



Trivium

Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales - Deutsch-französische Zeitschrift für Geistes- und Sozialwissenschaften

3 | 2009

Droits subjectifs et droits de l'homme

Droits de l'homme et souveraineté – un dilemme ?

Hauke Brunkhorst

Traducteur : Denis Trierweiler



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/trivium/3358>

ISSN : 1963-1820

Éditeur

Les éditions de la Maison des sciences de l'Homme

Référence électronique

Hauke Brunkhorst, « Droits de l'homme et souveraineté – un dilemme ? », *Trivium* [En ligne], 3 | 2009, mis en ligne le 15 avril 2009, consulté le 14 novembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/trivium/3358>

Ce document a été généré automatiquement le 14 novembre 2019.



Les contenus des la revue *Trivium* sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

Droits de l'homme et souveraineté – un dilemme ?

Hauke Brunkhorst

Traduction : Denis Trierweiler

NOTE DE L'ÉDITEUR

Nous remercions chaleureusement Hauke Brunkhorst de nous avoir permis de traduire son article.

NOTE DE L'AUTEUR

Je remercie Ingeborg Maus pour sa critique.

- 1 Le XVIII^e est le siècle de la révolution constitutionnelle moderne. Les droits de l'homme et du citoyen y furent proclamés, et le droit ancré dans la démocratie. Les choses ont commencé dans quelques États d'Amérique, leur unification a suivi, mais l'événement à proprement parler dramatique, qui allait faire de la révolution constitutionnelle un événement irréversible, fut la Révolution française de 1789. Revendiquer des constitutions fut l'élément dominant du XIX^e siècle, tenir la promesse de réaliser les droits de l'homme et la démocratie celui du XX^e siècle. L'arc se tend sans peine de 1789 à 1989, et même après, il n'y a pas d'issue visible, pas d'alternative en vue. Même le vent froid de la globalisation n'a pas fait pâlir les espoirs utopiques orientés vers la démocratie et les droits de l'homme.
- 2 Au XVIII^e siècle, écrit Hannah Arendt dans son livre sur le totalitarisme, « il allait presque de soi que ces deux choses : souveraineté du peuple et droits de l'homme, se conditionnent mutuellement et se garantissent réciproquement¹ ». Au plus tard depuis l'influente étude de Benjamin Constant sur la liberté des Anciens et la liberté des Modernes, il a été inlassablement affirmé qu'une telle garantie réciproque était exclue.

Hannah Arendt parle même d'un paradoxe des droits de l'homme qui deviendrait manifeste à chaque fois que les droits de l'homme et la démocratie seraient intégrés à un ordre constitutionnel. Je voudrais contester cela dans ce qui suit, et tenter de montrer que droits de l'homme et souveraineté populaire se conditionnent et se garantissent mutuellement².

- 3 Le concept de souveraineté absolutiste laisse déjà transparaître une telle relation. La souveraineté est un concept moderne, qui est dû à une réinterprétation radicale, ou une nouvelle interprétation, de concepts issus du droit romain, tels que *princeps*, *majestas*, *auctoritas*, *potestas* et *imperium*. Le droit divin des rois, que ceux-ci ne font qu'appliquer, est remplacé par l'idée juridique de souveraineté, qui fait du souverain politique la source de la loi³. Bodin rapporte constamment le concept de souveraineté au droit positif, et fait de la *compétence législative* le noyau de la souveraineté⁴. Cela est nouveau, car jusque-là, la compétence la plus importante du souverain, à côté de celle de chef de guerre, était celle de juge, de dernière instance terrestre⁵. Désormais, le souverain est l'unique législateur, sa tâche la plus importante est de dire la loi ; et le droit est un système positif de règlements modifiables, qui doit constamment être adapté à de nouvelles situations, et qui est dépendant d'experts⁶. Bien entendu, le souverain doit produire un droit juste, ce qu'il ne peut faire, de l'avis de Bodin, que s'il respecte les lois divines et naturelles. Le souverain est lié à elles, et il devra s'en expliquer *post mortem*, au jour du Jugement dernier. Ici, Bodin suit encore l'ancienne doctrine européenne du bon gouvernant. Le souverain n'est pas lié à la loi (*lex*), mais au droit (*ius*), étant entendu que *ius* et *iustum* sont encore considérés comme une unité. Le besoin d'une constitution n'existe pas, parce que l'ancienne hiérarchie des lois est encore intacte, et parce que le besoin de légitimation est satisfait par le lien de la souveraineté mortelle à la souveraineté immortelle du dieu chrétien.
- 4 Ce sera seulement pour Hobbes que vaudra véritablement la phrase d'Ulpien : « *princeps legibus solutus est* »⁷. Hobbes aplanit la différence entre droit positif et supra-positif, entre droit divin et naturel : « *No law can be unjust* »⁸. Ce qui signifie aussi – et c'est là le point intéressant – que le souverain est désormais libre de se consacrer à sa tâche principale qui consiste en la production et en la révision du droit positif⁹. Dans l'État hobbesien, tout est contingent. Nul ordre émanant de puissances supérieures ne décide au préalable des événements politiques, nulle instance divine ou naturelle, au-dessus ou en-dehors de la société, n'établit ce qui serait vrai ou faux, juste ou injuste, une bonne ou une mauvaise vie. La société, dissociée de l'ordre de la nature par le contrat social, est de part en part livrée à elle-même, et la volonté du citoyen, ou du souverain qu'il a institué, est l'unique source de toutes les lois.
- 5 Cependant, par loi, Hobbes n'entend plus, comme le faisait encore Bodin dans la continuité du droit romain, n'importe quel ordre du souverain. *Matériellement*, la loi juridique du souverain hobbesien n'est certes plus limitée par un droit supérieur, mais elle est liée à une certaine *forme*, qui en limite les effets. La loi est strictement séparée du royaume intérieur des pensées, de la conscience et des désirs, des intentions et des convictions. Le souverain dispose librement des contenus de la loi, mais non pas de sa forme. Les lois ne se rapportent plus qu'à des actions extérieures, et le souverain ne règne qu'à travers des lois. Les lois sont, en outre, des interdictions. Elles ne contiennent pas d'obligations morales¹⁰. Il s'ensuit déjà une série de droits implicites. Les lois ne peuvent contraindre qu'à la profession de foi publique : que le pain est la chair et que le vin est le sang, mais elles ne peuvent forcer la croyance intime. On peut

