini dans le droit international, comme le résultat d'un processus de délibération entre États qui est de plus en plus influencé par la société civile. Il y aura encore des conflits politiques quant à la teneur normative de ces droits, quant aux fondements de leur acceptabilité, quant aux formes de leur réalisation concrète, quant aux sanctions qui leur sont liées et aux formes institutionnelles de leur protection. Un monde sans violations des droits de l'homme n'est pas en vue. On ne peut que recommander de ne pas oublier le réalisme anthropologique kantien : la « marche de l'espèce humaine en vue d'atteindre son entière destination » court « continuellement le danger [...] de retomber dans son ancienne brutalité »¹. Penser les droits de

¹ Kant, *Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte*, AA VIII 123, Anm. 2 ; trad. fr. par Stéphane Piobetta sous le titre « Conjectures sur les débuts de l'histoire humaine », in : Kant, *Opuscules sur l'histoire*, Paris, GF-Flammarion 1990.

l'homme comme droits juridiques, c'est partager avec Kant les deux prémisses suivantes d'une anthropologie critique :

(i) « Dans leur méchanceté naturelle et dans la situation qui en résulte d'oppression mutuelle, les hommes ont besoin d'un pouvoir qui tienne chacun de leurs grands groupes sous la *contrainte de lois publiques* et garantisse ainsi à chacun son droit » ;

(ii) « même si nous n'avions pas <pour cela> de raisons suffisantes d'un point de vue théorique : même si les hommes politiques nous vantent de tout autres moyens, il nous faut tout de même *agir comme si* le genre humain aspirait toujours à <quelque chose de> mieux »².

1. Concept et statut des droits de l'homme

Du point de vue de leur validité, les droits de l'homme sont un corrélat du fait d'être un humain. Du point de vue de leur origine historique, ils sont nés de l'*expérience de l'injustice*, et c'est à partir d'elle qu'ils se développeront. Les *exigences* relatives aux droits de l'homme qui ont été posées pendant les révolutions, puis formulées au XX^{ème} siècle sous le coup des crimes du colonialisme, de l'impérialisme, du national-socialisme, du fascisme, du militarisme et du stalinisme, – ces exigences pointent vers des conditions de vie fondées sur un cosmopolitisme juridique, vers un *vivre-ensemble* sans discrimination, sans oppression ni faim, sans misère ni guerre. Les exigences sur les droits de l'homme ont une *teneur morale* ; mais elles ne sauraient ni être fondées à partir d'une unique morale, ni être imposées et protégées sans *leur forme juridique positive*. Elles fondent des revendications à l'égard de la violence non-étatique – c'est-à-dire, surtout, économique –, ainsi qu'à l'égard des États ou communautés d'États dont les systèmes juridiques sont tenus de respecter en permanence le dernier stade de développement des droits de l'homme, dans l'intérêt de la meilleure préservation et de la meilleure réalisation possibles des droits fondamentaux. *Les droits individuels des êtres humains ont une validité juridique transculturelle, universelle. Leur validité n'a pas à être fondée en raison.* Ce qui doit être fondé, ce qui reçoit une justification différente en fonction

² Kant, *Ein Reinschriftfragment zu Kants 'Streit der Fakultäten*, (aus dem Nachlass: bis 1798), Loses Blatt Krakau. In: Kant-Studien 51 (1959/60), 5-8. (C'est moi qui souligne)

des contextes culturels et politiques, ce sont leur acceptation et les formes de leur application.

Les droits de l'homme sont déduits de la valeur morale fondamentale et de la norme juridique de base qu'est la « dignité humaine », et ils constituent, dans la hiérarchie des normes, le fondement du système des normes juridiques. Ces droits sont des normes obligatoires, même là où ils ne sont pas positivés dans le droit d'un État ; ces droits requièrent davantage qu'un comportement simplement conforme au droit, ils requièrent la reconnaissance et le respect de la dignité humaine et du droit de tous à une vie conforme à cette dignité. Il y a des *devoirs* qui sont inscrits dans les droits de l'homme – comme dans toutes les normes juridiques ; ils n'ont pas à faire l'objet d'une « déclaration » spécifique.

Les dernières déclarations des droits de l'homme soulignent toujours davantage les *conditions* pour que les droits de l'homme puissent être réalisés. Ainsi il est dit dans le Préambule du *Pacte international relatif aux droits civiques et politiques* du 19.12.1966 (entré en vigueur en 1976), « que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, jouissant des libertés civiles et politiques et libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées ».

2. *Fonder les normes dans des sociétés pluralistes*

Dans les sociétés modernes, le pluralisme est un fait. Du point de vue du rapport entre le droit et la morale, c'est en même temps un problème. Le problème ne consiste pas en premier lieu dans les conflits entre grandes cultures censées être « étrangères » les unes aux autres, comme l'Europe, le monde arabe, l'Amérique latine, l'Afrique et l'Asie. Les difficultés surgissent bien plutôt à *l'intérieur* des sociétés – entre égoïsme et solidarité, entre liberté et respect des droits. Le pluralisme mène, *de facto*, au relativisme, à la revendication particulariste de la validité de *ma* vérité, de *ma* morale ; la validité des normes juridiques se trouve elle aussi relativisée : *mon* droit. Le relativisme juridique tire ses raisons de la présomption d'une prééminence de la morale privée sur le droit public, et des cultures juridiques particulières sur le droit universel. En ce qui concerne la possibilité de fonder des normes dans des sociétés pluralistes, la question décisive est la suivante : « Une société de droit peut-elle subsister sans recours à des vérités

morales et politiques « substantielles » ? Un positivisme axiologiquement neutre est-il capable de garantir la cohérence [...] *juridique* d'une société plurielle ? »³.

Dans des conditions de pluralisme factuel, il n'est pas sensé, ni à l'intérieur d'une culture, ni eu égard aux relations entre des cultures, de vouloir déduire les droits de l'homme et les droits fondamentaux d'un *unique* principe éthique, affirmé comme le seul « vrai », et imposé sous la contrainte. Un tel principe ne peut avoir de validité transculturelle. Le droit des droits de l'homme doit être développé dans la perspective d'un droit au désaccord, en respectant en même temps une liberté de configurer sa vie qui soit compatible avec le respect d'autrui. De là résulte la nécessité d'une conception *neutre* du droit. De cette exigence de neutralité, il ne résulte pas que la conception du droit devrait être *axiologiquement* neutre ; il faut bien plutôt qu'elle corresponde aux intuitions morales et jugements de valeur partagés par la grande majorité des hommes, intuitions selon lesquelles le juste et l'injuste peuvent être différenciés.

Le droit qui est astreint à l'idée d'un *vivre-ensemble* dans la justice exige d'inclure la différence et il respecte la liberté de l'altérité. Il requiert des principes d'égalité et d'universalité du droit qui soient neutres par rapport aux compréhensions du monde et de soi.

C'est pourquoi une importance de plus en plus grande revient au droit international des droits de l'homme. *Ses normes juridiques sont le miroir d'une morale universalisable et universalisée ; elles réunissent les intuitions morales qui, dans le monde contemporain, suscitent le consensus le plus large possible.* Ce droit, qui est en même temps une morale, tire le fondement de sa validité universelle transculturelle de sa *neutralité* à l'égard des idéologies, des visions du monde, des religions ainsi que des préférences subjectives particulières qui dérivent de ces dernières. On ne peut attendre de solidarité morale spontanée, étant donnée l'« insociable sociabilité » humaine dont parle Kant et sous condition d'un ordre du monde injuste. Ce que l'on peut attendre de manière réaliste, ce qui est d'ores et déjà réalisé, au moins partiellement, dans le droit international, c'est le *cosmopolitisme juridique* du droit des droits de l'homme.

³ Kervégan 2010, p. 1665.

3. *Les droits de l'homme et l'État*

Scylla d'une métaphysique du droit naturel, Charybde d'un positivisme juridique « dur » séparant radicalement le droit et la morale – entre les deux, une issue se présente, sous la forme d'un argument transcendantal qui certes n'a pas de corrélat empirique, mais qui exprime la condition de possibilité du droit des droits de l'homme : les hommes s'accordent mutuellement les droits de l'homme, et ces droits universels existent comme une structure qui est *juxtaposée* aux États.

Cet argument est le point de départ d'une théorie *normative critique* de l'État et du droit. Faire la critique de l'État est une tâche perpétuelle. Effacer, derrière les États, le politique comme matrice du développement des droits de l'homme, voilà qui serait risqué. Beaucoup d'États manquent *de facto* de légitimité en ce qui concerne les droits de l'homme. L'unité du droit et de l'État est problématique. D'un côté, l'État constitue une menace potentielle permanente contre les droits à la *liberté* ; de l'autre, en tant qu'institution qui pose le droit, il est le présupposé nécessaire des *droits* à la liberté. L'État doit mettre un terme au mésusage de la liberté qui est le fait des individus et des groupes, et le droit doit domestiquer l'État en un *État de droit*. L'État de droit formule la norme d'exercice du pouvoir politique et social d'abord en fonction du droit et de la justice, fût-ce en contradiction avec l'opportunité politique du pouvoir. C'est en se fondant sur cette norme que l'exercice étatique du pouvoir oblige juridiquement, s'organise, se limite. L'État de droit répond aux menaces contre les droits relatifs à la liberté sous la forme d'une *juridicisation*. La juridicisation est tout autant une conséquence de la critique du pouvoir qu'une réponse à la tendance des hommes à se sentir « autorisés » à agir, d'un point de vue moral subjectif, fût-ce au mépris des droits d'autrui. Une juridicisation liée aux droits de l'homme est une critique tant des positions morales déficientes, que du pouvoir et de la violence étatiques.

4. *Révolution dans le droit international*

Un changement révolutionnaire qui a débuté avec les procès des criminels de guerre à Nuremberg et à Tokyo, revêt une importance particulière pour la question de savoir quelles sont aujourd'hui les limites posées au pouvoir et à la violence des États ; grâce à ce changement, le droit international rejoint le niveau du droit des droits de l'homme. Tous les États sont en effet soumis à un système de droit dans lequel certaines normes relatives aux

droits de l'homme valent inconditionnellement *erga omnes* (à l'égard de tous) : il s'agit de normes impératives (*peremptory norms*), d'un droit contraignant (*jus cogens*), qui sont pris comme principes fondamentaux du droit national et international. D'une part, les États sont tenus de refuser toute reconnaissance aux auteurs d'infractions graves contre les normes impératives du droit international général. D'autre part, ils sont tenus de refuser toute aide et tout soutien au maintien de telles infractions. Alors que, dans la tradition du droit coutumier des peuples, on présupposait l'accord des États contractants, les normes du *jus cogens* engagent désormais tous les États sur le fondement du droit international, *indépendamment de leur acceptation contractuelle*. Conformément à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969, tout traité qui lèse une *peremptory norm* est nul et non avenue *ex tunc* (d'emblée).

Il faut prendre en considération cette révolution juridique, si l'on veut (i) porter un jugement sur ce que sont les États et sur ce qu'ils devraient être, et (ii) défendre l'universalité transculturelle des droits de l'homme contre le relativisme juridique et culturel.

Les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, qui depuis la Déclaration universelle de 1948 donnent lieu à des normes de plus en plus concrètes et détaillées, ont certes, du point de vue de leur genèse, un contexte économique, social, politique et culturel. De ce qu'ils doivent être mis en relation avec un contexte culturel, ne s'ensuit cependant pas de relativisation de leur validité, *pas de relativisme juridique*.⁴

5. Les droits de l'homme : culturels et transculturels

Ce qui vaut pour le fondamentalisme éthique vaut également pour les fondations essentialistes du contexte culturel des droits de l'homme⁵. Certes, chacun est libre de choisir des stratégies reposant sur un fondement dernier ; la concurrence entre fondations philosophiques ou théologiques peut même s'avérer féconde pour les débats publics ; mais on ne saurait en attendre un consensus général, ni l'obtenir par contrainte.

⁴ Benhabib 2002, p. 28, met à juste titre en garde contre la position du „relativism of frameworks (relativisme des structures)“, telle qu'elle est soutenue par ex. chez J.-F. Lyotard et R. Rorty.

⁵ Cf. Abou 1984.

Je plaide pour le réalisme, le pragmatisme, et pour une distance modérée, celle du droit positif, à l'égard d'un concept excessif de la culture qui, fonctionnant comme unique « marqueur d'identité et différenciateur », est selon Sheila Benhabib devenu un synonyme universellement répandu d'*identité*⁶. Cela vaut d'ailleurs aussi pour les Déclarations des Nations-Unies, en particulier pour les Conventions de l'UNESCO. Dans la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* (2005), on peut lire à l'article 1 que le but de la Convention est « d'encourager le dialogue entre les cultures afin d'assurer des échanges culturels plus intenses et plus équilibrés dans le monde en faveur du respect interculturel et d'une culture de la paix ; [et] de stimuler l'interculturalité afin de développer l'interaction culturelle dans l'esprit de bâtir des passerelles entre les peuples ».

La stratégie du dialogue ou encore de « bâtir des passerelles » prend pour point de départ des cultures homogènes, des identités. Benhabib se différencie de cette stratégie en plaidant pour la reconnaissance de l'hybridité et de la polyphonie de toute culture : les cultures, de même que les sociétés, ne peuvent pas être réduites à un tout, au contraire elles sont multiples et décentrées.

Amartya Sen argumente lui aussi de façon comparable : « Lorsque l'on divise la population mondiale en civilisations ou en religions, on arrive à une interprétation « solitariste » de l'identité humaine, d'après laquelle les hommes appartiennent à un groupe et un seul groupe défini ici par la civilisation ou la religion, alors qu'autrefois ce sont la nationalité ou l'appartenance de classe que l'on mettait au premier plan. Une interprétation « solitariste » conduira de manière assez certaine à se méprendre sur chaque homme qui est au monde. Dans la vie quotidienne, nous nous comprenons comme membres d'une multitude de groupes – nous leur appartenons à tous »⁷.

C'est là exactement ce qu'exprime le concept de « *transculturalité* », forgé au début des années 1990 par le philosophe allemand Wolfgang Welsch, concept qui désigne « la constitution transformée des cultures actuelles ». « Ces dernières ne sont plus des sphères fermées sur elles-mêmes, homogènes, comme le voulait le concept classique de culture, elles comportent au contraire une variété de différences internes et sont, de manière externe,

⁶ Benhabib 2002, p. 1.

⁷ Sen 2007, p. 8.

étroitement liées les unes aux autres. Dans cette mesure, les cultures actuelles se tiennent au-delà (*trans-*) du style traditionnel des cultures »⁸. Les cultures contemporaines sont « caractérisées, de manière interne, par l'*hybridation*. Pour une culture donnée, toutes les autres cultures sont tendanciellement devenues des contenus internes »⁹. Pour cette raison même, on peut se demander si le concept de « *transculturalité* » ne reste pas lui aussi – en dépit de sa visée – attaché au présupposé de la culture comme « marqueur d'identité et différenciateur ». Toutefois, nous n'avons pas encore en vue de concept qui conviendrait mieux.