désormais être un bon citoyen et, secrètement, mépriser l'ensemble de l'État et sa métaphysique. Dans le libre espace de la conscience, on peut être athée, anarchiste ou tout ce que l'on veut ou tient pour juste¹¹. Les pensées sont libres : c'est là le premier droit fondamental chez Hobbes. C'est pour cette raison que, dans les années 1930, Carl Schmitt a accusé Hobbes d'avoir procédé à la dissolution interne de l'État européen. Il a vu là l'aspect tragique de la pensée autoritaire de l'État. Ce n'était pas tragique pourtant, c'était une conséquence du libéralisme de Hobbes¹². Alors que Bodin justifie encore l'Inquisition avec passion, ce moyen disparaît chez Hobbes¹³. Le deuxième droit fondamental du *Léviathan* découle également du principe du règne de la loi et de la séparation stricte du droit et de la morale : est permis ce que la loi n'interdit pas¹⁴. Cela aussi est nouveau, et en rupture avec la tradition de la vieille Europe, qui faisait de la vertu civique un devoir légal, même là où n'existait pas de loi. Ainsi est contenu là, *in nuce*, le droit subjectif de la liberté personnelle, et Hobbes a fortement accentué cette dimension bourgeoise, liée à la propriété, du droit de liberté¹⁵.

- 6 En fin de compte, il y a chez Hobbes un droit naturel de l'homme sur lequel le souverain n'a pas de pouvoir. C'est le droit à la vie, car la seule finalité du contrat social est la protection de la vie de chaque citoyen. Par la protection de la vie que doit garantir le droit, Hobbes entend beaucoup moins que la « vie bonne » des philosophes antiques, mais en même temps beaucoup plus que la vie nue, c'est-à-dire une « vie agréable », dépolitisée, dont font partie les moyens conquis légitimement¹⁶. Lorsque le souverain n'est plus en mesure de garantir un tel droit, le devoir contractuel s'éteint, et les hommes retombent dans l'état de nature. *Pacta sunt servanda*. Ce n'est pas – comme il est souvent insinué – avant tout la crainte qui rend les citoyens respectueux de la loi, mais la raison : la décision que chacun prend à partir de sa propre réflexion. Le citoyen individuel peut, à tout moment, en décider autrement et refuser l'obéissance, et il se trouve alors, en tant que criminel ou rebelle (de par son propre choix), à nouveau à l'état de nature (avec tous les droits naturels). Certes, il se voit alors confronté à un adversaire tout puissant : le Léviathan. Mais pour le rebelle, celui-ci n'est plus une puissance sociale de droit positif ; il n'est que l'une des nombreuses puissances naturelles¹⁷.
- 7 Le pacte, qui échange le droit à la vie des sujets contre tous les autres droits naturels, exige du souverain la protection de ce droit par des lois contraignantes et opposables. Si le souverain me condamne à mort, alors le contrat social est dissous et j'ai le droit naturel de me défendre par tous les moyens. Le souverain, dit Hobbes, peut me contraindre à l'aider à châtier mon voisin, mais non pas à me châtier moi-même¹⁸. J'ai le droit de m'enfuir. Ce qui est vrai aussi à la guerre face à la mort qui menace. L'État hobbesien est un État créé pour des citoyens pacifiques, et non pour des héros militants. Un comportement comme celui de Socrate, qui s'applique délibérément la loi à soi-même, ne passe plus désormais pour le sommet de la vertu politique, mais pour une bêtise d'un individu qui s'oublie lui-même. Et il n'est plus non plus dulce et decoram de mourir pour la patrie. L'intérêt personnel n'est pas moins important que celui de la communauté ; dans l'État idéal de Thomas Hobbes, les deux se recouvrent même. Chez Hobbes, les droits, le droit positif et la souveraineté forment une unité. Bien entendu, il n'est pas encore besoin pour cela d'un ordre constitutionnel, car l'on n'a de droits que là où la frontière entre la société et l'état de nature est transgressée, c'est-à-dire :
- 8 a) en état de guerre,

- 9 b) dans sa propre tête (ou bien – comme on dit aujourd'hui – dans le « système psychique », que Hobbes sépare déjà de la société¹⁹) et
- 10 c) là où, au sein de la société, l'emprise de la loi prend fin : dans le libre espace, circonscrit par l'État, que la loi laisse à l'intérêt bourgeois, et que Hegel nommera plus tard la « société civile » afin de la distinguer de la « *civitas civile sive politice* » de l'ancienne Europe²⁰.
- 11 Tandis que Bodin place encore la loi naturelle avant et par-dessus la société et son souverain, la subtilité du contrat social chez Hobbes réside en ceci que, par le contrat, droit naturel et loi positive ne font plus qu'un²¹. La différence entre *ius* et *lex* disparaît dans la domination absolue des lois. Les droits ou les proto-droits résultent, chez Hobbes, de l'auto-organisation de la société à travers le médium du droit positif. Ils sont un corrélat de la domination souveraine de la loi. La souveraineté est une « puissance [*Gewalt*] irrésistible » (Kant) absolue. Mais tout ce qu'elle peut, c'est faire valoir la loi. Une souveraineté contre la loi ne peut pas exister chez Hobbes. L'État idéal de Hobbes est un pur État de droit. La morsure de ses dents acérées est liée par la loi légalement établie et publiquement promulguée²². Sans la loi, dans l'état de nature, un individu mord l'autre, mais l'État ne peut pas utiliser ses dents de *cette façon*. Cette forme étatique de la domination de la loi a une portée *restreinte* à la communication sociale extérieurement observable. Elle trouve ses limites *au sein* de la société, dans la complexité propre à cette dernière, car la domination de la loi est toujours hautement sélective. Cette sélectivité du droit positif est inévitable, et elle est une condition sociale de sa possibilité. Tandis que l'« *ethos* » politique des anciens Athéniens ou des citoyens romains se rapportait à leur vie dans son entier, l'emprise des lois dans le *Léviathan* est limitée à une infime partie de la vie civile. En outre, la domination juridique du souverain est limitée à *l'extérieur*. La frontière de la domination de la loi est celle qui sépare la société de la nature, la vie, la conscience et la conviction. Les convictions des citoyens sont aussi extérieures à l'État hobbesien qu'un État nain à l'autre bout du monde.
- 12 De nos jours, Habermas et Luhmann défendent la thèse, en des variantes différentes, que les droits subjectifs, c'est-à-dire les droits classiques de liberté, appartiendraient déjà à la forme du droit positif, ou bien du « code du droit²³ ». Les citoyens qui se soumettent au code du droit (ou bien qui naissent dedans) se sont ainsi déjà mutuellement accordé des droits égaux de liberté de pensée, de mouvement, etc. Mais à y regarder de près, cette idée se trouve déjà dans le *Léviathan* de Hobbes. Ce n'est pas un hasard, et on peut y voir comme une vérification précoce des thèses de Habermas et de Luhmann. On découvre les droits subjectifs lorsque (comme Hobbes et ses contemporains) l'on se trouve placé dans une société dans laquelle la positivation plénière du droit est déjà très avancée, *et* lorsque l'on est en mesure (comme Hobbes fut un des rares parmi ses contemporains à le faire, et Spinoza également) d'explicitier le concept de droit positif dans toutes ses conséquences importantes. On reconnaît alors, et là est l'acquis authentique du *Léviathan*, que la domination du droit positif ne *fonctionne* que si deux préalables quasi constitutionnels sont remplis : une instance souveraine qui modifie ou crée le droit de manière contraignante, et un noyau de droits subjectifs sans lesquels il n'y aurait pas de droit positif (séparé de la morale, publiquement promulgué, hautement sélectif, garantissant l'égalité de traitement, etc.).

- 13 La relation entre la souveraineté et les droits à la liberté établie par Bodin, et encore plus fortement par Hobbes – parce que sans la vieille superstructure de droit naturel –, n'apparaîtra en toute clarté que dans les théories de la souveraineté populaire, exemplairement chez Locke et chez Rousseau, et dans le contexte des révolutions anglaise, américaine et française. La semence de John Locke germera dans la Révolution américaine, celle de Rousseau dans la Révolution française.
- 14 Tout à fait dans l'esprit de la souveraineté parlementaire révolutionnaire anglaise, Locke pose de but en blanc le peuple comme souverain²⁴. Il détient la puissance la plus haute dans l'État, la « *summa potestas* » de l'ancien *populus* romain, mais il n'a aucune instance supra ou extra-juridique, comme le sénat romain, au-dessus de lui. Dans l'ancienne Rome, le sénat n'avait pas de pouvoir, pas de « *potestas* », mais il avait toute l'« *auctoritas* », et l'*auctoritas* liée à la vertu citoyenne était plus forte que toute loi. Sans l'autorité supérieure des riches virtuoses de la vertu au sénat, aucune décision légitime de l'assemblée populaire ne pouvait prendre naissance. Nul n'osait contredire l'avis bien intentionné, mûrement réfléchi des *patres*, le « *senatus consultum* ». Depuis Hobbes au plus tard, il en va autrement dans le droit public²⁵. Hobbes identifie *auctoritas* et *potestas*, il lie ainsi toute autorité à la procédure législative, dont il désolidarise le concept de celui de l'excellence dans la vertu. Légitimité et légalité jaillissent de la même source. C'est là le sens de la phrase célèbre : « *Auctoritas non veritas facit legem*²⁶ ». C'est en ce point que Locke introduit sa conception de la souveraineté populaire, étant entendu que dans ce peuple ne comptent tout d'abord que les possédants : « Seul celui qui vit dans l'aisance est autorisé à aller voter²⁷. » Comme chez Bodin et Hobbes, la compétence législative reste le noyau de la souveraineté, mais le pouvoir supérieur qui détermine tout est divisé en deux organes centraux. Le législatif et l'exécutif sont séparés. Montesquieu complètera cela plus tard par un troisième organe de la souveraineté : la justice indépendante²⁸. Pour Locke, à la différence de Hobbes, ce que les citoyens conservent de l'état de nature, simplement humain, dans l'association juridique civile est bien plus que la vie. Dans l'état de sécurité juridique, il leur reste également, outre la vie, des choses aussi importantes que la liberté et la propriété. Mais les droits naturels de Locke ne sont pas conçus comme des composantes d'une constitution écrite. Le contrat social fictif est – comme chez Hobbes – leur unique base. Il s'agit de biens juridiques individuels, mais ils sont loin d'être des droits « juridiquement différenciés, formulés et catalogués²⁹ ». Mais ce sont des droits de l'homme universels, qui sont préalables à l'État et à la société et qui, en tant que tels, devraient être au fondement de toute fondation étatique légitime.
- 15 Ce n'est qu'au XVIII^e siècle, chez Rousseau et dans les révolutions américaine et française, qu'apparaît l'étroite relation interne entre les droits de l'homme et la souveraineté populaire, à laquelle fait référence Hannah Arendt dans le passage cité en ouverture. Le passage de Locke à Rousseau ressemble à celui menant de Bodin à Hobbes, à ceci près que, cette fois-ci, il ne s'agit pas de souveraineté princière, mais populaire.
- 16 Le point important dans la désolidarisation qui s'opère entre le concept de souveraineté et un droit naturel et rationnel supérieur tient à ce que les droits de l'homme et du citoyen doivent désormais être entièrement déduits du concept de la domination de la loi et de la procédure de la législation. Étant donné que maintenant ce n'est plus un souverain individuel qui règne au nom ou à la demande de tous, mais que les intérêts divers, les intentions et les réflexions de tous les citoyens doivent être

coordonnés et rendus compatibles dans une volonté générale législatrice, les exigences normatives augmentent du côté des requêtes de la législation. Elles acquièrent la qualité d'idées régulatrices. La liberté égale de tous doit maintenant être garantie d'emblée, et ce, pour engendrer *conjointement* aussi bien des normes de comportement garantissant l'égalité (pouvoir constituant), que – sur cette base – de simples lois (pouvoir constitué). Le cercle est clos de manière autoréférentielle, et le meilleur moyen de se le représenter est celui d'une spirale dialectique³⁰. Tout d'abord, une proposition (expérimentale) de procédure (constitution) est faite, sur la base de laquelle sont établies des normes de procédures. Celles-ci sont la base, dans la simple législation, d'expériences (positives ou négatives) qui seront à leur tour une incitation à la correction des normes de procédures, et ainsi de suite. Le germe d'une telle idée se trouve déjà dans la procéduralisation rousseauiste de la souveraineté populaire, et les premières expérimentations sont – comme le montrent les intéressantes analyses de John Elster – les Assemblées nationales constituantes de Philadelphie en 1776, et de Paris en 1789³¹. Ce qui est intéressant chez Rousseau tient au fait que les droits à la liberté et la souveraineté populaire s'impliquent et se soutiennent réciproquement. Quant à savoir de quels droits il s'agit dans le détail, quel est leur contenu, et qui est le peuple, il revient au temps, c'est-à-dire aux processus historiques d'apprentissage de l'établir. Dans la théorie du contrat, il ne s'agit que du concept *général* du peuple et de ses droits, qui est au fondement de n'importe quelle république.