Et la culture juridique des droits de l'homme? Les potentats dont l'intérêt réside dans la conservation du pouvoir convoquent aujourd'hui comme hier, selon la formule du prix Nobel de Littérature nigérian Wole Soyinka, le « vaste champ des alibis culturels », « qui continuent à nous empêcher de réaliser l'indivisibilité de l'humanité dans le cadre d'un *ethos* commun de droit et de dignité »¹⁰. C'est pourquoi il importe de reconnaître « que la plupart des conflits entre les hommes s'allument le long d'un axe, souvent sous-estimé et échappant largement à la recherche, dont les extrémités peuvent très exactement être appelées « pouvoir » et « liberté » »¹¹.

Ce sont la diversité des modes de vie humains *et* l'universalité du principe de dignité¹² qui jalonnent l'espace au sein duquel est possible une interprétation des droits de l'homme « qui rendra justice au monde moderne, et cela également du point de vue d'autres cultures »¹³. Le discours intellectuel et la négociation politique doivent toutefois éviter deux pièges éventuels.

Le premier se fonde dans la confusion de l'universalisme avec un *égalitarisme* qui oublie que les hommes ne sont pas égaux sous tous rapports et que l'inégalité n'est pas négative *per se*. L'inégalité de ceux qui sont égaux en droits est à respecter lorsqu'elle est constitutive de la fin en soi et de l'autonomie des hommes et doit pour cette raison être protégée de toute contrainte visant l'uniformisation. Si l'on plaide pour l'égalité, ce plaidoyer ne peut raisonnablement se fonder sur l'affirmation que tous *sont* égaux, mais seulement sur l'exigence d'un respect égal, d'une *égalité des possibi-*

⁸ Welsch 2010, p. 2771-2772.

⁹ *Ibid.*, p. 2773.

¹⁰ Wole Soyinka 1999, p. 37.

¹¹ *Ibid.*, p. 40.

¹² Cf. Sandkühler 2007.

¹³ Habermas 1999, p. 216-217. Cf. Sandkühler 2004, 2006.

lités de mener une vie en liberté¹⁴. L'inégalité reconnue exige une protection particulière : pensons par exemple aux droits des enfants et des personnes handicapées, mais aussi aux droits des minorités.

Le second piège consiste en un « relativisme cynique, d'orientation culturaliste » : « en réduisant, selon une perspective culturaliste, le non-respect des droits de l'homme dans les régions non occidentales à son origine culturelle, et en faisant ainsi l'éloge cynique et résigné des différences, nous travaillons main dans la main avec les élites dominantes qui ont le pouvoir dans ces pays »¹⁵. Le relativisme juridique, lié au relativisme culturaliste, conteste qu'il soit possible, pour des cultures juridiques différentes, d'être harmonisées dans un droit général et universel, de telle sorte qu'elles ne contredisent pas les exigences des droits de l'homme. Le relativisme juridique nous détourne de ce qui fonde le besoin du droit. Kofi Annan a décrit ce fondement de la manière suivante : « Qui peut nier que nous aspirons tous à une vie libérée de la peur, de la torture, de la discrimination ? Qui peut contester que nous souhaitons tous une vie dans laquelle nous puissions poursuivre librement nos fins et nous développer librement ? Quand avez-vous entendu une voix libre s'élever pour réclamer la fin de la liberté ? Où avez-vous entendu un esclave débattre en faveur de l'esclavage ? Quand avez-vous entendu une victime de la torture approuver les actions du tortionnaire ? Où avez-vous entendu ceux qui sont tolérants appeler à l'intolérance ? »¹⁶ Ailleurs, il déclare : « Même le relativiste moral le plus extrême ne peut éviter, en ce sens, de devenir universaliste »¹⁷.

C'est là la perspective de la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, adoptée le 2 novembre 2001 à Paris, lorsqu'elle fait valoir : « nul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée ».

C'est pourquoi la vigilance s'impose face au danger d'un relativisme culturel – auquel souvent l'on a recours aussi de manière stratégique –, relativisme qui affaiblit les standards internationaux des droits de l'homme, dans leur légitimité et leur efficacité. C'est pourquoi aussi il faut, dans les débats sur le rapport entre droits de l'homme et pluralisme culturel, poser la ques-

¹⁴ Cf. Sen 1992.

¹⁵ Mishima 2005, p. 127-128.

¹⁶ Kofi Annan 1997, p. 132.

¹⁷ Kofi Annan 1999, p. 93.

tion : qui sont ceux qui se donnent, dans la politique internationale, pour les représentants de l'identité culturelle de leur peuple? Qui a décrété leur légitimité à être les porte-parole des peuples ?

Une raison de poser cette question résulte du développement des droits de l'homme dans leur « troisième génération », un développement qui ne peut qu'être salué en son principe. Depuis la résolution 41/128 de l'Assemblée générale des Nations-Unies, prise le 4 décembre 1986, est reconnu le droit des peuples au développement (à l'autodétermination)¹⁸, droit réclamé surtout par les États dits du Tiers-Monde¹⁹. La résolution part du fait « que le développement est un processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent ». Dans la partie I, article 1, on peut lire : « Tous les peuples ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils décident librement de leur statut politique et configurent dans la liberté leur développement économique, social et culturel ».

Je le redis : après l'époque du colonialisme, *c'est* bien là un progrès. Il a toutefois un coût. Le prix à payer réside dans la tendance, qui semble depuis lors inexorable, (i) à affaiblir les droits individuels au profit des droits collectifs, et de ce fait (ii) à revenir sur les droits négatifs à la liberté, sur les droits qui protègent les individus contre les États, et sur les droits de garantie sociale, au profit des devoirs à l'égard du collectif, et (iii) dans la tendance à définir ce collectif par la tradition et/ou la religion, *c'est-à-dire* par l'identité culturelle.

C'est là le contexte essentiel de l'argument politico-idéologique spécieux selon lequel l'« Ouest » (ou le « Nord ») fait valoir, dans une perspective libéraliste et individualiste, les libertés de *l'individu* et met entre parenthèses l'orientation, fondée sur des arguments communautaristes, en fonction des *devoirs à l'égard de la communauté*. C'est la raison pour laquelle les droits de l'homme, nés en « Occident », ne seraient pas adaptés pour les cultures non-occidentales.

Certes, il relève *intrinsèquement* du principe de la dignité humaine, aussi bien que de celui des droits de l'homme, que nul tiers n'est autorisé à imposer une interprétation déterminée de leur validité. On ne saurait contester

¹⁸ Cf. Chu Chen 1976.

¹⁹ Cf. Tomuschat 1982.

aux cultures, aux sociétés et aux États un espace de jeu dans leur compréhension et leur interprétation. Des *interdits* de différenciation et des *règles* de différenciation, qui correspondent à la norme de justice *suum cuique* et aux besoins de l'inégalité digne d'être protégée, valent au niveau des droits de l'homme tels qu'ils ont cours pour les droits fondamentaux nationaux.

Si l'on met cela en relation avec le problème de l'universalisation des droits de l'homme sous les conditions à chaque fois particulières de leur acceptation et de leur mise en œuvre concrète, alors les *interdictions* de différenciations limitent l'espace de jeu de l'interprétation, et les *règles* de différenciation l'ouvrent. Mais il faut trouver les critères pour juger de l'adéquation de l'interprétation, ainsi que les étalons pour critiquer les violations des droits de l'homme, dans les normes du droit positif des droits de l'homme, indépendamment de morales culturellement différentes.

Cela vaut aussi pour les Déclarations des droits de l'homme telles que la *Déclaration de Bangkok* (1993), la *Charte asiatique des droits de l'homme* (1998), la *Charte africaine de Banjul des droits de l'homme et des peuples* (1981) ainsi que pour les quatre déclarations arabes. Ces dernières s'appuient, selon ce qu'elles prétendent, sur « le » droit islamique²⁰, mais n'ont en fait recours qu'au droit islamique classique (sunnite), développé entre le 8^{ème} et le 12^{ème} siècle, et font l'impasse sur les discours réformistes et les réformes dans le monde arabe.²¹ Elles contredisent l'universalité transculturelle des droits de l'homme. Elles ne correspondent pas à « l'islam », mais à des conceptions politiques du droit de tendance islamiste. Shirin Ebadi, prix Nobel de la paix iranienne, a dit : « Ceux qui, se référant aux différences culturelles et à la relativité des valeurs, refusent de respecter les droits de l'homme, sont en réalité des oppresseurs arriérés, qui recouvrent leur fond dictatorial du masque de la culture, et qui, au nom

²⁰ Sur le droit islamique cf. Schacht 1964; Spies/Pritsch 1964; Maududi 1990; Al-Midani 2004; Baderin 2005; Rohe 2009.

²¹ Sur l'histoire des déclarations islamiques des droits de l'homme, cf. Al-Midani 2004. Sur leurs fondements dans la théologie de l'Islam, cf. Johnston 2007. Sur la « protection des droits de l'homme dans l'espace arabo-islamique », cf. Hummer/Karl 2008, vol. I/2, p. 93. Sur l'importance des droits de l'homme dans l'Islam et sur les controverses entre les les interprétations islamiques du Coran, cf. Mawdudi 1976, Mayer 1990a, Schwartländer 1993, Bielefeldt 1998, 2000, An-Na'im/Baderin 2010.

d'une culture nationale ou religieuse, gardent l'intention d'opprimer leur propre nation et de la terroriser. »²²

Je tiens cette critique pour nécessaire. Mais cette critique ne doit pas se tourner de manière globale contre « l'islam », ni attiser l'islamophobie. Celui qui critique les déclarations arabes-islamiques ne devrait pas mettre entre parenthèses le fait qu'en Occident aussi, il y a des limitations et des violations des droits de l'homme, comme en témoignent entre autres l'abandon des droits-libertés au profit d'intérêts sécuritaires, ainsi que les tentatives pour redonner une légitimité à la torture dans le « combat contre le terrorisme ».

Je voudrais souligner ce que beaucoup d'Européens ignorent ou veulent ignorer : dans les pays islamiques, le débat intellectuel sur le statut du droit et de la loi dans l'Islam²³ et sur les justifications de la validité universelle des droits de l'homme, est comme à « l'Ouest » un débat à plusieurs voix. Pour le philosophe syrien S. J. al-Azm²⁴, on peut ranger sous le paradigme humaniste-séculaire « les droits civiques, les libertés civiles, la démocratie, la liberté de penser, la société civile, la séparation de l'État et de la religion, donc des valeurs et des normes qui viennent avant tout des Lumières européennes. [...] » Pour al-Azm, il n'y a aucun doute sur le fait que, depuis, ces normes ont acquis une dimension universelle. Car « aujourd'hui il s'agit de représentations et de principes qui valent pour tous les hommes, et représentent le paradigme normatif dès lors qu'il y va des citoyens et de leurs droits, de la dignité humaine, de la démocratie, de la société civile, du devoir qu'ont les gouvernements de rendre des comptes, etc. »²⁵.

Cette tendance se reflète également dans les déclarations des ONG. Ainsi, la *Déclaration du mouvement arabe des droits de l'homme*, adoptée à Casablanca en 1999, se prononce explicitement pour l'universalité des droits de l'homme, ainsi que pour les instruments des Nations-Unies relatifs aux droits de l'homme. Elle s'indigne contre la manipulation anti-universaliste des peuples au nom de sentiments patriotiques et d'une particularité culturelle ou religieuse. La *Déclaration du Caire sur l'éducation aux droits de l'homme et leur diffusion*, de l'année 2000, souligne l'universalité des

²² *La contribution de l'Islam à un ethos mondial* [Der Beitrag des Islam zu einem Weltethos]. Discours de Shirin Ebadi, prix Nobel iranienne, prononcé à l'université de Tübingen à l'invitation de la fondation *Weltethos*, le 20 octobre 2005.

²³ Sur les conflits relatifs à la légitimation de la loi en Islam, cf. Marzouki 2010.

²⁴ Cf. Al-Azam 2005, sur Al-Azam cf. Dhoub 2010.

²⁵ Dhoub 2010, p. 179.

droits obtenus par le combat de tous les peuples, rassemblés contre l'oppression interne et externe, droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels qui appartiennent à l'humanité prise comme un tout et sont indissolublement liés les uns aux autres ; les droits des femmes font partie intégrante du système des droits de l'homme²⁶. La *Déclaration de Beyrouth* de 2003 soulève, sous le titre « Vers une protection régionale effective des droits de l'homme », la question : « Quelle charte arabe pour les droits de l'homme ? ». Eu égard au fait « qu'à la charte arabe sur les droits de l'homme font défaut un certain nombre de normes et de garanties internationales relatives aux droits de l'homme, normes et garanties adoptées par d'autres régions du monde », on exige une large réforme des instruments relatifs aux droits de l'homme, dans le cadre du « système universel des droits de l'homme, tel qu'il a été établi par les Nations-Unies ». En conclusion : « Ni la culture ni les particularités religieuses ne sauraient être utilisées pour semer le doute sur l'universalité des droits de l'homme ou pour la mettre en question »²⁷. Je renvoie en outre à la *Déclaration de Sana'a sur la démocratie, les droits de l'homme et le rôle de la Cour pénale internationale*, déclaration de 2004, dans laquelle on peut lire : « La démocratie et les droits de l'homme, qui tirent leur origine de la foi et de la culture, sont interdépendants et inséparables »²⁸.

6. Un bref bilan

Il n'y a pas *la* culture, unique, et la culture n'existe pas en tant qu'unité fermée sur l' « extérieur ». A l'intérieur des cultures, il y a des compréhensions différentes de ce qu'une vie, de ce que le monde devraient être. Trop longtemps, la modernité européenne a pratiqué l'exclusion culturelle, économique et sociale de l'*Autre*, précisément là où elle parlait au nom de « l'homme », de « l'histoire », de « la rationalité », de « la philosophie » et « des valeurs ». Mais des cultures hybrides fournissent aux questions essentielles des réponses divergentes, souvent conflictuelles, et l'affirmation du particulier et de la différence n'a à défendre sa légitimité que lorsqu'au

²⁶ The Cairo Declaration on Human Rights Education and Dissemination. Adopted by The Second International Conference of Human Rights Movement in the Arab World, October 13-16, 2000.

²⁷ In: Chase/Hamzawy 2006, p. 227.

²⁸ In: *ibid.*, p. 233.

nom d' « une culture », des revendications particulières se font valoir aux dépens d'un tiers.

Dans cet exposé, j'ai plaidé contre une conception métaphysique du droit, et en faveur d'un positivisme juridique prudent, bridé par l'idée du droit – la justice – et par les normes des droits de l'homme. Le positivisme juridique moderne, dans sa version modérée, formulée essentiellement par H.L.A. Hart, reconnaît expressément « un recouvrement partiel entre obligations légales et obligations morales »²⁹. Étant donné le pluralisme interne des sociétés, et en riposte au relativisme culturel et juridique, il répond à la question de savoir quel universalisme est *factuellement* possible. La réponse est la suivante : on peut fonder de plusieurs manières divergentes la reconnaissance des droits de l'homme³⁰ ; mais leur réalisation concrète, leur application, leur protection doivent, dans l'intérêt d'un vivre-ensemble dans l'égalité, la justice et la solidarité, respecter les limites d'une universalité juridique sur laquelle on s'accorde de manière transculturelle.