- 17 L'homme, dit Rousseau, est né libre, et partout il est dans les fers³². Les fers font de lui un citoyen, car les fers sont les lois qui limitent la liberté naturelle de l'homme. La liberté naturelle est un droit de l'homme, la contrainte de la loi est le quotidien du citoyen. Et la question à laquelle le *Contrat social* doit répondre est : comment forger les fers pour qu'ils restent compatibles avec les droits de l'homme, avec la liberté naturelle des hommes ? Cela n'est possible, répond Rousseau, que si les hommes, *en tant que* citoyens, se donnent à eux-mêmes les lois auxquelles ils sont liés. L'énigme du droit public moderne : savoir comment la légitimité peut être obtenue *par* la légalité – une question qui s'était déjà posée à Hobbes, mais que celui-ci avait unilatéralement résolue aux dépens de la légitimité –, Rousseau la résout en divisant la personne juridique civile en deux rôles : celui de l'auteur et celui du destinataire. La légitimité est accessible par la légalité dans la mesure où la même personne est, dans l'un de ses rôles, destinataire, et dans l'autre, auteur de la loi³³. Ce qu'implique cette construction du point de vue des droits de l'homme trouve son expression claire dans la déclaration de 1789. *En tant qu'* auteur de la loi, l'homme s'assure une partie de sa liberté naturelle dans le *status civilis*. C'est précisément cela qu'exprime la séparation stricte, réalisée pour la première fois en 1789, entre les droits de l'homme et les droits du citoyen. Dans le *Contrat social* déjà, Rousseau avait expliqué que l'homme ne peut jamais rétablir l'état de nature de l'homme tout entier au sein de l'état de liberté juridique, mais qu'il peut reconquérir partiellement la liberté naturelle par son rôle d'auteur de la loi. *Jusqu'où* une telle liberté peut alors s'étendre dans le *status civilis*, cela dépend uniquement des citoyens eux-mêmes, de leur engagement, de leur volonté, de leur adresse et de leur chance³⁴. Dans cette construction est de nouveau introduite, mais cette fois-ci comme différence entre auteur (citoyen) et destinataire (sujet/bourgeois) de la loi, la différence entre l'homme et le citoyen à l'état civil. Dans le langage de la théorie moderne des systèmes, cela s'appelle « *re-entry* ». Même celui qui n'a pas le droit de vote (auteur) n'est pas sans droits (destinataire). C'est là l'implication centrale en termes de droits de l'homme de

l'état civil, qui permet d'emblée de reconnaître la *fonction* inclusive des droits de l'homme en tant qu' « ouvreuse de portes » pour les exclus et les sans-droits³⁵.

- 18 On ne peut pas changer les hommes, mais uniquement les lois. C'est là aussi une proposition de Rousseau³⁶, qui renverse totalement la tradition classique de la pensée politique et républicaine. Aristote, Cicéron, ou encore Thomas d'Aquin étaient d'avis que le plus important était d'améliorer et d'éduquer les hommes, et de modifier le moins possible les lois. La meilleure des communautés serait celle qui éduque les hommes pour en faire de bons citoyens, au moyen de l'ancien droit juste, et des anciennes mœurs justes. Rousseau qui, dans sa critique de la culture, sympathise de façon romantique avec cette position, part cependant du principe, en tant que théoricien de l'État, et tout comme Hobbes, que les lois relèvent exclusivement du droit positif, et donc sont modifiables. Pour rendre les lois compatibles avec la liberté de l'homme, il faut que ceux qui y sont soumis les modifient eux-mêmes. Ce qui importe n'est pas le contenu des lois, mais de savoir *qui* les produit, et *comment*. Si c'est le peuple, et non plus le prince, qui est le souverain, alors il doit être garanti d'entrée de jeu que tous les citoyens individuels de l'État puissent participer avec les mêmes droits à la législation, et ce indépendamment de la volonté de chaque autre.
- 19 Le fondement de la souveraineté populaire *n'est pas* une volonté collective qui ne procède que de la communauté politique concrète, mais la *volonté de tout un chacun*. C'est cette dernière que la communauté de droit doit protéger de la suprématie du collectif. Les individus, et c'est là pour Rousseau le point essentiel, doivent être aussi *indépendants* que possible les uns des autres, lorsqu'ils décident de la loi qui contraint tout un chacun de la même manière. Rousseau comprenait cette pensée de manière radicalement atomiste. Il écrit : « Si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n'avaient aucune communication entr'eux, du grand nombre de petites différences résulterait toujours la volonté générale, et la délibération serait toujours bonne³⁷ ». Dans ce « aucune communication », on reconnaît bien sûr l'idéal rousseauiste de la liberté, l'état de nature solitaire du *Discours sur les inégalités* de 1755. Mais ce *n'est pas* là qu'est l'intérêt du point de vue de la théorie de la démocratie. Il se trouve bien plutôt dans la règle qui doit garantir que, dans le processus de décision, les citoyens soient aussi indépendants que possible de l'avis et de la volonté *des autres*, et qu'en outre, tous les citoyens devraient avoir accès aux informations les plus importantes. On peut comprendre cela comme une norme constitutionnelle qui doit garantir que « chaque citoyen n'opine que d'après lui », et se prononce ensuite sur cette base³⁸. On est alors fondé à espérer que le résultat sera *meilleur* que celui qui aurait été obtenu par la pression, la manipulation, la menace et le chantage, c'est-à-dire dans des conditions d'hétéronomie – « la délibération *serait* toujours bonne », ainsi que Rousseau le formule au conditionnel. Le conditionnel ouvre la voie à une compréhension faillibiliste de la souveraineté populaire, qui était encore étrangère à Rousseau (et à Kant). Toute décision factuelle pourrait être fautive, et donc devenir prétexte à des révisions.
- 20 Les procédés de la législation doivent garantir une indépendance égale à tout un chacun. La légitimité que la loi tire de la volonté générale est fonction du degré où le procédé de la législation réalise une telle indépendance. La liberté égale de prendre une décision personnelle à partir d'une réflexion personnelle est le seul droit fondamental du *Contrat social*. Elle ne conduit plus maintenant – comme chez Hobbes (voir ci-dessus) – à sortir de la société pour retourner à l'état de nature. Elle est bien plutôt cette liberté qui est institutionnalisée politiquement et juridiquement par le contrat social ; c'est la