Cette universalité n'est pas celle d'un système particulier de valeurs, mais celle du droit qui exige pour tous l'égalité, la liberté et la justice. Cette universalité n'a pas été assez efficace pour empêcher l'apartheid, la guerre du Vietnam, la dictature militaire au Chili et en Grèce, l'occupation israélienne de la Palestine, les guerres en Irak, les famines et l'oppression dans de vastes parties du monde. Mais c'est la seule universalité que nous puissions avoir de manière transculturelle et avec une validité effective, dans ce monde polymorphe. Ce n'est pas rien, car elle fonde des droits que l'on peut faire valoir, et elle fixe des limites juridiques aux écarts par rapport à ce qui est reconnu comme universel³¹. Cette universalité trouve sa forme dans le cosmopolitisme juridique comme expression d'un ordre des configurations plurielles de l'universel – elle trouve sa forme dans le « cosmopolitisme de la différence »³², qui libère l'universel « de la logique d'une uniformisation homogène, de la *reductio ad unum* », en lui donnant un ancrage « dans le royaume de la multiplicité et de la différence »³³. Ce cosmopolitisme correspond au concept kantien du *sensus communis*, c'est-à-dire d'un « pouvoir de juger qui, dans sa réflexion, tient compte en pensée

²⁹ Hart 1983, p. 55.

³⁰ Cf. Lohmann 2010.

³¹ Hinz 2009, p. 6.

³² Marramao 2010, p. 20.

³³ *Ibid.*, p. 5. [Meine Übers.]

(*a priori*) du mode de représentation de tout autre, pour en quelque sorte comparer son jugement à la raison humaine tout entière et se défaire ainsi de l'illusion qui, procédant de conditions subjectives particulières aisément susceptibles d'être tenues pour objectives, exercerait une influence néfaste sur le jugement »³⁴.

C'est pourquoi je plaide, avec Manfred Hinz, le titulaire de la chaire UNESCO pour les droits de l'homme en Namibie, pour une « anthropologie de la diversité allant de pair avec un cosmopolitisme »³⁵.

L'universalisation ethno-pluraliste du relativisme oublie qu'il faut rendre possible *de manière transculturelle* le respect des droits de l'homme. Ni le pluralisme interne de cultures hybrides, ni la pluralité des convictions morales, ni la contextualité des droits de l'homme n'ont pour conséquence le relativisme juridique. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* pose, à l'article 6, que « [c]hacun a le droit à la reconnaissance *en tous lieux* de sa personnalité juridique ».

³⁴ Kant, *Kritik der Urteilskraft*, B 159 f.; traduction française par Alain Renaut in: Kant, *Critique de la faculté de juger*, Paris, Aubier, 1995, p. 278-279.

³⁵ Hinz 2009, p. 7-8.

Bibliographie

- Abou, S., 1984, *Menschenrechte und Kulturen*. Trad. du français vers l'allemand par Franz. v. A. Franke/W. Schmale, Bochum.
- Al-Azm, S.J., 2005, *Islam und säkularer Humanismus*, Tübingen.
- Al-Midani, M. A., 2003, *Les droits de l'homme et l'Islam. Textes des organisations arabes et islamiques*, édité par l'Association des Publications de la Faculté de Théologie Protestante, Université Marc Bloch de Strasbourg.
- Al-Midani, M. A., 2004, La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit musulman. In : *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et monde arabe*, sous la direction de F. Frégosi, Strasbourg.
- An-Na'im, A. A./ M. A. Baderin, 2010, *Islam and Human Rights*, Farnham.
- Baderin, M. A., 2005, *International human rights and Islamic law*, Oxford.
- Benchenane, M., 2003, *Les Droits de l'Homme en Islam et en Occident*. http://www.fmesfrance.net/article.php3?id_article=15.
- Benhabib, S., 2002, *The Claims of Culture. Equality and Diversity the Global Era*, Princeton, N.J.
- Bösl, A./ J. Diescho (eds.), 2009, *Human Rights in Africa. Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, Windhoek.
- Büttner, F., 2003, „Der Islam ist Religion und Staat!“ Nur eine erfundene Tradition des politischen Islam? In: Berndt, M./ I. El Masry (Hg.): *Konflikt, Entwicklung, Frieden. Emanzipatorische Perspektiven in einer zerrissenen Welt*, Kassel.
- Charfi, M., 1983, Islam et droits de l'homme. In: *Islamochristiana* , 9 (1983), p. 23-24.
- Chase, A./A. Hamzawy (eds.), 2006, *Human Rights in the Arab World. Independent Voices*, Philadelphia.
- Chu Chen, L., 1976, Self Determination as a human right. In: W. M. Reisman/B. H. Weston (eds.), *Towards world order and human dignity*, New York/ London.
- Dhouib, S., 2010, Philosophische Wege zu Recht und Ethik. Beispiele aus der arabisch-islamischen Philosophie der Gegenwart. In: H.J. Sandkühler (Hg.), *Recht und Moral*, Hamburg.
- Duncker, A., 2006, *Menschenrechte im Islam. Eine Analyse islamischer Erklärungen über die Menschenrechte*, Berlin.
- Habermas, J., 1999, Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte. In: Brunkhorst, H./ W.R. Köhler/ M. Lutz-Bachmann (Hrsg.), 1999, *Recht auf*

- Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt/M.
- Hart, H.L.A., 1983, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford/New York.
- Hinz, M.O., 2009, Human rights between universalism and cultural relativism? The need for anthropological jurisprudence in the globalising world. In: Bösl/Diescho 2009.
- Hummer, W./ W. Karl (Hg.), 2008, *Regionaler Menschenrechtsschutz. Dokumente samt Einführungen*. Bd. I: Allgemeiner Schutzbereich; Teilband I/1: Europa; Teilband I/2: Amerika - Afrika - Islamisch-Arabischer Raum - Asiatisch-Pazifischer Raum, Teilbd. I/2, Baden-Baden 2008.
- Jayyusi, S.K. (ed.), 2009, *Human Rights in Arab Th ought. A Reader*, London/New York.
- Johnston, D.L., 2007, Maqasid Al-Shari‘a: Epistemology and Hermeneutics of Muslim Theologies of Human Rights. In: *Die Welt des Islam. Internationale Zschr. F. d. Geschichte d. Islam in d. Neuzeit*, Leiden/Boston.
- Kervégan, J.-F., 2010, Moral und Recht. In: H.J. Sandkühler (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2. Aufl. in 3 Bdn., Bd. 2, Hamburg 2010.
- Klein, E., 2005, Menschenrechte und Jus cogens. In: *Internat. Gemeinschaft und Menschenrechte*. FS f. G. Ress z. 70. Geb., Köln.
- Kofi Annan, 1997, Universalität der Menschenrechte. Rede an der Universität von Teheran, Teheran, 10. Dezember 1997. In: *Die Vereinten Nationen im 21. Jahrhundert. Reden und Beiträge 1997-2003*, hg. v. M. Fröhlich, Wiesbaden 2004.
- Kofi Annan, 1999, Der Dialog der Zivilisationen. Rede vor dem Zentrum für Islamische Studien, Oxford, 28. Juni 1999. In: *Die Vereinten Nationen im 21. Jahrhundert. Reden und Beiträge 1997-2003*, hg. v. M. Fröhlich, Wiesbaden 2004.
- Lohmann, G., 2010, Kulturelle Besonderung und Universalisierung der Menschenrechte. In: G. Ernst/ S. Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, Stuttgart.
- Marramao, G., 2010, Thinking Babel. Universality, Multiplicity, Difference. In: *IRIS. European Journal of Philosophy and Public Debate* II, 3 April 2010.
- Marzouki, A.Y., 2010, Konflikte der Rechtfertigung des Gesetzes im Islam. In: In: J. Poulain/ H.J. Sandkühler/ F. Triki (Hg.), *Gerechtigkeit, Recht und Rechtfertigung in transkultureller Perspektive*, Frankfurt/M.
- Maududi, Abul A‘la, ¹⁰1990, *The Islamic Law and Constitution*, Lahore.

- Mawdudi, Abul A'la, 1976, *Human Rights in Islam*, Leicester.
- Mayer, A. E., 1990, The Sharī'ah: A methodology or a body of substantive rules? In: Hees, N. (ed.), *Islamic law and jurisprudence*, Seattle/London:
- Mayer, A. E., 1990a, Current Muslim Thinking on Human Rights. In: *Human Rights in Africa. Cross-cultural perspectives*, Brookings, Mass.
- Mayer, A. E., ⁴2007, *Islam and Human Rights*, Boulder (Col.).
- Mishima, K., 2005, Menschenrechte als Traditionsbruch und Abschied von der Gewalt. In: In: L. Kühnhardt/ M. Takayama (Hg.), *Menschenrechte, Kulturen und Gewalt*, Baden-Baden.
- Morgan-Foster, J., 2005, Third Generation Rights: What Islamic Law Can Teach the International Human Rights Movement. In: *Yale Human Rights & Development L.J.*, Vol. 8.
- Rohe, M., ²2009, *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München.
- Säid, J., 2010, Die Menschenrechte und die Demokratie der Anderen. In: J. Poulain/ H.J. Sandkühler/ F. Triki (Hg.), *Gerechtigkeit, Recht und Rechtfertigung in transkultureller Perspektive*, Frankfurt/M.
- Sandkühler, H. J., 2004, Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights. In: Ders./HongBin Lim (Hg.), *Transculturality – Epistemology, Ethics, and Politics*, Frankfurt/M. et al.
- Sandkühler, H.J., 2006, Universalisierbarkeit von Menschenrechten unter Bedingungen kultureller Differenz. In: E. Steffens/ A. Meuthrath (Hg.), *Utopie hat einen Ort. Beiträge für eine interkulturelle Welt aus vier Kontinenten*. Festschr. f. Raúl Fornet-Betancourt, Frankfurt/M./ London.
- Sandkühler, H. J., 2007, Menschenwürde und die Transformation moralischer Rechte in positives Recht. In: ders. (Hg.), *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen*, Fft/M. et al.
- Sandkühler, H. J., 2009, *Kritik der Repräsentation. Einführung in die Theorie der Überzeugungen, der Wissenskulturen und des Wissens*, Frankfurt/M.
- Sandkühler, H.J., 2010, Menschenrechte. In: ders. (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2. Aufl. in 3 Bdn., Bd. 2, Hamburg.
- Sandkühler, H.J., 2010a, Moral und Recht? Recht oder Moral? Zur Einführung. In: ders. (Hg.), *Recht und Moral*, Hamburg.
- Schacht, J., 1964, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford.
- Schwartländer, J. (Hg.), 1993, *Freiheit der Religion. Christentum und Islam unter dem Anspruch der Menschenrechte*, Mainz.
- Sen, A., 1992, *Inequality Reexamined*, Oxford.

- Sen, A., 2007, *Die Identitätsfalle. Warum es keinen Krieg der Kulturen gibt*, Bonn. [Amerik. Originalausg.: *Identity and Violence: The Illusion of Destiny*, New York/London 2006].
- Spies, O./ E. Pritsch, 1964, *Klassisches Islamisches Recht. 1. Wesen des Islamischen Rechts*. In: *Handbuch der Orientalistik*. Abt. 1. Erg.bd. 3. Orientalisches Recht. Leiden.
- Steiner, H. J./Ph. Alston (ed.), 1996, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals. Text and Materials*, Oxford.
- Tibi, B., 1994, *Im Schatten Allahs. Der Islam und die Menschenrechte*, München/ Zürich.
- Tomuschat, Ch., 1982, *Das Recht auf Entwicklung*. In: *German Yearbook of Internat. Law, Jb. f. internat. Recht*, Vol. 25, Berlin.
- Welsch, W., 2010, *Transkulturalität*. In: H.J. Sandkühler (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2. Aufl. in 3 Bdn., Bd. 3, Hamburg.
- Wole Soyinka, 1999, *Kulturelle Ansprüche und globale Rechte*. In: *Jahrbuch Menschenrechte 1999*, p. 37-56.

LES DROITS DE L'HOMME, LA CRITIQUE DE L'ÉTAT ET LE RELATIVISME JURIDIQUE

Le problème de départ d'une théorie du droit et de l'État d'après une mesure humaine est le suivant : S'il y aurait une garantie de la véracité et de la justesse du connaître et de l'agir selon « l'être lui-même » alors il ne serait pas possible de comprendre qu'il y a une pluralité de convictions ainsi que des revendications de vérité concurrentes et de différentes cultures du savoir, du connaître et de l'agir, du politique et du droit. S'il y aurait une garantie pour *une* seule forme de l'agir moral basée sur l'être social de l'homme alors il ne serait pas possible de comprendre qu'il existe au sein de la même société de différentes conceptions du Vrai et que des normes d'action incompatibles entre elles-mêmes peuvent coexister dans les rapports entre les différentes sociétés. Il n'y a ni l'une ni l'autre garantie de l'être. *C'est nous-mêmes qui devons être les garants ; et c'est pour cette raison que le droit existe.*

Les droits de l'homme sont nécessaires comme normes juridiques car il n'y a pas dans le pluralisme des formes de pensée et de vie – eu égard au relativisme auquel elles sont liées – d'autres principes pour la protection des libertés et des droits de tous. Ces libertés et droits doivent, en effet, être reconnus comme un devoir par tous et toutes.

Les droits de l'homme¹ sont des droits qui appartiennent – ou doivent appartenir – à tout homme, indépendamment des qualités qui sont par ailleurs les siennes, uniquement en fonction du fait qu'il est un homme. C'est là un énoncé simple, mais qui ne va pas de soi. Est-ce que ces droits *appartiennent* aux hommes « par nature » et toujours de la même manière – comme le pensent les théories du droit naturel ? Ou bien est-ce qu'ils *doivent* leur appartenir, au moyen de la juridicisation d'exigences morales historiquement variables ? J'argumenterai ici en faveur de la conception suivante (en présentant des thèses plutôt que des justifications, que j'aurais souhaitées plus nombreuses) :

- (i) Les droits de l'homme ne peuvent mener à la réalisation d'exigences morales qu'en tant que *droits juridiques* ;
- (ii) Ces droits *sont* juridiquement universalisables et universels ;

¹ Cf. Sandkühler 2010c.

(iii) Les stratégies fondées sur le *relativisme culturel* ont pour conséquences le *relativisme juridique*, la dés-universalisation et le manque de protection des droits de l'homme.

Les droits de l'homme sont des droits que nous avons indépendamment de notre origine culturelle.

Ce que *doivent être* les droits de l'homme est sujet à débat, tant au niveau des convictions morales qu'à celui des légitimations relevant de l'éthique et de la philosophie du droit. Mais ce que *sont* les droits de l'homme est défini dans le droit international, comme le résultat d'un processus de délibération entre États qui est de plus en plus influencé par la société civile. Il y aura encore des conflits politiques quant à la teneur normative de ces droits, quant aux fondements de leur acceptabilité, quant aux formes de leur réalisation concrète, quant aux sanctions qui leur sont liées et aux formes institutionnelles de leur protection. Un monde sans violations des droits de l'homme n'est pas en vue.