liberté d'être un auteur individuel indépendant. C'est la raison pour laquelle Rousseau polémique contre Cicéron, qui avait exigé des républicains vertueux qu'ils votent publiquement et se refusent au scrutin secret. Tel était l'esprit de la compréhension antique, politique – on dirait aujourd'hui communautariste – de la liberté. A l'encontre de cela, Rousseau tient au secret des élections, parce qu'il a une conception fondamentalement différente, radicalement individualiste, de la liberté humaine³⁹. Seule l'habilitation à l'exercice des droits civiques rend la liberté naturelle de l'homme compatible avec les fers de la loi civique. Les lois qu'un peuple étatique individualisé s'est données à lui-même sont « l'être-là de la liberté » (Hegel). C'est en ce sens, et en ce sens uniquement, qu'il faut comprendre la proposition, souvent mal interprétée, de Rousseau, selon laquelle il faut contraindre les hommes à être libres. La liberté, par laquelle la participation à l'activité législative de tous ceux qui sont soumis à la loi – c'est là l'élément républicain classique – doit être garantie, n'est pas la liberté des Anciens, mais la liberté des Modernes, la liberté de l'individu⁴⁰. C'est parce qu'il a mal compris cela que Benjamin Constant a expliqué que la souveraineté populaire est incompatible avec les droits de liberté modernes⁴¹. La même erreur se retrouve chez Hannah Arendt, mais aussi chez Carl Schmitt, qui tiennent tous deux pour incompatibles la démocratie et le libéralisme.

- 21 Rousseau distingue les « lois politiques », ou « droits fondamentaux », qui règlent le rapport « du tout au tout, ou du Souverain à l'État », de toutes les autres lois, les « lois civiles » (et ces dernières, encore une fois – toujours en distinguant strictement la morale et le droit – des « lois du cœur, qui ne se gravent ni sur le marbre ni sur l'airain⁴² »). On peut voir en cela l'amorce d'un ordre constitutionnel. Son histoire véritable ne commence toutefois qu'en 1789, avec des précurseurs dans quelques États d'Amérique du Nord. Mais, nulle part ailleurs, l'individualisme des droits fondamentaux n'a atteint « l'acuité et la radicalité » paradigmatiques qu'il revêt dans l'État nation de la Révolution française⁴³. L'égalitarisme et l'individualisme des diverses déclarations françaises, bien que formées à l'école des précurseurs transatlantiques, étaient bien plus marqués que dans les déclarations américaines. Ce qui n'avait d'abord été qu'une simple déclaration sans force juridique contraignante, fut pris au mot par le public et ensuite, puisque c'était désormais écrit dans un texte de loi, transformé pas à pas en un droit positif opposable ; d'abord dans les États démocratiques, puis, après la Seconde Guerre mondiale, également au niveau inter- et supra-étatique, de manière régionale et globale. Au plan intra-étatique, les droits positifs de l'homme et du citoyen devinrent la masse que façonne le souverain démocratique. Le processus de légitimation circulaire entre droits de l'homme et démocratie est ainsi devenu, dans les faits, l'affaire quotidienne, et à l'occasion aussi extra-quotidienne, de la législation constitutionnelle. Ce qui lie la légitimité à la légalité, c'est la supposition réfutable et ouverte à la révision que la *fairness* du processus démocratique s'atteste comme légitimité dans la loi. Et ce qui se montre là se montre à la lumière publique et dans la poursuite du débat, lequel, s'il réussit et s'il est mené avec suffisamment d'ouverture et de publicité [*Öffentlichkeit*], reconnaît des erreurs et suscite de meilleures solutions aux problèmes. C'est seulement en tant que souverain *qui apprend* que le peuple s'assure la légitimité des lois qu'il se donne à lui-même. Ce qui n'exclut pas, mais inclut des échecs des processus d'apprentissage, des blocages de l'apprentissage, des dogmatisations et des processus d'apprentissage inversés, c'est-à-dire des régressions et des détours⁴⁴. C'est aussi par là que la proposition de Rousseau – « s'il plaît [au peuple] de se faire mal à lui-même, [nul] n'a le droit de l'en empêcher » – prend un tour faillibiliste. Mais cela

ne devrait pas empêcher non plus à l'inverse le peuple de tirer des leçons des douleurs qu'il s'inflige à lui-même, et de se libérer au fil du temps de l'état de minorité dont il est lui-même responsable.

- 22 En règle générale, les constitutions modernes se décomposent en une partie fondamentale et en une partie organisationnelle. Il faut souligner là, contre la polémique de Carl Schmitt en 1932, qu'il ne doit pas exister de hiérarchie entre les deux parties dans un État de droit démocratique⁴⁵.
- 23 S'il existe une hiérarchie, alors, ou bien il n'y a pas de démocratie (en cas de préséance des droits), ou bien il n'y a pas de droit (en cas de préséance du « peuple »). Tandis que, dans son noyau, la partie des droits fondamentaux spécifie des droits subjectifs, la partie organisationnelle contient les normes et les principes institutionnels de l'auto-organisation démocratique de la société⁴⁶. Les droits fondamentaux ne sont, eux aussi, que du droit positif légalement institué, sans légitimation supérieure. Ils ne se distinguent du reste du droit que par le fait qu'ils sont mieux garantis, et ont, *pour l'essentiel*, jusqu'à présent mieux résisté au feu de la critique, bien que, dans le détail, ils doivent constamment être modifiés, réinterprétés, et adaptés aux conditions créées par un changement social rapide. Mais les droits fondamentaux sont aussi du droit positif, non pas une légitimité supérieure, mais de la légalité exclusivement. Le *pouvoir constituant* peut, le cas échéant, faire appel à l'*ultima ratio* d'une révolution constitutionnelle, et retransformer en temporalité tout ce qui se pare, de manière rhétorique, de « valeur d'éternité ». Cela peut alors conduire à des résultats meilleurs, mais pires aussi, car le « peuple » lui-même n'est qu'une grandeur historique. Ce sont d'ailleurs ces considérations faillibilistes et historicistes qui nous séparent de Rousseau et de Kant, mais aussi de Hegel et de Marx.
- 24 Bien entendu, cela ne veut pas dire que le peuple peut faire tout ce qui lui plaît, à lui ou à sa majorité. Le souverain démocratique, avait argumenté Rousseau (et Kant à sa suite) dans la continuité de la doctrine hobbesienne de la souveraineté, est lié à la forme du droit. Il ne peut *que* donner des lois, et ce doivent être des *lois* qui s'adaptent à la forme extrêmement exigeante du droit positif⁴⁷. Ainsi que nous l'avons vu, à partir de ce fait fondamental de l'intrication interne entre droit positif et souveraineté, s'était déjà cristallisé chez Hobbes un état nodal de droits à la liberté civile. Si l'on considère les choses de la sorte, Habermas aussi ne fait que rendre explicite une idée qui remonte jusqu'à la philosophie politique du XVI^e siècle, lorsqu'il défend la thèse que les citoyens qui « *veulent régler légitimement leur vie en commun par les moyens du droit positif* », « *doivent se reconnaître réciproquement* » des droits fondamentaux (*Grundrecht*) déterminés⁴⁸. Mais au sein d'une société qui se reproduit par la communication, une telle régulation ne peut être légitime que si elle est démocratique. Parmi ceux qui sont concernés par la loi, nul ne doit être empêché d'y participer, et du même coup de pouvoir la changer. Ainsi se ferme le cercle des lois, des droits et de la démocratie : si les citoyens veulent se lier réciproquement par des lois, ils ne peuvent le faire de manière *acceptable* pour tous ceux qui sont concernés par ces lois, que lorsqu'ils se concèdent des droits fondamentaux élémentaires d'égalité liberté. Mais il ne faut pas se représenter cela comme s'il existait du coup un critère substantiel supra-positif qui serait plus ou moins adéquatement satisfait à travers les changements historiques des interprétations et des reconfigurations du droit positif⁴⁹. Il serait plus juste de penser à une *fonction* critique morale (par exemple de l'ouverture de sociétés fermées, de l'élargissement et de la révision « d'opinions dominantes » stéréotypées, etc.) qui serait

satisfaite par des équivalents concrets toujours *nouveaux*⁵⁰. Si cette fonction n'était pas remplie, la capacité du droit moderne à apporter des contributions essentielles à la solution du problème de l'intégration sociale dans des sociétés complexes, se tarirait. Cependant, *ce que* la fonction de droits de liberté égalitaires accomplit en effet n'est pas seulement une nouvelle interprétation d'un droit toujours identique, mais un droit à chaque fois nouveau⁵¹. Créer ce droit est le privilège permanent « inaliénable et indivisible » du souverain démocratique⁵². Sa tâche consiste à engendrer « la légitimité par la légalité » (J. Habermas) dans des « espaces libres de droits juridiquement institutionnalisés » (I. Maus).

25 Alors que, dans l'État national occidental, la démocratie a pu, de façon à peu près plausible, être imbriquée dans les droits fondamentaux, il existe aujourd'hui une nette préséance des droits au sein du droit inter- et supra-étatique. A l'échelle globale, depuis la signature de la charte internationale des droits de l'homme en 1966, on a tenté de compenser le déficit manifeste de légitimation démocratique, qui caractérise aussi bien le système juridique mondial que les Nations Unies, en érigeant la démocratie (qui est en outre identifiée, dans le pacte du 19 décembre 1966, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, hautement problématique) en un droit de l'homme de *troisième dimension* (après les droits de liberté et les droits sociaux, des droits dits de première et de deuxième dimensions)⁵³. Seulement, ce n'est pas en tant que droit fondamental, mais *uniquement* en tant que procédure organisée de libre formation de la volonté entre égaux, que la démocratie est la source légitimante de *toutes* les lois positives, y compris des droits fondamentaux et des droits de l'homme. C'est la raison pour laquelle elle n'apparaît qu'à l'article 20 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, au début de la partie organisationnelle, et non pas dans la partie des droits fondamentaux, qui contient les droits de l'homme et du citoyen. La déclarer droit de l'homme n'apportera pas grand chose, car il y manquera toujours le souverain démocratique et organisé qui la garde, la protège, la façonne, l'interprète, la corrige et l'adapte à des circonstances nouvelles. Les droits de l'homme ne peuvent *être réalisés* que dans la démocratie. Tout le reste déboucherait sur un mélange de paternalisme et d'arbitraire. Sans la démocratie, les droits de l'homme ne valent même pas le papier sur lequel ils sont rédigés. Même la protection effective et hautement partielle des droits de l'homme, que l'on peut observer aujourd'hui dans les « sociétés bien organisées et hiérarchisées » de ce monde, n'est à attribuer qu'à la seule pression politique et publique qui émane des sociétés démocratiques et égalitaires existantes de l'Occident et agit profondément sur les régimes non démocratiques à travers les réseaux, aux mailles toujours plus étroites, des systèmes fonctionnels globaux économiques et juridiques. Dans les faits, la protection des droits de l'homme dont jouissent aujourd'hui en Chine les voyageurs du Japon, d'Europe ou d'Amérique, est à peine plus mauvaise que s'ils étaient restés chez eux. Ce qui ne s'applique pas, bien sûr, aux propres citoyens de l'État chinois ; pourtant même la privation de droits de ces derniers n'est pas totale. S'ils quittent le pays en tant que réfugiés politiques, ils ont aujourd'hui plus de chances que jamais auparavant dans l'histoire d'accéder à la jouissance du système de protection des droits de l'homme. C'est aussi en ce sens que les droits de l'homme sont des « ouvreurs de portes dans les sociétés fermées⁵⁴ ». Au vu des images télévisuelles quotidiennes des flots d'émigrés, ce n'est assurément pas grand chose, mais c'est beaucoup plus que rien du tout.

26 Il y a bien longtemps que l'on n'a plus besoin d'être citoyen pour jouir des droits de l'homme⁵⁵. Depuis que ces derniers ont été traduits en termes positifs, dans une mesure

considérable, au plan national et supra-national, il existe des personnes juridiques qui ne sont pas des citoyens. Leur statut est naturellement plus mauvais que celui des citoyens des démocraties occidentales, mais il y a bien longtemps qu'il n'est plus un état en-dehors de tout droit. Ce n'est pas seulement par l'institution de la citoyenneté, mais aussi et avant tout par sa diffusion et son influence globales, que la démocratie constitue la garantie, la plus importante et la seule à prendre au sérieux, de la validité juridico-positive des droits de l'homme.