1. Concept et statut des droits de l'homme

Du point de vue de leur validité, les droits de l'homme sont un corrélat du fait d'être un humain. Du point de vue de leur origine historique, ils sont nés de *l'expérience de l'injustice*, et c'est à partir d'elle qu'ils se développeront. Les *exigences* relatives aux droits de l'homme qui ont été posées pendant les révolutions, puis formulées au XX^{ème} siècle sous le coup des crimes du colonialisme, du national-socialisme, du militarisme et du stalinisme, – ces exigences pointent vers des conditions de vie fondées sur un cosmopolitisme juridique, vers un *vivre-ensemble* sans discrimination, sans oppression ni faim, sans misère ni guerre. Les exigences sur les droits de l'homme ont une *teneur morale* ; mais elles ne sauraient ni être fondées à partir d'une unique morale, ni être imposées et protégées sans *leur forme juridique positive*.² Elles fondent des revendications à l'égard de la violence non-étatique – c'est-à-dire, surtout, économique –, ainsi qu'à l'égard des États ou communautés d'États dont les systèmes juridiques sont tenus de respecter en permanence le dernier stade de développement des droits de l'homme, dans l'intérêt de la meilleure préservation et de la meilleure réalisation possibles des droits fondamentaux. *Les droits individuels des êtres humains ont une validité juridique transculturelle,*

² Cf. Sandkühler 2010b.

universelle. Leur validité n'a pas à être fondée en raison. Ce qui doit être fondé, ce qui reçoit une justification différente en fonction des contextes culturels et politiques, ce sont leur acceptation et les formes de leur application.

Les droits de l'homme sont déduits de la valeur morale fondamentale et de la norme juridique de base qu'est la « dignité humaine »³, et ils constituent, dans la hiérarchie des normes, le fondement du système des normes juridiques. Ces droits impliquent des normes contraignantes, même là où ils ne sont pas positivés dans le droit d'un État ; ces droits requièrent davantage qu'un comportement simplement conforme au droit, ils requièrent la reconnaissance et le respect de la dignité humaine et du droit de tous à une vie conforme à cette dignité. Il y a des *devoirs* qui sont inscrits dans les droits de l'homme – comme dans toutes les normes juridiques ; ils n'ont pas à faire l'objet d'une « déclaration » spécifique.

Les dernières déclarations des droits de l'homme soulignent toujours davantage les *conditions* pour que les droits de l'homme puissent être réalisés. Ainsi il est dit dans le Préambule du *Pacte international relatif aux droits civiques et politiques* du 19.12.1966 (entré en vigueur en 1976), « que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, jouissant des libertés civiles et politiques et libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées ».

2. *Fonder les normes dans des sociétés pluralistes*

Dans les sociétés modernes, le pluralisme est un fait. Du point de vue du rapport entre le droit et la morale, c'est en même temps un problème. Le problème ne consiste pas en premier lieu dans les conflits entre grandes cultures censées être « étrangères » les unes aux autres, comme l'Europe et le monde arabe. Les difficultés surgissent bien plutôt à *l'intérieur* des sociétés – entre égoïsme et solidarité, entre liberté et respect des droits. Le pluralisme mène, *de facto*, au relativisme, à la revendication particulariste de la validité de *ma* vérité, de *ma* morale ; la validité des normes juridiques se trouve elle aussi relativisée : *mon* droit. Le relativisme juridique tire ses raisons de la présomption d'une prééminence de la morale privée sur le

³ Cf. Sandkühler 2010a.

droit public, et des cultures juridiques particulières sur le droit universel. Dans des conditions de pluralisme factuel, il n'est pas sensé, ni à l'intérieur d'une culture, ni eu égard aux relations entre des cultures, de vouloir déduire les droits de l'homme et les droits fondamentaux d'un *unique* principe éthique ou religieux, affirmé comme le seul « vrai », et imposé sous la contrainte. Un tel principe ne peut avoir de validité transculturelle. Le droit des droits de l'homme doit être développé dans la perspective d'un droit au désaccord, en respectant en même temps une liberté de configurer sa vie qui soit compatible avec le respect d'autrui. De là résulte la nécessité d'une conception *neutre* du droit par rapport aux compréhensions du monde et de soi. De cette exigence de neutralité, il ne résulte pas que la conception du droit devrait être *axiologiquement* neutre ; il faut bien plutôt qu'elle corresponde aux intuitions morales et jugements de valeur partagés par la grande majorité des hommes, intuitions selon lesquelles le juste et l'injuste peuvent être différenciés.

C'est pourquoi une importance de plus en plus grande revient au droit international des droits de l'homme. *Ses normes juridiques sont le miroir d'une morale universalisable et universalisée ; elles réunissent les intérêts des individus d'être protégé et les intuitions morales qui, dans le monde contemporain, suscitent le consensus le plus large possible.* Ce droit, qui est en même temps une morale commune, tire le fondement de sa validité universelle transculturelle de sa *neutralité* à l'égard des idéologies, des visions du monde, des religions ainsi que des préférences subjectives particulières qui dérivent de ces dernières. On ne peut attendre de solidarité morale spontanée, étant donnée l'« insociable sociabilité » humaine dont parle Kant et sous condition d'un ordre du monde injuste. Ce que l'on peut attendre de manière réaliste, ce qui est d'ores et déjà réalisé, au moins partiellement, dans le droit international, c'est le *cosmopolitisme juridique* du droit des droits de l'homme.

3. Les droits de l'homme et l'État

Scylla d'une métaphysique du droit naturel, Charybde d'un positivisme juridique « dur » séparant radicalement le droit et la morale – entre les deux, une issue se présente, sous la forme d'un argument transcendantal qui certes n'a pas de corrélat empirique, mais qui exprime la condition de possibilité du droit des droits de l'homme : les hommes s'accordent mutuellement les droits de l'homme, et ces droits universels existent

comme une structure qui est *juxtaposée* aux États comme l'individu est une juxtastructure de la société.

Cet argument est le point de départ d'une théorie *normative critique* de l'État et du droit. Faire la critique de l'État est une tâche perpétuelle. Effacer, derrière les États, le politique comme matrice du développement des droits de l'homme, voilà qui serait risqué. Beaucoup d'États manquent *de facto* de légitimité en ce qui concerne les droits de l'homme. C'est ce que les révolutions dans le monde arabe nous montrent. L'unité du droit et de l'État est problématique. D'un côté, l'État constitue une menace potentielle permanente contre les droits à la *liberté* ; de l'autre, en tant qu'institution qui pose le droit, il est le présupposé nécessaire des *droits* à la liberté. L'État doit mettre un terme au mésusage de la liberté qui est le fait des individus et des groupes, et le droit doit domestiquer l'État en un *État de droit*. L'État de droit formule la norme d'exercice du pouvoir politique et social d'abord en fonction du droit et de la justice, fût-ce en contradiction avec l'opportunité politique du pouvoir. C'est en se fondant sur cette norme que l'exercice étatique du pouvoir oblige juridiquement, s'organise, se limite. L'État de droit répond aux menaces contre les droits relatifs à la liberté sous la forme d'une *juridicisation*. La juridicisation est tout autant une conséquence de la critique du pouvoir qu'une réponse à la tendance des hommes à se sentir « autorisés » à agir, d'un point de vue moral subjectif, fût-ce au mépris des droits d'autrui. Une juridicisation liée aux droits de l'homme est une critique tant des positions morales déficientes, que du pouvoir et de la violence étatiques.

4. Révolution dans le droit international

Un changement révolutionnaire qui a débuté avec les procès des criminels de guerre à Nuremberg et à Tokyo, revêt une importance particulière pour la question de savoir quelles sont aujourd'hui les limites posées au pouvoir et à la violence des États ; grâce à ce changement, le droit international rejoint le niveau du droit des droits de l'homme. Tous les États sont en effet soumis à un système de droit dans lequel certaines normes relatives aux droits de l'homme valent inconditionnellement *erga omnes* (à l'égard de tous) : il s'agit de normes impératives (*peremptory norms*), d'un droit contraignant (*jus cogens*), qui sont pris comme principes fondamentaux du droit national et international. D'une part, les États sont tenus de refuser toute reconnaissance aux auteurs d'infractions graves contre les normes impératives du droit international général. D'autre part, ils sont tenus de

refuser toute aide et tout soutien au maintien de telles infractions. Alors que, dans la tradition du droit coutumier des peuples, on présupposait l'accord des États contractants, les normes du *jus cogens* engagent désormais tous les États sur le fondement du droit international, *indépendamment de leur acceptation contractuelle*. Conformément à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969, tout traité qui lèse une *peremptory norm* est nul et non avenue *ex tunc* (d'emblée).

Il faut prendre en considération cette révolution juridique, si l'on veut (i) porter un jugement sur ce que sont les États et sur ce qu'ils devraient être, et (ii) défendre l'universalité transculturelle des droits de l'homme contre le relativisme juridique et culturel.

Les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, qui depuis la Déclaration universelle de 1948 donnent lieu à des normes de plus en plus concrètes et détaillées, ont certes, du point de vue de leur genèse, un contexte économique, social, politique et culturel. De ce qu'ils doivent être mis en relation avec un contexte culturel, ne s'ensuit cependant pas de relativisation de leur validité, *pas de relativisme juridique*.⁴

5. *Les droits de l'homme : culturels et transculturels*

Ce qui vaut pour le fondamentalisme éthique vaut également pour les fondations essentialistes du contexte culturel des droits de l'homme. Certes, chacun est libre de choisir des stratégies reposant sur un fondement dernier ; mais on ne saurait en attendre un consensus général, ni l'obtenir par contrainte.

Je plaide pour une distance, celle du droit positif, à l'égard d'un concept excessif de la culture qui, fonctionnant comme unique « marqueur d'identité et différenciateur », est selon Sheila Benhabib devenu un synonyme universellement répandu d'*identité*⁵. Cela vaut d'ailleurs aussi pour les Déclarations des Nations-Unies, en particulier pour les Conventions de l'UNESCO. Dans la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* (2005), on peut lire à l'article 1 que le but de la Convention est « d'encourager le dialogue entre les cultures afin

⁴ Benhabib 2002, p. 28, met à juste titre en garde contre la position du „relativism of frameworks (relativisme des structures)“, telle qu'elle est soutenue par ex. chez J.-F. Lyotard et R. Rorty.

⁵ Benhabib 2002, p. 1.

d'assurer des échanges culturels plus intenses et plus équilibrés dans le monde en faveur du respect interculturel et d'une culture de la paix ; [et] de stimuler l'interculturalité afin de développer l'interaction culturelle dans l'esprit de bâtir des passerelles entre les peuples ».

La stratégie du dialogue ou encore de « bâtir des passerelles » prend pour point de départ (i) des cultures homogènes, des identités. Benhabib se différencie de cette stratégie en plaidant pour la reconnaissance de l'hybridité et de la polyphonie de toute culture : les cultures, de même que les sociétés, ne peuvent pas être réduites à un tout, au contraire elles sont multiples et décentrées. La stratégie du dialogue est (ii) une illusion, comme Fathi Triki souligne : « En effet, les cultures ne dialoguent pas et il est inutile de trouver un ordre dialogique entre les différentes cultures. Il y a plutôt « une rencontre » des cultures, rencontre transversale qui se peut se faire dans l'ordre de l'hospitalité, de l'étrangeté et de l'extériorité, mais aussi, dans l'ordre de l'hostilité et du désir de « consommation » et de destruction. ».⁶

C'est là exactement ce qu'exprime le concept de « *transculturalité* », concept qui désigne la constitution transformée des cultures actuelles. Les cultures contemporaines sont « caractérisées, de manière interne, par l'*hybridation*. Pour une culture donnée, toutes les autres cultures sont tendanciellement devenues des contenus internes »⁷. Pour cette raison même, on peut se demander si le concept de « *transculturalité* » ne reste pas lui aussi – en dépit de sa visée – attaché au présupposé de la culture comme « marqueur d'identité et différenciateur ». Toutefois, nous n'avons pas encore en vue de concept qui conviendrait mieux.

Et la culture juridique des droits de l'homme? Les potentats dont l'intérêt réside dans la conservation du pouvoir convoquent aujourd'hui comme hier, selon la formule du prix Nobel de Littérature nigérian Wole Soyinka, le « vaste champ des alibis culturels », « qui continuent à nous empêcher de réaliser l'indivisibilité de l'humanité dans le cadre d'un *ethos* commun de droit et de dignité »⁸.

⁶ Triki 2006, p. 174..

⁷ Welsch 2010, p. 2773.

⁸ Wole Soyinka 1999, p. 37.

Ce sont la diversité des modes de vie humains *et* l'universalité du principe de dignité⁹ qui jalonnent l'espace au sein duquel est possible une interprétation des droits de l'homme « qui rendra justice au monde moderne, et cela également du point de vue d'autres cultures »¹⁰. Le discours intellectuel et la négociation politique doivent toutefois éviter un piège éventuel. Ce piège en un « relativisme cynique, d'orientation culturaliste » : « en réduisant, selon une perspective culturaliste, le non-respect des droits de l'homme dans les régions non occidentales à son origine culturelle, et en faisant ainsi l'éloge cynique et résigné des différences, nous travaillons main dans la main avec les élites dominantes qui ont le pouvoir dans ces pays »¹¹. Le relativisme juridique, lié au relativisme culturaliste, conteste qu'il soit possible, pour des cultures juridiques différentes, d'être harmonisées dans un droit général et universel, de telle sorte qu'elles ne contredisent pas les exigences des droits de l'homme.

C'est là la perspective de la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, adoptée le 2 novembre 2001 à Paris, lorsqu'elle fait valoir : « nul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée ».

C'est pourquoi la vigilance s'impose face au danger d'un relativisme culturel – auquel souvent l'on a recours aussi de manière stratégique –, relativisme qui affaiblit les standards internationaux des droits de l'homme, dans leur légitimité et leur efficacité. C'est pourquoi aussi il faut, dans les débats sur le rapport entre droits de l'homme et pluralisme culturel, poser la question : qui sont ceux qui se donnent, dans la politique internationale, pour les représentants de l'identité culturelle de leur peuple? Qui a décrété leur légitimité à être les porte-parole des peuples ?

Une raison de poser cette question résulte du développement des droits de l'homme dans leur « troisième génération », un développement qui ne peut qu'être salué en son principe. Depuis la résolution 41/128 de l'Assemblée générale des Nations-Unies, prise le 4 décembre 1986, est reconnu le droit des peuples au développement (à l'autodétermination)¹², droit réclamé

⁹ Cf. Sandkühler 2007.

¹⁰ Habermas 1999, p. 216-217. Cf. Sandkühler 2004, 2006.

¹¹ Mishima 2005, p. 127-128.

¹² Cf. Chu Chen 1976.

surtout par les États dits du Tiers-Monde. La résolution part du fait « que le développement est un processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent ». Dans la partie I, article 1, on peut lire : « Tous les peuples ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils décident librement de leur statut politique et configurent dans la liberté leur développement économique, social et culturel ».

Je le redis : après l'époque du colonialisme, *c'est* bien là un progrès. Il a toutefois un coût. Le prix à payer réside dans la tendance, qui semble depuis lors inexorable, (i) à affaiblir les droits individuels au profit des droits collectifs, et de ce fait (ii) à minimiser les droits qui protègent les individus contre les États, et les droits de garantie sociale, au profit des devoirs à l'égard du collectif, et (iii) dans la tendance à définir ce collectif par la tradition et/ou la religion, c'est-à-dire par l'identité culturelle.

C'est la raison pour laquelle les droits de l'homme, nés en « Occident », ne seraient pas adaptés pour les cultures non-occidentales.

Certes, il relève *intrinsèquement* du principe de la dignité humaine, aussi bien que de celui des droits de l'homme, que nul tiers n'est autorisé à imposer une interprétation déterminée de leur validité. On ne saurait contester aux cultures, aux sociétés et aux États un espace de jeu dans leur compréhension et leur interprétation. Mais il faut trouver les critères pour juger de l'adéquation de l'interprétation, ainsi que les étalons pour critiquer les violations des droits de l'homme, dans les normes du droit positivé des droits de l'homme, indépendamment de morales culturellement différentes.

C'est ce que se reflète également dans des déclarations des ONG dans le monde arabe. Ainsi, la *Déclaration du mouvement arabe des droits de l'homme*, adoptée à Casablanca en 1999, se prononce explicitement pour l'universalité des droits de l'homme, ainsi que pour les instruments des Nations-Unies relatifs aux droits de l'homme. Elle s'indigne contre la manipulation anti-universaliste des peuples au nom de sentiments patriotiques et d'une particularité culturelle ou religieuse. La *Déclaration du Caire sur l'éducation aux droits de l'homme et leur diffusion*, de l'année 2000, souligne l'universalité des droits obtenus par le combat de tous les peuples, rassemblés contre l'oppression interne et externe, droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels qui appartiennent à l'humanité prise comme un tout et sont indissolublement liés les uns aux autres ; les droits

des femmes font partie intégrante du système des droits de l'homme¹³. La *Déclaration de Beyrouth* de 2003 soulève, sous le titre « Vers une protection régionale effective des droits de l'homme », la question : « Quelle charte arabe pour les droits de l'homme ? ». Eu égard au fait « qu'à la charte arabe sur les droits de l'homme font défaut un certain nombre de normes et de garanties internationales relatives aux droits de l'homme, normes et garanties adoptées par d'autres régions du monde », on exige une large réforme des instruments relatifs aux droits de l'homme, dans le cadre du « système universel des droits de l'homme, tel qu'il a été établi par les Nations-Unies ». En conclusion : « Ni la culture ni les particularités religieuses ne sauraient être utilisées pour semer le doute sur l'universalité des droits de l'homme ou pour la mettre en question »¹⁴.

6. Un bref bilan

Il n'y a pas *la* culture, unique, et la culture n'existe pas en tant qu'unité fermée sur l' « extérieur ». A l'intérieur des cultures, il y a des compréhensions différentes de ce qu'une vie, de ce que le monde devraient être.

Dans cet exposé, j'ai plaidé contre une conception métaphysique du droit, et en faveur d'un positivisme juridique prudent, bridé par l'idée du droit – la justice – et par les normes des droits de l'homme. Le positivisme juridique moderne, dans sa version modérée, formulée essentiellement par H.L.A. Hart, reconnaît expressément « un recouvrement partiel entre obligations légales et obligations morales »¹⁵. Étant donné le pluralisme interne des sociétés, et en riposte au relativisme culturel et juridique, il répond à la question de savoir quel universalisme est *factuellement* possible. La réponse est la suivante : on peut fonder de plusieurs manières divergentes la reconnaissance des droits de l'homme ; mais leur réalisation concrète, leur application, leur protection doivent, dans l'intérêt d'un vivre-ensemble dans l'égalité, la justice et la solidarité, respecter les limites d'une universalité juridique sur laquelle on s'accorde de manière transculturelle. Cette universalité n'est pas celle d'un système particulier de valeurs, mais celle du droit qui exige pour tous l'égalité, la liberté et la justice. C'est la

¹³ The Cairo Declaration on Human Rights Education and Dissemination. Adopted by The Second International Conference of Human Rights Movement in the Arab World, October 13-16, 2000.

¹⁴ In: Chase/Hamzawy 2006, p. 227.

¹⁵ Hart 1983, p. 55.

seule universalité que nous puissions avoir de manière transculturelle et avec une validité effective, dans ce monde polymorphe. Ce n'est pas rien, car elle fonde des droits que l'on peut faire valoir, et elle fixe des limites juridiques aux écarts par rapport à ce qui est reconnu comme universel. Cette universalité trouve sa forme dans le cosmopolitisme juridique comme expression d'un ordre des configurations plurielles de l'universel – elle trouve sa forme dans le « cosmopolitisme de la différence »¹⁶, qui libère l'universel « de la logique d'une uniformisation homogène, de la *reductio ad unum* », en lui donnant un ancrage « dans le royaume de la multiplicité et de la différence »¹⁷. Ce cosmopolitisme correspond au concept kantien du *sensus communis*, c'est-à-dire d'un « pouvoir de juger qui, dans sa réflexion, tient compte en pensée (*a priori*) du mode de représentation de tout autre, pour en quelque sorte comparer son jugement à la raison humaine tout entière et se défaire ainsi de l'illusion qui, procédant de conditions subjectives particulières aisément susceptibles d'être tenues pour objectives, exercerait une influence néfaste sur le jugement »¹⁸. L'universalisation ethno-pluraliste du relativisme oublie qu'il faut rendre possible *de manière transculturelle* le respect des droits de l'homme. Ni le pluralisme interne de cultures hybrides, ni la pluralité des convictions morales, ni la contextualité des droits de l'homme n'ont pour conséquence le relativisme juridique.

¹⁶ Marramao 2010, p. 20.

¹⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹⁸ Kant, *Kritik der Urteilskraft*, B 159 f.; traduction française par Alain Renaut in: Kant, *Critique de la faculté de juger*, Paris, Aubier, 1995, p. 278-279.

Bibliographie

- Benhabib, S., 2002, *The Claims of Culture. Equality and Diversity the Global Era*, Princeton, N.J.
- Chase, A./A. Hamzawy (eds.), 2006, *Human Rights in the Arab World. Independent Voices*, Philadelphia.
- Chu Chen, L., 1976, Self Determination as a human right. In: W. M. Reisman/B. H. Weston (eds.), *Towards world order and human dignity*, New York/ London.
- Habermas, J., 1999, Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte. In: Brunkhorst, H./ W.R. Köhler/ M. Lutz-Bachmann (Hrsg.), 1999, *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt/M.
- Marramao, G., 2010, Thinking Babel. Universality, Multiplicity, Difference. In: *IRIS. European Journal of Philosophy and Public Debate* II, 3 April 2010.
- Mishima, K., 2005, Menschenrechte als Traditionsbruch und Abschied von der Gewalt. In: In: L. Kühnhardt/ M. Takayama (Hg.), *Menschenrechte, Kulturen und Gewalt*, Baden-Baden.
- Sandkühler, H.J., 2010a, Sur la dignité humaine. In: J. Poulain/ H.J. Sandkühler/ F. Triki (éds), *Pour une démocratie transculturelle*. L'Harmattan, Paris 2010.
- Sandkühler, H.J., 2010b, Human Dignity, and the Transformation of Moral Rights into Legal Rights. In: *Iris. European Journal of Philosophy and Public Debate* (Iris, II, 4, October 2010).
- Sandkühler, H.J., 2010c, Menschenrechte. In: ders. (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2. Aufl. in 3 Bdn., Bd. 2, Hamburg.
- Triki, F., 2006, Pluralisme culturel et transculturalité, in: F. Triki/ V. Serrano Marín/ R. Parellada/ T. Ausin (éds.), *Formes de rationalité et dialogue interculturel*, Hildesheim.
- Welsch, W., 2010, Transkulturalität. In: H.J. Sandkühler (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2. Aufl. in 3 Bdn., Bd. 3, Hamburg.
- Wole Soyinka, 1999, Kulturelle Ansprüche und globale Rechte. In: *Jahrbuch Menschenrechte 1999*, p. 37-56.

POUR UNE THEORIE DU DROIT ET DE L'ÉTAT A MESURE HUMAINE

Si je défends *une théorie du droit et de l'État à mesure humaine*, il faut comprendre par là que je ne me prononce pas pour un *légalisme*, mais pour une théorie, à la fois, normative et critique du droit, de l'État et de la démocratie, qui part de la norme juridique du respect et de la protection de la dignité humaine et qui est fondée par des droits de l'homme positivés. Il s'agit d'une théorie qui reconnaît le pluralisme juridique et qui, en même temps, n'est pas menée *ad absurdum* par le relativisme culturel et le relativisme juridique.

Sa fonction critique apparaît d'abord – avec Kant – avec la question théorique concernant les conditions de possibilité (i) du droit juste, (ii) d'un État de droit et d'un État social qui discipline la menace constante du pouvoir et de la violence de l'État, (iii) et d'un droit international orienté vers la paix et les droits de l'homme en vue d'un constitutionnalisme universel, c'est-à-dire en vue d'une société mondiale dont la Constitution corresponde aux principes de l'État de droit et de l'État social. Je vais cependant me limiter, dans cet exposé juridique et politique, mais non point philosophique, qui porte sur le problème de la protection des droits de l'homme, à la dimension pratique de la critique : critique du mésusage politique et idéologique des droits de l'homme pour légitimer des « interventions humanitaires » en en appelant à une *responsabilité de protéger* bien problématique et en ne respectant pas l'interdiction de la violence de la Charte de l'ONU.

Le droit, qui ne suppose pas seulement la légalité, mais aussi la légitimité de l'État et des actes dans les relations internationales, existe dans le système des droits civils, politiques, économiques et culturels de l'homme. Les droits de l'homme ont besoin de la protection de l'État. Si l'État n'est pas un État de droit, il peut donc devenir l'ennemi des droits de l'homme ; il nie alors ce progrès de l'histoire de l'humanité. La question de savoir si tous les droits de l'homme contraignants ont une valeur universelle et si leur valeur peut être justifiée, ne se pose pas.¹ Leur valeur juridique se fonde sur ce qui est conclu de façon contractuelle dans les pactes et

¹ Den von Walter Pfannkuche eingeschlagenen Weg, die Menschenrechte moral-philosophisch zu bestimmen und zu begründen, halte ich nicht für gangbar; siehe seinen Beitrag in diesem Buch.

conventions sur les droits de l'homme – ceux des Nations Unies surtout – et sur les normes du *ius cogens*, du « droit contraignant » valable pour tous et contre tous.² Le droit coutumier, qui a été modifié de façon révolutionnaire depuis les procès de Nuremberg et de Tokyo contre les principaux responsables des crimes de guerre, comprend les *principes juridiques universels* qui obligent tous les États. Les droits de l'homme se sont avérés être universalisables dans les négociations entre les États – lesquelles sont influencées de façon croissante par des organes et des institutions de la société civile.

1. *Le droit international, les États et les Nations Unies*

Le droit international, qui doit permettre l'existence d'une source de non-violence entre les États et ainsi une vie humaine sans guerre, sans faim et sans misère, a mis en jeu sa reconnaissance, en étant trop souvent instrumentalisé par des États qui ont des revendications hégémoniques. Même l'organe de l'ensemble des États, les Nations Unies (ONU), rencontre des réserves et un scepticisme croissants. Il se révèle être souvent impuissant à prévenir et à prendre en compte les crises. Des intérêts contraires d'ordre politique et idéologique entre les États et, en particulier, entre les groupes d'États rassemblés dans l'ONU rendent plus difficile la négociation de solutions adaptées aux problèmes, et le défaut dont a hérité l'ONU à sa naissance – la position spéciale et anachronique depuis longtemps des cinq puissances de veto au Conseil de sécurité est transférée, d'après l'Article 24 de la Charte de l'ONU, à « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales » – mène au blocage. Il est grave également que les intérêts d'États puissants contournent toujours encore la primauté du droit, à laquelle s'est engagée l'ONU par sa Charte, par la « Déclaration universelle des droits de l'homme » et par de nombreux pactes et conventions. Le plus gros problème aujourd'hui consiste en ce que les droits de l'homme sont *instrumentalisés* pour des interventions militaires – dites « humanitaires » – qui peuvent violer la

² Azelarabe Lahkim Bennani stellt in seiner Replik auf meinen Beitrag, den er als Beitrag »in der Linie« von K.-O. Apels post-konventioneller Ethik und von J. Habermas' Konzept post-säkularer Gesellschaft missversteht, die Auffassung in Frage, die *peremptory norms* des *ius cogens* hätten unabhängig von der Zustimmung von Staaten Geltung; er verweist darauf, dass viele Staaten *de facto* aufgrund von »Prinzipien des Rechtspositivismus und ökonomischen Utilitarismus« das zwingende internationale Recht verletzen. Dies ist empirisch zutreffend, berührt aber die Normativität des *ius cogens* nicht, ohne dessen Anerkennung von »Verletzung« gar nicht gesprochen werden könnte.

souveraineté des États protégée par l'Article 2 (1) de la Charte de l'ONU. Les droits de l'homme menacent de devenir des « réserves de légitimation ».

La Charte de l'ONU de 1945 définit le maintien de la paix comme un but prioritaire (Article 1,1). De là s'ensuit pour les États le devoir de régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques (Article 2, 3) ainsi que l'interdiction de l'emploi de la force militaire dans les relations internationales (Article 2, 4). En plus de l'obligation contractuelle issue de l'adhésion à la Charte, l'interdiction de la violence vaut donc aussi parce qu'elle est ancrée dans le droit coutumier international et qu'elle est reconnue comme un droit contraignant.

Ce principe de la Charte de l'ONU a été renforcé le 24 Octobre 1970³ par la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies » : « Tout État a le devoir de s'abstenir, dans ses relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. Pareil recours à la menace ou à l'emploi de la force constitue une violation du droit international et de la Charte des Nations Unies et ne doit jamais être utilisé comme moyen de règlement des problèmes internationaux. » En même temps, a été souligné le fait que : « Aucune disposition des paragraphes qui précèdent ne sera interprétée comme élargissant ou diminuant de quelque manière que ce soit la portée des dispositions de la Charte concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est licite. »

En dépit de ces réglementations explicites, des interventions ont eu lieu « au nom des droits de l'homme » que ce soit, comme dans le cas de la guerre de l'OTAN⁴ contre la Yougoslavie – où il ne s'agissait pas d'un cas d'autodéfense d'après l'Article 51 de la Charte de l'ONU –, sans mandat du Conseil de sécurité, ou bien, comme dans le cas de la deuxième Guerre du Golfe où, malgré une autorisation de l'intervention militaire, l'ONU a été exclu des développements ultérieurs. Les interventions ont été décidées

³ Nations Unies A/RES/2625 (XXV).