- 27 Ce qui est pire encore qu'une politique des droits de l'homme qui pense pouvoir se dispenser de la démocratie est le mélange du concept juridique de souveraineté populaire avec un droit pré-étatique à l'autodétermination des peuples. Le « pacte international sur les droits civiques et politiques » de 1966 élève au statut de droit de l'homme politique la proposition très peu claire selon laquelle « tous les peuples ont le droit à l'autodétermination⁵⁶ ». Il est ici question de « peuples » au sens d'une fiction d'unités pré-étatiques, naturelles, ethniquement homogènes. A tout le moins, cette interprétation n'est pas exclue, et elle a pris de plus en plus de poids en termes de droit public international. A l'égard d'un tel concept de peuple – qu'un abîme sépare du concept de souveraineté juridique qui va de Hobbes à Rousseau, et qui porte une empreinte individualiste dans toutes les constitutions occidentales –, toutes les objections d'Hannah Arendt à la fusion entre « homme » et « peuple » sont pertinentes. Dans la communauté ethnique homogène, le peuple dévore les droits de l'homme, pour à la fin du compte se mettre « à la place de la loi⁵⁷ ». Mais un peuple pré-étatique, une entité culturelle, religieuse ou ethnique, n'est pas un peuple étatique souverain. A l'opposé, la formule de la loi fondamentale, qui fait procéder toute violence *étatique* du *peuple*, part, comme il en va chez Rousseau et Kant, du principe que « État » et « peuple » ont même origine. Le peuple ne devient souverain que par l'exercice du pouvoir constituant, et c'est uniquement en se donnant une constitution de manière autonome que le peuple, *en tant qu'État*, devient également sujet de droit dans le cadre du droit public international. S'il doit y avoir dans l'absolu des droits pré-étatiques, leurs sujets ne sont alors toujours que des individus, jamais des « communautés »⁵⁸.

BIBLIOGRAPHIE

- Arendt, H. (1986 [1951]) : *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Munich, Piper. [Trad. fr. : *Les origines du totalitarisme 2 : L'impérialisme*, trad. par M. Leiris, Paris, Fayard, 1984].
- Berman, H. J. (2002 [1983]) : *Droit et révolution*, trad. par Raoul Audouin, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence.
- Bodin, J. (1580) : *La démonomanie des sorciers*, Paris, J. Du Puys.
- Bodin, J. (1986 [1576]) : *Les six livres de la République*, Paris, Fayard.
- Brunkhorst, H. (1994) : *Demokratie und Differenz*, Francfort-sur-le-Main, Fischer-Taschenbuch.

- Brunkhorst, H. (1996a) : « Paradigmenwechsel im Völkerrecht? – Lehren aus Bosnien », in : Lutz-Bachmann, M. / Bohman, J. (éd.) : *Frieden durch Recht*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, p. 251-271.
- Brunkhorst, H. (1996b) : « Sind Menschenrechte Aporien? Kritische Bemerkungen zu einer These Hannah Arendts », in : *Kritische Justiz*, 29(3), p. 335-342.
- Brunkhorst, H. (1997) : « Die Verrechtlichung des Sakralen », in : *Leviathan*, 2, p. 241-250.
- Constant, B. (1997 [1819]) : « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », in : *id.* : *Écrits politiques*, Paris, Gallimard.
- Elster, J. (1998) : *Arguing and bargaining*, Starr Lectures, Yale, Law School.
- Habermas, J. (1975 [1963]) : *Théorie et pratique*, trad. par Gérard Raulet, Paris, Payot.
- Habermas, J. (1987) : « Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? », in : *Kritische Justiz*, 20(1), p. 1-16.
- Habermas, J. (1997 [1992]) : *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. Par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard.
- Hobbes, T. (1981 [1642]) : *De Cive ou les Fondements de la politique*, éd. et trad. par S. Sorbière, Paris, Sirey.
- Hobbes, T. (1968 [1651]) : *Leviathan*, éd. par C. B. MacPherson, Harmondsworth, Penguin.
- Hobbes, T. (1971 [1651]) : *Léviathan*, éd. et trad. par F. Tricaud, Paris, Sirey.
- Hofmann, H. (1988) : « Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen », in : *JuS*, cahier II, p. 841-848.
- Kupka, T. (1998) : « Demokratie ohne Naturrecht », in : Brunkhorst, H. (éd.) : *Demokratischer Experimentalismus. Politik in der komplexen Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, p. 241-279.
- Locke, J. (1997 [1690]) : *Deux traités du gouvernement*, trad. par Bernard Gilson, Paris, Vrin.
- Lorenzen, P. (1969) : *Normative Logic and Ethics*, Mannheim, Bibliographisches Institut.
- Lorenzen, P. (1970) : « Scientismus versus Dialektik », in : Bubner, R. et al. (éd.) : *Hermeneutik und Dialektik*, Tübingen, Mohr, p. 57-72.
- Luhmann, N. (1981) : « Subjektives Recht: zum Umbau des Rechtsbewußtseins in der modernen Gesellschaft », in : *id.* : *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, vol. 2, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, p. 45-104.
- Luhmann, N. (1993) : *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp.
- MacPherson, C. B. (1971 [1962]) : *La Théorie politique de l'individualisme possessif : de Hobbes à Locke*, trad. par Michel Fuchs, Paris, Gallimard.
- Maus, I. (1993) : *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp.
- Maus, I. (1998) : « Volkssouveränität und das Prinzip der Nichtintervention in der Friedensphilosophie Immanuel Kants », in : Brunkhorst, H. (éd.) : *Einmischung erwünscht? Menschenrechte in einer Welt der Bürgerkriege*, Francfort-sur-le-Main, Fischer, p. 88-116.
- Montesquieu, C.-H. de S. (1748) : *De l'esprit des lois*, Genève, Barrillot et fils.
- Neumann, F. (1980) : *Die Herrschaft des Gesetzes*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp.

- Quaritsch, H. (1988) : *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Riedel, E. (1989) : « Menschenrechte in der dritten Dimension », in : *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 10, p. 9-21.
- Rousseau, J. J. (1762) : *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc-Michel Rey.
- Ryan, A. (1988) : « Hobbes and Individualism », in : Rogers, G. A. J. et id. (éd.) : *Perspectives on Thomas Hobbes*, Oxford, Clarendon Press, p. 81-106.
- Schmitt, C. (1990 [1932]) : « Légalité et légitimité », in : id. : *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais*, éd. par A. de Benoist, trad. par William Gueydan de Roussel et al., Puiseaux, Pardès.
- Schmitt, C. (1993 [1928]) : *Théorie de la constitution*, trad. par Lilyane Deroche, Paris, Presses Universitaires de France.
- Schmitt, C. (2002 [1938]) : *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole*, trad. par D. Trierweiler, Paris, Seuil.
- Simma, B. (éd.) (1992 [1979]) : *Menschenrechte, Ihr internationaler Schutz*, Munich, Dt. Taschenbuch-Verl.
- Wesel, U. (1997) : *Geschichte des Rechts*, Munich, Beck.
- Wingert, L. (1998) : « Unpathetisches Ideal », in : Brunkhorst, H. (éd.) : *Demokratischer Experimentalismus. Politik in der komplexen Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, p. 35-43.