⁴ Cf. Traité de l'OTAN, Article 7 : « Le présent Traité n'affecte pas et ne sera pas interprété comme affectant en aucune façon les droits et obligations découlant de la Charte pour les parties qui sont membres des Nations Unies ou la responsabilité primordiale du Conseil de Sécurité dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales. »

(comme pour la Lybie) dans un respect asymétrique des droits et des devoirs de l'ONU ou ne l'ont pas été (comme pour le Rwanda). La réforme négociée de l'ONU, et surtout celle du Conseil de sécurité, n'aurait pas seulement dû avoir lieu depuis très longtemps ; le renforcement d'un *développement analogue de l'État de droit* au niveau international est en outre nécessaire.

Mais toutes ces critiques sans aucun doute nécessaires ne doivent pas faire perdre de vue que le monde, sans les développements du droit international, avant et plus particulièrement après 1945, sans la codification juridique progressive de la protection coopérative des droits de l'homme et sans l'existence de l'ONU, serait un autre monde, bien plus marqué par la violence. Pour les normes du droit international, vaut également le fait que leur violation n'annule pas leur valeur juridique. La critique de la violation présuppose la valeur des normes et leur approbation.

2. *Le changement du principe de souveraineté et la valeur universelle des droits de l'homme*

Les principes du droit international en tant que droit contraignant sont le résultat des procès de Nuremberg et de Tokyo contre les principaux responsables de crimes de guerre : ils ont révolutionné le droit international. Ce sont des présuppositions essentielles pour changer de paradigme, pour un développement qui aille en direction d'une constitutionnalisation du droit international et même d'un constitutionnalisme universel⁵, c'est-à-dire d'une Constitution mondiale de la totalité des États⁶.

Depuis ce changement révolutionnaire du droit international, le discours juridique et constitutionnel a été de plus en plus *globalisé* et le *droit international* des traités intergouvernementaux a été transformé en un

⁵ Cf. R. Macdonald et D.M. Johnston (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden 2005. Pour une « brève description de l'origine du constitutionnalisme global, en particulier dans la théorie allemande du droit international », cf. A.L. Paulus, « Between Constitutionalization and Fragmentation – Concepts and Reality of International Law in the 21st Century ». Dans *Humboldt Forum Recht* 5/2011. Paulus constate, que l'exigence d'un constitutionnalisme global est confronté à « un ordre global fragmenté qui reflète le démembrement de toute conception unifiée d'un ordre juridique unique du monde envers un monde d'acteurs multiples et divers qui ordonnent eux-mêmes leur propre domaine juridique sans avoir vraiment besoin d'un système juridique surplombant » (Ibidem, p. 57).

⁶ J'emploie l'expression « totalité des États » parce que le concept courant « communauté d'États » embellit de façon problématique les relations réelles entre les États.

système autonome de *droit universel post-national*. Le système plus ou moins lâchement interconnecté d'institutions inter-, trans- et supranationales est très loin de constituer un État mondial, mais il a clairement, dans ces institutions, des « éléments d'étaticité (*stateness*) » qui « n'apparaissent plus seulement dans la forme de l'État-nation ».⁷

Afin d'éviter des malentendus, j'insiste : celui qui – comme moi – défend un constitutionnalisme universel, en ayant pour raison normative le développement d'*une théorie du droit et de l'État à mesure humaine* et dans la perspective d'une théorie du droit et de l'État sur *la base des droits de l'homme*, n'adopte pas la stratégie qui souhaite desserrer les liens de la Charte de l'ONU et de l'interdiction de la violence au nom d'une « dynamisation du droit international ».

Les normes universelles des droits de l'homme ont été plus ou moins impliquées dans un réseau de relations régionales, interétatiques et transnationales. En même temps, la conception juridique de la souveraineté a changé : « La protection internationale des droits de l'homme, qui est déjà formulée dans la Charte de l'ONU comme un but universel (Article 1, 3), qui est plus développée dans la « Déclaration universelle des droits de l'homme » (1948) comme une sorte de programme législatif et qui est ensuite appliqué normativement dans une quantité de traités sur les droits de l'homme universels et régionaux, a pareillement contribué de façon décisive à révolutionner l'idée de souveraineté. Le changement qu'ont provoqué ces traités et les standards de la protection minimale garantie par le droit coutumier consiste avant tout en la chose suivante : un État est dorénavant obligé au niveau du droit international de respecter les normes actuelles des droits de l'homme de tous les hommes, et cela donc aussi vis-à-vis de ses propres ressortissants, et de confier, selon le traité, l'examen de sa conduite à des instances (de justice) internationales, en invoquant soit les autres parties contractantes soit les individus concernés eux-mêmes. Les obligations du droit international restreignent l'espace sans intervention des « domaines réservés ». L'objection soutenant l'interdiction de l'ingérence

⁷ H. Brunkhorst, « Die globale Rechtsrevolution. Von der Evolution der Verfassungsrevolution zur Revolution der Verfassungsevolution? », dans R. Christensen et B. Pieroth (dir.) *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht. Freundesgabe zum 70. Geb. von Friedrich Müller*, Berlin 2008, p. 14.

que l'on élève souvent contre l'exigence de respecter les obligations des droits de l'homme n'est plus tenable. »⁸

La communauté juridique internationale doit, selon Jürgen Habermas, « à tout le moins être capable d'inciter ses membres, sous peine de sanctions, à respecter le droit ». ⁹ Le droit universel doit être institutionnalisé de telle sorte qu'« il concerne, par-delà les sujets collectifs du droit international, le statut des sujets de droit individuel ». ¹⁰ Enfin la politique de l'ONU au-delà du maintien de la paix doit devenir une *politique intérieure mondiale*, qui « ait recours, avant tout emploi de la force militaire, à tous les moyens disponibles, y compris l'intervention humanitaire, afin d'agir sur la situation intérieure d'États formellement souverains pour y favoriser à la fois l'autosuffisance économique et des conditions sociales supportables, la participation démocratique, l'établissement de l'État de droit et la tolérance culturelle ». ¹¹

Tous les moyens, y compris l'intervention humanitaire ? La position ambivalente de Habermas lors de la guerre du Kosovo a révélé quels problèmes de justification soulève cette revendication. Sous le titre « Bestialité et Humanité. Une guerre à la frontière du droit et de la morale », il écrit en 1999 : « Dans le cadre du droit international classique, cette intervention eût été prise pour une ingérence dans les affaires intérieures d'un État souverain, c'est-à-dire pour une violation du principe de non-intervention. Sous les prémisses de la politique des droits de l'homme, cette intervention doit être comprise dorénavant comme une mission armée mais autorisée en vue de la paix par la communauté internationale (tacitement aussi sans mandat de l'ONU). D'après cette interprétation, la guerre du Kosovo pourrait représenter une avancée du droit international classique des États vers le droit cosmopolitique de la société civile mondiale. » ¹² L'OTAN agit « sans mandat du Conseil de sécurité », mais justifie « l'intervention

⁸ E. Klein, Völkerrecht, dans *Enzyklopädie Philosophie*, 2^{ème} édition, Vol. 3, Hamburg 2010, p. 2915.

⁹ J. Habermas, « La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne », dans *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique* [1996], trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 161-203, ici : 177.

¹⁰ Ibidem, p. 179.

¹¹ Ibidem, p. 185.

¹² J. Habermas, « Bestialität und Humanität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral » [Bestialité et Humanité. Une guerre à la frontière du droit et de la morale], dans *DIE ZEIT*, 54. Jg., 1999, Nr. 18. Pour une traduction française cf. http://www.leforum.de/artman/publish/article_78.shtml.

comme une aide d'urgence à une minorité ethnique (et religieuse) » ; sans mandat du Conseil de sécurité, le devoir d'assistance serait contourné « dans ce cas seulement au nom des principes contraignants *erga omnes* du droit international ». ¹³

Habermas concède : « La guerre au Kosovo touche une question fondamentale discutée aussi bien en science politique qu'en philosophie. L'État démocratique constitutionnel a réussi la grande performance civilisatrice de domestiquer la violence politique par le droit en s'appuyant sur la souveraineté de sujets reconnus par le droit international, alors qu'un état cosmopolitique n'offre plus cette indépendance à l'État-nation. L'universalisme des Lumières se heurte-t-il ici au sens particulier d'une violence politique, qui est inscrite de façon indélébile dans la motivation à l'auto-affirmation collective d'une communauté particulière ? Cette question réaliste est une épine au pied pour la politique des droits de l'homme. » ¹⁴

Si les conclusions de Habermas ne sont pas convaincantes, elles montrent clairement où conduit à terme la revendication « tous les moyens, y compris l'intervention humanitaire » : à remplacer le droit par une morale problématique. La guerre du Kosovo aurait montré « que des justifications universalistes ne voilent absolument pas toujours des intérêts particuliers inavoués. Ce que reproche une herméneutique du soupçon à l'offensive en Yougoslavie est plutôt mince. (...) Tant que les droits de l'homme restent faiblement institutionnalisés au niveau global, la frontière entre le droit et la morale peut s'estomper comme dans le cas présent. Parce que le Conseil de sécurité est bloqué, l'OTAN peut se référer seulement à la valeur morale du droit international – à des normes pour lesquelles n'existent pas d'instances réelles d'application et de réalisation du droit reconnues par la communauté internationale. » On ne contredira pas l'observation habermassienne, les conséquences de la « sous-institutionnalisation du droit cosmopolitique (...) dans l'écart entre la légitimité et l'effectivité des interventions garantissant la paix et faiseuses de paix » apparaissent ici. La politique des droits de l'homme aurait pour but de « réduire l'écart entre ces situations inversées. » Que « face au droit cosmopolitique sous-institutionnalisé », une politique des droits de l'homme soit nécessaire « par simple anticipation d'un état cosmopolitique à venir, qui veut en même temps les favoriser » est une thèse qui ne s'accommode pas seule-

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

ment de ce que l'on s'aperçoit l'interdiction de la violence, mais incite pour ainsi dire à cela. La conclusion sommaire selon laquelle « l'autorité que l'OTAN s'attribue à elle-même ne doit pas devenir une règle »¹⁵ montre l'impasse à laquelle on est conduit lorsque l'on met à disposition l'interdiction de la violence de la Charte de l'ONU.

Cependant, en dépit du problème mentionné, il y a de bonnes raisons pour supposer que le principe de l'État de droit *puisse* devenir le principe des relations internationales¹⁶. Le principe de l'État de droit doit correspondre, au niveau international, au même principe matériel qui est central dans l'État-nation : le droit ne doit pas seulement protéger les sujets du droit de l'arbitraire, mais il doit aussi en tant que droit juste réaliser la justice et la protection des droits de l'homme. Cela ne vaut pas seulement pour les relations interétatiques mais aussi pour les individus soumis au droit, pour les organisations internationales, pour les ONG, pour la juridiction internationale et tout particulièrement pour les entreprises nationales et transnationales.

La révolution du droit international d'après 1945 a permis – avec la juridicisation – « *l'intégration de tous les hommes* dans une communauté juridique de citoyens libres et égaux » : « Tous les habitants de la Terre appartiennent aujourd'hui à la sphère d'inclusion de *droits égaux* et du *droit égal* ». ¹⁷ Le droit international et les droits de l'homme sont devenus dans ce processus les deux faces de la médaille, d'un point de vue normatif. En raison de l'expérience de l'injustice de la Seconde Guerre mondiale et de l'Holocauste, ils sont devenus « des éléments complémentaires de la Charte des Nations Unies de 1945 ». Le droit international, axiologiquement neutre jusque-là, a été normativement chargé dans la Charte de l'ONU et, outre la stabilisation des relations internationales, il a été orienté pour défendre les droits de l'homme. En conséquence, la prise en charge

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Paulus 2011 (cf. note 5, p. 56), parle d'un transfert du « concept le plus fort d'un ordre juridique vers le droit international, c'est-à-dire vers le droit constitutionnel, en d'autres termes, l'idée d'un ordre juridique englobant régulant toutes les sphères des acteurs internationaux, et ainsi ne se limitant pas lui-même aux États mais perçant le voile de la souveraineté étatique pour être directement applicable aux individus humains ».

¹⁷ Brunkhorst 2008 (cf. note 7), p. 15 *sq.*

des droits de l'homme a été soustraite à la compétence des seuls États et a été déclarée une affaire internationale et collective de tous les États. »¹⁸

Il ne faut cependant pas oublier que les normes du droit international et des droits de l'homme concernent, d'un côté, la portée de la souveraineté étatique, fortement tendue entre le pôle de l'interdiction de la violence d'après l'Article 2 (4) et celui de l'interdiction « à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État » d'après l'Article 2 (7) de la Charte de l'ONU, et, de l'autre, l'obligation de tous les États membres à respecter les droits de l'homme selon le Préambule, l'Article 1 (3) et l'Article 55 de la Charte.

Grâce à des principes fondamentaux du droit international universel, la révolution juridique a fondamentalement modifié le droit coutumier international, qui était un droit contractuel interétatique, librement négocié et modifiable à tout moment, par les normes matérielles, porteuses des intérêts de l'humanité entière, d'un droit contraignant qui n'est pas à la disposition des États (*ius cogens*) et par les obligations *erga omnes* (contre tous) qui s'ensuivent.

Les *peremptory norms of general international law*¹⁹ limitent l'action des États et ceux-ci sont obligés de respecter les droits fondamentaux de l'homme sous peine de sanctions. Tous les États sont soumis à un système de droit international, dans lequel les normes déterminées des droits de l'homme valent inconditionnellement ; celles-ci ne peuvent être relativisées ni en émettant des réserves envers les conventions sur les droits de l'homme ni en déclarant un état d'urgence national ayant ses propres règles. Tandis que le droit coutumier international présupposait l'adhésion des États à des traités, les *peremptory norms* ne peuvent être violées par aucun État, *indépendamment de l'approbation, ou pas, des traités*.

Le droit contraignant international a conduit à un changement de priorités, de la liberté de disposition des États à la protection de l'individu par les droits de l'homme. Il « délimite l'espace de ce qui est politiquement possible pour les États. [...] Avec les normes valables du droit contraignant international, il y a pour les États des frontières qui délimitent les orienta-

¹⁸ Ch. Rohloff, « Menschenrechte brechen Völkerrecht? Ein Plädoyer für die Stärkung beider Rechtskategorien », dans *Jahrbuch Menschenrechte 2001*, p. 44.

¹⁹ Cf. L. Hannikainen, « Peremptory Norms (Jus Cogens) », dans *International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki 1988.

tions sur lesquelles ils peuvent convenir l'un envers l'autre dans le dialogue politique. »²⁰

Il faut noter cependant que le droit contraignant a jusqu'ici délimité seulement de façon sélective les espaces de jeu des *global players* du point de vue des droits de l'homme. Il oblige les États à respecter les *droits fondamentaux*²¹ mais met entre parenthèses jusqu'à présent une grande partie des droits de l'homme : les droits qui font l'objet du « Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ».