NOTES

1. Arendt (1986 [1951]).
2. Je ne puis ici examiner les problèmes des États nationaux comme limite externe de la réalisation des droits de l'homme, et je dois renvoyer à deux autres de mes travaux : Brunkhorst (1996b) et (1996a).
3. Neumann (1980), p. 113.
4. Bodin (1986 [1576]), I, VIII.
5. Cf. Quaritsch (1988), p. 20.
6. Pour ce qui concerne la dépendance par rapport aux experts, voir Luhmann (1993) ; Berman (2002 [1983]).
7. Ulpian, *Digeste*, 1. 3. 31.
8. Hobbes (1968 [1651]), chap. 30, p. 388. ; cf. Hobbes (1971 [1668]), chap. xxx, p. 370 : « Par bonne loi, je n'entends pas une loi juste, car aucune loi ne peut être injuste ».
9. *Ibid.*
10. Hobbes (1981 [1642]), chap. III, § xxviii, xxix ; chap. vi, § ix ; chap. xiv, § III, xiv, xix.
11. Hobbes (1971 [1668]), chap. xxxvii, p. 471.
12. Schmitt (2002 [1938]).
13. Cf. Bodin (1580).
14. Hobbes (1971 [1668]), chap. xv et xxi.
15. Cf. MacPherson (1971 [1962]).
16. Cf. Hobbes (1971 [1668]), chap. xxx, p. 357 ; aussi chap. xv ; voir également Hobbes (1968 [1651]), p. 212.
17. Cf. Ryan (1988), p. 81 sq.
18. Hobbes (1971 [1668]), chap. xxviii.

19. Les pensées, les réalisations de la conscience sont (selon le *contrat social* juridique) ce qui n'appartient plus à la société, et qui est soustrait une fois pour toutes à son emprise. Cela vaut tout d'abord dans les faits, mais a aussi des implications normatives : une loi sur des pensées et des convictions (par exemple une loi d'inquisition) n'est pas une loi, et par conséquent, ne relève pas du droit positif.
20. Cf. Hobbes, (1971 [1668]), chap. XXXVII et XXI.
21. Cf. Wesel (1997), p. 368.
22. Hobbes (1971 [1668]), chap. XXVI et XXVII.
23. Habermas (1997 [1992]), p. 139 sqq. ; Luhmann (1981).
24. Locke (1997 [1690]), II § 22, 89.
25. A vrai dire, cela commence déjà avec la révolution papale du droit des XI^e et XII^e siècles. Berman (2002 [1983]) ; Cf. Brunkhorst (1997).
26. Hobbes, *Leviathan*, édition latine, chap. 26. La phrase ne dit pas que les lois pourraient ne pas être vraies, mais tout simplement que c'est la puissance politique qui leur confère leur validité positive. Par là, bien entendu, Hobbes déleste la législation de toute prétention de vérité.
27. Wesel (1997), p. 403.
28. Montesquieu (1748), II/6.
29. Hofman (1988), p. 844.
30. Cf. Lorenzen (1970) ; Lorenzen (1969).
31. Pour l'approche, cf. Maus (1993) ; pour les expériences qui en sont faites, Elster (1998).
32. Rousseau (1762), livre I, chap. I, p. 3.
33. Concernant la formule « Légimité par la légalité », cf. Habermas (1987).
34. Rousseau (1762), livre II, chap. VII. Marx a fortement éclairé ce point dans son texte sur la *Question juive*, mais pour critiquer ensuite l'individualisme de l'homme partiel rousseauiste comme aliénation bourgeoise, à partir de la perspective d'un sujet de l'espèce plus élevé.
35. Sur la fonction d'ouverture des portes, cf. Wingert (1998).
36. Rousseau (1762), livre I, Introduction.
37. *Ibid.*, livre II, chap. III, p. 57.
38. *Ibid.*, p. 58
39. *Ibid.*, livre II, chap. III ; livre IV, chap. VIII, note 5, p. 317.
40. Cf. Hofmann (1988), p. 847.
41. Cf. Constant (1997).
42. Rousseau (1762), livre II, chap. XII, p. 119.
43. Hofmann (1988), p. 848.
44. Cf. Brunkhorst (1994), p. 199 sq.
45. Schmitt (1990 [1932]) ; voir aussi Schmitt (1993 [1928]). A l'encontre de cela, toujours à nouveau : Maus (1993).
46. Maus (1993).
47. Rousseau (1762), livre II, chap. IV, VI, VII ; cf. également Habermas (1975 [1963]), p. 123: « Les citoyens ne doivent pas leur liberté et leur égalité – auxquelles s'ajoutent la vie, la sécurité et le bonheur – à l'automatisme de droits naturels garantis par le droit privé, ou bien encore aux lois d'un commerce social demeuré naturel. Il faut bien plutôt chercher dans la structure même de la volonté générale la raison pour laquelle elle n'attente pas aux principes de liberté et d'égalité bien qu'il lui soit loisible, en tant que pouvoir souverain, de promulguer ou d'abolir arbitrairement des lois – à condition toutefois que ce soient des lois. »
48. Habermas, J. (1997 [1992]), p. 139 (nous soulignons, H. B.)
49. *Ibid.*, p. 147.
50. Cf. Wingert (1998), p. 35.
51. Kupka (1998), p. 257 sqq.

52. Rousseau (1762), livre II, chap. I, II, p. 51.
53. Cf. Riedel (1989).
54. Wingert (1998).
55. C'est ce que Hannah Arendt, dans sa célèbre polémique contre les apories des droits de l'homme, n'avait pas encore pu méditer : Arendt (1986 [1951]), p. 452 sq.
56. Cf. Simma (1992).
57. Arendt (1986 [1951]), p. 370.
58. C'est en ce sens que Kant distingue les « communautés » du « peuple » en tant que sujet de droit (*Métaphysique des mœurs*) ; Cf. Maus (1998).
-

INDEX

Mots-clés : droits de l'homme, démocratie

Schlüsselwörter : Menschenrechte, Demokratie

AUTEURS

HAUKE BRUNKHORST

Hauke Brunkhorst est professeur de sociologie à l'Université de Flensburg. Pour plus d'informations, voir la notice suivante.