Avec la compréhension des droits de l'homme, de leur indivisibilité et de leur universalité, le droit pénal international s'est également modifié. Alors que les États criminels pouvaient jusqu'au procès de Nuremberg se dérober aux poursuites pénales internationales en raison de leur immunité, depuis, grâce au principe universel, le droit pénal international mais aussi national est applicable en dehors du pays, si le délit à poursuivre se dirige contre des biens juridiques internationalement protégés.

Quant à l'immunité des États, malgré des assouplissements – issus surtout de la juridiction internationale – du principe traditionnel du droit international « *par in parem non habet imperium* » (les égaux n'ont pas de pouvoir sur les égaux), qui provient du droit romain et que prévoit l'Article 2 (1) de la Charte de l'ONU²² lors des atteintes aux droits humains, des progrès sont à enregistrer seulement dans les cas normés les plus sensibles du droit pénal international. Néanmoins il y a, à ne pas s'y méprendre, une érosion de l'immunité des États. Cela apparaît tout particulièrement dans la détermination de l'Article 27 du « Statut de Rome » sur la Cour pénale internationale : « 1. Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouver-

²⁰ Ch. Pfestroff, « *Ius cogens* als Grenzmarkierung für den nachbarschaftlichen Dialog: Zur Forderung nach Sicherheitsklauseln für das neue EU-Nachbarschaftsinstrument », dans *MenschenRechtsMagazin*, 11 (2006), Vol. 1, p. 35.

²¹ Une définition généralement acceptée de ce que sont les droits de l'homme par différence avec les autres droits de l'homme « fondamentaux » n'existe pas. Le *ius cogens* ne protège pas la totalité des droits de l'homme. L'interdiction du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, du crime d'agression, de l'asservissement, de la discrimination raciale, de l'Apartheid et de la torture constituent le noyau à protéger qu'il reste à développer plus amplement dans le processus de la constitutionnalisation du droit international.

²² Article 2 (1) de la Charte de l'ONU : « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres. »

nement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. 2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne. »

D'après l'Article 5 (1), « la compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants : a) Le crime de génocide ; b) Les crimes contre l'humanité ; c) Les crimes de guerre ; d) Le crime d'agression. »²³

3. *Les interventions humanitaires et la responsabilité de protéger*

Une étape supplémentaire du développement du droit international établit la reconnaissance d'une « responsabilité de protéger » ; celle-ci s'est profilée à partir des années 90 et devient effective en septembre 2005 lors de la session extraordinaire de l'Assemblée générale de l'ONU. Le secrétaire général de l'ONU de l'époque, Kofi Annan, avait exigé ce principe déjà à l'occasion de la session de 1999 de l'Assemblée générale de l'ONU et en 2000 dans sa « Déclaration du Millénaire : Nous les peuples : Le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle »²⁴ dans le contexte du conflit au Kosovo et de la guerre de l'OTAN contre la Yougoslavie²⁵. Il déclarait au sujet des interventions humanitaires : « J'admets aussi que les principes de la souveraineté et de la non-ingérence offrent une protection absolument indispensable aux petits États faibles. Je voudrais néanmoins poser la question suivante aux critiques : si l'intervention humanitaire constitue effectivement une atteinte inadmissible à la souveraineté, comment devons-nous réagir face à des situations comme celles dont nous avons été témoins au Rwanda ou à Srebrenica et devant des violations flagrantes, massives et

²³ Cf. là-dessus les précisions adoptées le 9 septembre 2002 sur les « éléments de crimes »: *Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, First session, New York, 3-10 Septembre 2002 (United Nations publication, Sales No. E.03.V.2 and corrigendum), partie II.B.

²⁴ Nations Unies A/54/2000.

²⁵ Sur la question de savoir si les atteintes des droits humains peuvent justifier des interventions militaires, cf. *The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background. Supplementary Volume to the Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, publiée par the International Development Research Centre, Ottawa 2001, discussion internationale documentée.

« systématiques des droits de l'homme, qui vont à l'encontre de tous les principes sur lesquels est fondée notre condition d'êtres humains? »

Cette question a depuis lors toujours été reprise dans le cadre de l'ONU, dès qu'il s'agit de la légitimation des interventions humanitaires. Kofi Annan allait plus loin : « Nous faisons face à un véritable dilemme. Rares sont ceux qui ne pensent pas qu'il faille défendre à la fois le principe de l'humanité et celui de la souveraineté. Hélas, cela ne nous dit pas quel principe devrait prévaloir lorsqu'ils sont en conflit. L'intervention humanitaire est une question délicate et très complexe sur le plan politique et ne se prête pas à des réponses faciles. Toutefois, ce qui est certain, c'est qu'aucun principe juridique - même pas celui de la souveraineté - ne saurait excuser des crimes contre l'humanité. Lorsque de tels crimes sont commis et que les moyens pacifiques pour y mettre fin ont été épuisés, le Conseil de sécurité a le devoir moral d'agir au nom de la communauté internationale. Ce n'est pas parce que nous ne pouvons pas protéger les populations partout dans le monde que nous ne devons pas agir chaque fois que nous le pouvons. L'intervention armée doit toujours demeurer le dernier recours mais, face à des massacres, c'est une possibilité qu'il ne faut pas écarter. »²⁶ Kofi Annan a certes confirmé le principe de la souveraineté, mais avec l'interprétation suivante : « c'est la souveraineté des peuples plutôt que la souveraineté du souverain. »²⁷ Entretemps, ce principe vaut dans les Nations Unies : « La souveraineté ne peut plus être invoquée par l'État pour refuser toute ingérence extérieure; désormais, ce principe met à la charge de l'État la responsabilité d'assurer le bien-être de sa population. »²⁸

Le gouvernement canadien a profité de l'appel de Kofi Annan pour former une commission internationale, qui devait se consacrer au problème de la responsabilité de protéger. La commission a rendu public le résultat de son travail en se référant explicitement à la question de Kofi Annan, citée ci-dessus, peu après le 11 septembre 2001 et dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme » sous le titre « La responsabilité de protéger. Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des

²⁶ <http://www.un.org/french/millenaire/sg/report/full.htm>.

²⁷ Kofi Annan, « Two Concepts of Sovereignty », dans *The Economist* 352, September 18, 1999.

²⁸ <http://www.un.org/fr/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>.

États » (Rapport CIISE)²⁹ : « Ce rapport porte sur la question du « droit d'intervention humanitaire » : des États ont-ils jamais le droit de prendre des mesures coercitives – et particulièrement militaires – contre un autre État pour protéger des populations menacées dans ce dernier, et si oui, dans quelles circonstances? Jusqu'à ce que les événements bouleversants du 11 septembre 2001 propulsent la lutte contre le terrorisme au premier plan des préoccupations internationales, la question de l'intervention à des fins de protection humaine était considérée comme l'une des plus délicates et des plus controversées dans le domaine des relations internationales. Le problème s'est posé de manière plus forte que jamais depuis la fin de la guerre froide. Les appels à l'intervention se multiplient; certains trouvent réponse et d'autres restent lettre morte. Les avis restent partagés quant à l'existence de ce droit, et même ceux qui le reconnaissent ne s'entendent pas sur les modalités selon lesquelles il doit s'exercer, c'est-à-dire de quelle manière, à quel moment et sous l'autorité de quelles instances. »³⁰

Avec ce « Rapport », le « droit à l'intervention humanitaire » jusqu'alors inexistant dans le droit international doit être établi comme un devoir. « Il a pour thème central « la responsabilité de protéger ». Les États souverains ont la responsabilité de protéger leurs propres citoyens contre les catastrophes qu'il est possible de prévenir – meurtres à grande échelle, viols systématiques, famine. S'ils ne sont pas disposés à le faire ou n'en sont pas capables, cette responsabilité doit être assumée par l'ensemble de la communauté des États. »³¹ Le « Rapport » change la définition de la souveraineté des États en proposant « une redéfinition nécessaire : on passe d'une *souveraineté de contrôle* à une *souveraineté de responsabilité*, pour ce qui est tant des fonctions internes que des responsabilités externes. »³²

Le « *High-Level Panel on Threats, Challenges and Change* » convoqué par Kofi Annan fin 2003 pour réformer les Nations Unies reprend, dans son rapport final « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », le concept de la « responsabilité de protéger » développé par le « Rapport »³³. La Réunion

²⁹ *La responsabilité de protéger. Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*, publié par le Centre de recherches pour le développement international, Ottawa, Canada, 2001, <http://www.crdi.ca>.

³⁰ Ibidem, p. VII.

³¹ Ibidem, p. VIII.

³² Ibidem, p. 14.

³³ « Un monde plus sûr : notre affaire à tous. Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement ». Nations Unies A/59/565.

plénière de haut niveau évoquait déjà, avant le Sommet mondial de l'ONU (des 14 - 15 et 16 septembre 2005), une « nouvelle norme » de droit international en renvoyant à la responsabilité de protéger: « Nous souscrivons à la nouvelle norme prescrivant une obligation collective internationale de protection, dont le Conseil de sécurité peut s'acquitter en autorisant une intervention militaire en dernier ressort, en cas de génocide et d'autres tueries massives, de nettoyage ethnique ou de violations graves du droit international humanitaire, que des gouvernements souverains se sont révélés impuissants ou peu disposés à prévenir. »³⁴

En mars 2005, Kofi Annan défendait, dans son rapport « Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous »³⁵, le principe de la responsabilité de protéger en se référant d'un air approbateur au « Rapport CIISE ». Ainsi il devenait clair que dorénavant – par différence avec la Charte de l'ONU qui avait restreint le droit d'intervention au « cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression » à l'Article 39 – bien plus de motifs deviendraient valables pour l'intervention humanitaire : « promouvoir l'état de droit, les droits de l'homme et la démocratie, qui se trouvent au cœur de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme. »³⁶ Kofi Annan a expliqué : « C'est dans le domaine du droit international humanitaire que le fossé entre rhétorique et réalité – c'est-à-dire entre les déclarations et les actions – est le plus marqué. Lorsque la communauté internationale est confrontée à un génocide ou à des violations des droits de l'homme à grande échelle, il est inacceptable que les Nations Unies demeurent passives et laissent les événements aller à leur terme, au prix de conséquences désastreuses pour des milliers d'innocents. J'appelle l'attention des États Membres sur cette question depuis de nombreuses années. À l'occasion du dixième anniversaire du génocide rwandais, j'ai présenté un plan d'action en cinq points visant à prévenir tout génocide. Ce plan met l'accent sur la nécessité d'agir pour éviter les conflits armés, d'adopter des mesures concrètes pour protéger les civils, de prendre des dispositions judiciaires contre l'impunité, de nommer un conseiller spécial sur la prévention du génocide dans le cadre de la stratégie d'alerte précoce,

³⁴ Ibidem, § 203.

³⁵ Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous. Rapport du Secrétaire général. Nations Unies A/59/2005.

³⁶ Ibidem, § 7.

et d'agir rapidement et de manière décisive lorsqu'un génocide est perpétré ou est sur le point de l'être. Il reste néanmoins beaucoup à faire pour prévenir de nouvelles atrocités et pour garantir que la communauté internationale agisse sans délai en cas de violations généralisées des droits de l'homme. »³⁷

Avec le « Document final du Sommet mondial de 2005 »³⁸ adopté à l'occasion de la Réunion plénière de haut niveau de l'ONU en septembre 2005, « les dirigeants de la planète [...] ont convenu d'intervenir sur divers fronts pour faire face aux grands problèmes mondiaux ». Ils ont réaffirmé « que nos valeurs fondamentales communes, que sont la liberté, l'égalité, la solidarité, la tolérance, le respect de tous les droits de l'homme, le respect de la nature et le partage des responsabilités, sont essentielles dans les relations internationales. »³⁹ Sous le titre, « Devoir de protéger des populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité », ils ont déclaré : « C'est à chaque État qu'il incombe de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Ce devoir comporte la prévention de ces crimes, y compris l'incitation à les commettre, par les moyens nécessaires et appropriés. Nous acceptons cette responsabilité et agissons de manière à nous y conformer. La communauté internationale devrait, si nécessaire, encourager et aider les États à s'acquitter de cette responsabilité et aider l'Organisation des Nations Unies à mettre en place un dispositif d'alerte rapide. »⁴⁰ « Il incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte des Nations Unies, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Dans ce contexte, nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les

³⁷ Ibidem, § 134.

³⁸ Nations Unies A/60/L.1*

³⁹ Ibidem, § 4.

⁴⁰ Ibidem, § 138.

autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité. Nous soulignons que l'Assemblée générale doit poursuivre l'examen du devoir de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité et des conséquences qu'il implique, en ayant à l'esprit les principes de la Charte des Nations Unies et du droit international. Nous entendons aussi nous engager, selon qu'il conviendra, à aider les États à se doter des moyens de protéger leurs populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité et à apporter une assistance aux pays dans lesquels existent des tensions avant qu'une crise ou qu'un conflit n'éclate. »⁴¹

Dans ce contexte, le *principe de démocratie* joue un rôle essentiel dans le « Document final du Sommet mondial de 2005 » : « Nous réaffirmons que la démocratie est une valeur universelle, qui émane de la volonté librement exprimée des peuples de définir leur propre système politique, économique, social et culturel et qui repose sur leur pleine participation à tous les aspects de leur existence. Nous réaffirmons également que, quand bien même les démocraties ont des caractéristiques communes, il n'existe pas de modèle unique de démocratie et que la démocratie n'est pas l'apanage d'un pays ou d'une région, et réaffirmons qu'il faut respecter pleinement la souveraineté et le droit à l'autodétermination. Nous soulignons que la démocratie, le développement et le respect de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales sont interdépendants et se renforcent mutuellement. »⁴² Mais déjà au paragraphe 136 un concept universel de démocratie a été de nouveau employé : « Nous redisons notre volonté de soutenir la démocratie en aidant les pays à se donner davantage les moyens de mettre

⁴¹ Ibidem, § 139. Dans son Rapport du 12 janvier 2009 « La mise en œuvre de la responsabilité de protéger » (Nations Unies A/63/677), Kofi Annan déclare : « Fondées sur le droit international en vigueur, convenues au plus haut niveau puis approuvées par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, les dispositions des paragraphes 138 et 139 du Document final du Sommet définissent le cadre officiel dans lequel les États Membres, les accords régionaux, ainsi que le système des Nations Unies et ses partenaires peuvent s'efforcer de donner une existence doctrinale, politique et institutionnelle à la responsabilité de protéger. » § 139 dit clairement : « les mesures décidées au titre du Chapitre VII doivent être autorisées par le Conseil de sécurité ». Elles ne sont pas laissées à l'appréciation des seuls États ou de « coalitions volontaires ».

⁴² Ibidem, § 135.

en œuvre les principes et pratiques de la démocratie, et nous déclarons résolus à rendre l'Organisation des Nations Unies mieux à même de prêter son concours aux États Membres à leur demande. [...] ».

Les principes de la responsabilité de protéger, établis dans le « Rapport CIISE » puis par des déclarations ultérieures, ont été pour la première fois ancrés de façon obligatoire en droit international par le Conseil de sécurité, le 28 avril 2006, dans la résolution 1674, et ont été matériellement mieux définis. Le Conseil de Sécurité « *souligne* qu'il importe de prévenir les conflits armés et leur répétition, *insiste, dans ce contexte*, sur la nécessité d'adopter une démarche globale fondée sur la promotion de la croissance économique, l'élimination de la pauvreté, le développement durable, la réconciliation nationale, la bonne gouvernance, la démocratie, l'état de droit ainsi que le respect et la défense des droits de l'homme, et, à cet égard, *exhorte* les États Membres à coopérer et *souligne* combien il importe que les principaux organes des Nations Unies adoptent une approche cohérente, globale et coordonnée et coopèrent les uns avec les autres dans le respect de leurs mandats respectifs. »⁴³

Cette élaboration d'une norme de responsabilité de protéger semble être depuis irréversible, même si un accord de droit international n'a pas encore été pris et si elle ne peut pas être considérée comme une institution de droit universellement reconnue. « Il est vrai que des éléments constitutifs isolés sont codifiés ; le concept en tant que tel n'a été jusqu'à présent reconnu que par les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Celles-ci ont pour caractéristique de recommander fondamentalement le droit, mais pas de le mettre en place. Les résolutions peuvent certes être l'expression d'un *opinio iuris* commun et peuvent rendre le droit coutumier international. La responsabilité de protéger ne peut cependant pas réclamer une validité de droit coutumier. [...] De surcroît, les agencements divergents de la responsabilité de protéger dans les divers documents témoignent de conceptions différentes du contenu et de la portée de la responsabilité de protéger en droit international, mais pas d'une conviction juridique commune. [...] L'Assemblée générale n'a pas accepté les conséquences juridiques concrètes qui vont au-delà des compétences déjà reconnues en matière de droit international du Conseil de sécurité. Par conséquent, la responsabilité de protéger ne peut pas réclamer jusqu'ici une validité de droit coutumier international, mais doit être comprise comme un concept

⁴³ Nations Unies S/RES/1674 (2006).

en élaboration. Aujourd'hui, elle justifie une structure de responsabilité, mais pas une structure de droit. »⁴⁴

La *responsabilité de protéger* est justement un problème, et même un danger, dans la mesure où elle est fonctionnalisée par des États « forts » qui se réfèrent de façon trompeuse aux respects des droits de l'homme et à l'accomplissement de la démocratie. La *responsabilité de protéger* fonde alors, d'après l'Article 39 de la Charte de l'ONU, une compréhension problématiquement augmentée du concept de paix « qui n'est plus restreint seulement à l'absence de conflits armés entre les États, mais qui tient compte de façon croissante des affrontements internes à l'État et en particulier des atteintes aux droits humains ». Il faut constater « avant tout un accroissement des formes d'action du Conseil de sécurité. [...] Sans fondement exprès dans la Charte de l'ONU, le Conseil autorise les États seuls à des actions militaires, établit des Cours pénales internationales, délègue les interventions de casques bleus avec des mandats constamment étendus et perçoit même des tâches législatives. »⁴⁵

Souvenons-nous que dans le processus d'extension de la *responsabilité de protéger* et des motifs d'interventions humanitaires, un principe fondamental est mis à l'écart, selon lequel « l'interdiction de la violence et les règles de la protection de la population civile lors des conflits armés sont eux-mêmes des droits de l'homme, des éléments inaliénables du droit à la vie ». La promotion et le respect des droits de l'homme ne peuvent être séparés de l'observation et de l'accomplissement de l'interdiction de la violence de la Charte de l'ONU ni servir leur suppression ou leur contournement.

Directement en lien avec le développement de la *responsabilité de protéger*, le problème de l'« engagement juridique ainsi que du contrôle juridictionnel du Conseil de sécurité [se pose]. Puisque la protection juridictionnelle des droits individuels n'existe pas au niveau des Nations Unies, la question de savoir quelles sont les possibilités dont dispose une personne concernée pour se défendre contre les mesures du Conseil de

⁴⁴ Ch. Kreuter-Kirchhof, « Völkerrechtliche Schutzverantwortung bei elementaren Menschenrechtsverletzungen. Die *Responsibility to Protect* als Verantwortungsstruktur », dans *Archiv des Völkerrechts*, 48, Vol. 3, p. 378 sq.

⁴⁵ M. Payandeh, « Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrats durch staatliche und überstaatliche Gerichte », dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 66 (2006), p. 42.

sécurité gagne de plus en plus en acuité ». ⁴⁶ Le « Tribunal de première instance des Communautés européennes » (TPICE) avait à s'expliquer sur cette question, après que des individus ont porté plainte contre des violations de leurs droits en raison des mesures de l'ONU dans la guerre contre le terrorisme. Dans son arrêt du 21 septembre 2005 ⁴⁷, le TPICE s'est vu confronté à la question de savoir « jusqu'où il peut vérifier que les actes juridiques communautaires qui appliquent les résolutions sur l'anti-terrorisme du Conseil de sécurité ainsi que les décisions des Comités des sanctions sont conciliables avec les droits fondamentaux des parties plaignantes. » ⁴⁸ Il en ressort que « les résolutions douteuses du Conseil de sécurité ne sont pas *fondamentalement* soumises au contrôle du Tribunal et que le Tribunal n'est pas légitime – même de façon incidente – pour mettre en question leur légalité en tenant compte du droit communautaire. » Le Tribunal n'a pas terminé de même son examen, mais a expliqué les principes codifiés du droit contraignant en faisant référence à l'Article 53 et à l'Article 64 de la « Convention de Vienne sur le droit des traités » – en particulier aux normes contraignantes pour le respect universel des droits de l'homme : « Contre cela, le Tribunal peut examiner de façon incidente la légalité des résolutions douteuses du Conseil de sécurité en tenant compte du *ius cogens*, entendu comme ordre public international qui vaut pour tous les sujets du droit international y compris les organes de l'ONU et duquel on ne saurait dévier. » ⁴⁹

Le refus de la plainte est moins important que le fait qu'un Tribunal s'est formé en dessous du niveau que contrôle juridiquement le Conseil de sécurité de l'ONU – dans la perspective du *ius cogens*. Les principes de ce dernier ne sont pas du tout vagues mais au contraire suffisamment concrets pour être également appliqués aux décisions et aux actions de l'ONU : « Comme les Nations Unies ont été justifiées par un traité de droit international et comme les États membres ne peuvent, en souscrivant à ce traité, violer les normes contraignantes, aucune compétence ne peut être justifiée par la Charte de l'ONU qui soit contraire au *ius cogens*. [...] Le

⁴⁶ Ibidem, p. 43. Sur la discussion en théorie du droit international concernant le contrôle du droit du Conseil de sécurité par des tribunaux étatiques ou supranationaux, cf. Ibidem, p. 51 *sq.*

⁴⁷ TPICE, arrêt du 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne, aff. T-306/01.

⁴⁸ Payandeh 2006 (cf. note 45), p. 52.

⁴⁹ Ibidem, p. 53.

ius cogens comprend un groupe de règles juridiques de rang supérieur qui manifestent les valeurs fondamentales de la communauté internationale et à qui la priorité est accordée, pour cette raison, devant toutes les autres sources juridiques. Cette priorité comprend également la Charte de l'ONU. »⁵⁰ Cela signifie en même temps aussi que les États puissants ne peuvent pas violer la Charte de l'ONU en renvoyant au *ius cogens* insuffisamment codifié jusqu'à présent.

Face à cette situation de droit, les résolutions de l'ONU qui ont conduit à l'intervention militaire en Libye en 2011 présentent un intérêt tout particulier. Après que la dictature libyenne n'a pas rempli les exigences de la résolution 1970, la résolution 1973 du Conseil de sécurité⁵¹ – « *agissant* en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies » – a autorisé « les États membres [...] [à] protéger les populations et les zones civiles menacées d'attaque [...], tout en excluant le déploiement d'une force d'occupation étrangère sous quelque forme que ce soit et sur n'importe quelle partie du territoire libyen ».

Et pourtant, il y a eu une occupation étrangère. Cette résolution et des interventions militaires liées à elle et à des résolutions semblables montrent d'abord dans quelle mesure les normes de *ius cogens* des droits de l'homme, dans le cadre de la constitutionnalisation globale du droit international, ont remporté *de facto* la priorité devant le principe de souveraineté. En même temps, les voix se multiplient qui répondent aux questions de la *valeur du droit* par cette nouvelle *factualité* politique et qui plaident pour une interprétation dynamique de la Charte de l'ONU et parlent ainsi d'un assouplissement de l'interdiction de la violence.

La suppression du principe de souveraineté *comme* fondement de l'interdiction de la violence et la transformation correspondante dans la théorie du droit international attirent l'attention sur les déficits graves d'une *constitutionnalisation sans Constitution* : (i) Les nouvelles normes du droit international ont été formulées et appliquées *ad hoc* par l'ONU et dans des conditions de possibilités d'influence politique asymétriques de la part des États. On perd ainsi de vue de plus en plus une *Constitution universelle proprement dite*. (ii) Font partie du manque de juridicisation des nouvelles normes – qui sont de moins en moins appliquées pour des raisons de droit que pour des raisons de puissance –, (a) les résolutions de l'Assemblée

⁵⁰ Ibidem, p. 46 *sq.*

⁵¹ Nations Unies S/RES/1973 (2011).

générale de l'ONU qui, en dépit du fait qu'elles soient décidées par les majorités des États et que les pays en voie de développement puissent s'exprimer à partir d'elles, n'ont pas de force obligatoire en droit international et (b) les résolutions du Conseil de sécurité où s'exprime la « loi du pouvoir » et qui, en ce qui concerne les mesures concrètement à saisir peuvent rester vagues parce qu'il manque des mesures d'application procédurales pour des interventions humanitaires pouvant être légitimées. (iii) Les nouvelles normes doivent servir à la protection des droits de l'homme ; *de facto* elles autorisent cependant la violation de la norme de la dignité humaine et du droit à la vie ; bien que les interventions humanitaires pour la protection de la population civile doivent être dirigées vers la destruction du potentiel militaire de l'État contre lequel elles sont déclenchées, les victimes qui sont minimisées comme des « dommages collatéraux » augmentent de façon effrayante parmi la population civile – que ce soit en Irak, en Afghanistan ou en Libye. (iv) Pourvus d'un mandat très peu clair de l'ONU, les pouvoirs d'intervention se voient habilités à outrepasser leurs compétences d'action sans législation ; c'est ce que montre l'engagement non dissimulé de l'armée sur le territoire libyen mais aussi l'objectif ouvertement annoncé d'éliminer un dictateur – vivant ou mort. Toutefois, face à ce problème, il ne faut pas oublier qu'il n'y a pas seulement une instrumentalisation des droits de l'homme aux dépens de l'interdiction de la violence, mais aussi une instrumentalisation de cette interdiction et du droit au développement, laquelle explique que l'ONU puisse avoir les mains liées lors de graves atteintes aux droits humains. Dans le cas des atteintes aux droits humains en Syrie en 2011 et 2012 par exemple, cela se voit dans le comportement de la Fédération russe et de la Chine au Conseil de sécurité en tant que puissances ayant droit de veto. Un « enchevêtrement de la légitimation et de la critique de la violence » fait partie *de facto* du droit international : « Chaque acteur politique est sous une pression de justification (même s'il croit à tort, à cause de sa puissance, de pouvoir passer outre tous les standards). Le droit international fournit en ce sens une arène aux pratiques de justification qui sont omniprésentes dans la politique internationale : chaque tentative de définition des conditions de la violence admissible, visant ainsi à limiter l'usage arbitraire de la violence, peut en retour être utilisée comme ressource normative pour justifier la violence et peut, de la sorte, contribuer à l'extension de l'usage de la violence, parce que chaque règle a besoin d'être interprétée avant d'être appliquée et parce que chaque règle ouvre au-delà la possibilité

de rendre valables des exceptions. Mais chaque utilisation du droit comme ressource de justification constitue toujours en même temps une affirmation du droit [...]. Ainsi la pratique de justification renforce les possibilités de sa critique (ou d'une scandalisation publique), qui réagit donc de nouveau sur l'action politique. En même temps, on ne tourne pas nécessairement en rond, il s'agit plutôt d'un combat pour le droit, qui est tout autant balisé par des intérêts bornés que par des agendas normatifs, au cours duquel ceux-ci pénètrent dans ceux-là et inversement. Cette interpénétration se montre nulle part ailleurs de façon plus claire que dans le combat pour la restriction de la liberté d'action militaire des États. Il s'agit ici d'abord de contextes fonctionnels (aussi bien d'une restriction que d'un maintien de la liberté d'action pour l'intérêt particulier), ensuite de dynamiques normatives (l'auto-attachement au droit et le droit à l'ingérence). Pour ces raisons, le droit international fait lui-même partie des combats qui doivent le réguler et le transcender (au profit d'une civilisation des relations internationales). »⁵²

En dépit de cette ambiguïté, il y a des progrès à saluer dans le processus de la constitutionnalisation du droit international ; on les remarque surtout dans la « Convention de Vienne sur le droit des traités »⁵³ et en général dans le processus encore inachevé de concrétisation des normes de *ius cogens* et des obligations *erga omnes*. Pourtant les contradictions entre la garantie de souveraineté, l'exigence de paix, le refus de la violence, le rôle hégémonique d'États « forts » et des interventions humanitaires – pas fondamentalement à exclure – qui sont justifiées par les droits de l'homme ne sont pas (encore) résorbées.

Si l'on dresse sobrement le bilan, il faut reconnaître que nous sommes aussi éloignés de la *primauté du droit* espérée pour une Constitution de la société mondiale qui serait soutenue par la *rule of law* que d'une démocratie digne de ce nom réalisée dans le monde entier. Pourtant il ne s'ensuit pas forcément que l'on doive renoncer à l'idée *normative* d'une Constitution cosmopolitique fondant dans les droits de l'homme une fédération des États. Il s'agit d'une Constitution qui a pour base la Charte de l'ONU. Le défi prioritaire de notre époque consiste à étendre cette Charte des Nations

⁵² L. Brock, « Vom Kriegs- zum Friedensrecht ? Verhindert oder legitimiert das Recht die Anwendung von Gewalt ? », dans *Wissenschaft&Frieden* 1/2012.

⁵³ Convention de Vienne sur le droit des traités. Faite à Vienne le 23 mai 1969 (http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf).

juridiquement unies en une Constitution universelle de telle sorte que le respect de la dignité humaine et des droits de l'homme n'entre plus en collision avec le maintien de la paix et l'interdiction de la violence. Cette Constitution ne doit pas seulement correspondre au principe de l'État de droit et de l'État social d'un point de vue formel, mais aussi d'un point de vue matériel, c'est-à-dire dans la perspective de « l'égalité et de la justice » et elle doit être un ordre démocratiquement constitué. La Constitution universelle du droit contraignant ainsi conçue ne peut pas s'arrêter à la protection des droits civils et des droits politiques de l'homme. La protection jusqu'à présent négligée des droits économiques, sociaux et culturels revêt une importance tout aussi grande.

Traduit de l'allemand par Isabelle Aubert

