

Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique

Catherine Colliot-Thélène

DANS **L'ANNÉE SOCIOLOGIQUE 2009/1** Vol. 59 , PAGES 231 À 258

ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 0066-2399

ISBN 9782130572473

DOI 10.3917/anso.091.0231

Date de mise en ligne : 06/04/2009

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2009-1-page-231?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

POUR UNE POLITIQUE DES DROITS SUBJECTIFS : LA LUTTE POUR LES DROITS COMME LUTTE POLITIQUE

Catherine COLLIOT-THÉLÈNE

RÉSUMÉ. — Héritiers d'une pensée politique qui s'est constituée autour de l'État, les philosophes contemporains tardent à réfléchir les implications de l'érosion de la souveraineté étatique, constatée par les politistes, les sociologues et les juristes. Les grandes œuvres de la philosophie politique moderne, de Hobbes à Hegel, fournissent pourtant les moyens de concevoir la constitution du sujet politique comme sujet de droits, sur le fond de la disparition des appartenances statutaires. Déterminée nationalement, la citoyenneté est la dernière appartenance statutaire. Elle est aujourd'hui fragilisée par la pluralisation non hiérarchisée des instances de pouvoir, politiques, juridiques et économiques. Il est urgent de repenser la notion de démocratie en liaison avec cette nouvelle configuration des pouvoirs susceptibles de garantir des droits. Cette démarche passe par une réappréciation des objections que certains juristes ont opposées à la notion de droits subjectifs. Sous réserve de déconnecter celle-ci de la représentation de droits que l'individu posséderait par nature, il est possible d'en faire le point de départ d'une collaboration féconde entre les philosophes, juristes, politistes et sociologues qui s'attachent à comprendre les évolutions du monde contemporain.

MOTS CLÉS. — Droits subjectifs, citoyenneté, Max Weber, démocratie, mondialisation.

ABSTRACT. — Heirs to a body of political thought which grew up in reference to the State, contemporary philosophers have been slower than political scientists, sociologists and jurists in considering the implications of the erosion of state sovereignty. The major works of modern political philosophy from Hobbes to Hegel give the tools for conceiving the constitution of the political subject as a subject of rights, insofar as statutory membership progressively disappears. Determined nationally, citizenship is the last statutory membership. But citizenship is today weakened by the non-hierarchical pluralization of political, judicial and economic powers. It is urgent to reconsider the concept of democracy in relation to this new constellation of the powers, which may guarantee rights. It is above all important to re-evaluate the objections of certain jurists to the idea of subjective rights. Provided that we disconnect this idea from the representation of rights that the individual has by nature, it is possible to make subjective rights the point of departure for a fertile collaboration among philosophers, jurists, political scientists and sociologists who set out to understand the evolution of the contemporary world.

KEY WORDS. — Rights, citizenship, Max Weber, democracy, globalization.

L'érosion de la souveraineté étatique est, depuis deux décennies environ, largement commentée, tant chez les politistes que chez les sociologues ou les juristes¹. La philosophie politique en revanche tarde à en réfléchir les implications pour son propre propos. En sa figure moderne, qui se développe à partir des théories contractualistes des XVI^e et XVII^e siècles, elle a admis que l'État est la forme moderne du collectif politique et que celui-ci constitue par conséquent le cadre dans lequel il convient de traiter les questions traditionnelles qui sont les siennes, celles de la justice, de la vie bonne ou des conditions de légitimité du pouvoir. Les débats contemporains entre libéraux, communautariens et républicains ne remettent pas ce cadre en question, et les échappées vers des perspectives internationales ou cosmopolitiques, ou encore la question, aujourd'hui brûlante, du statut des étrangers, sont, soit abordées en annexe (Rawls, 1999), soit pensées à partir d'une redéfinition possible des conditions de la citoyenneté qui reste, nonobstant, fondamentalement étatique, c'est-à-dire nationale (Benhabib, 2004). Bien que toute une littérature documente aujourd'hui la fragilisation de cette conception exclusivement nationale de la citoyenneté, les philosophes paraissent craindre qu'en l'abandonnant, ils quitteront l'espace familier où ils savent s'orienter pour s'aventurer sans boussole en terres inconnues. L'un des objectifs des pages qui suivent est de les inviter à surmonter cette inhibition. Aussi vrai soit-il que la philosophie moderne a été une philosophie de l'État souverain, elle ne nous laisse pourtant pas démunis pour penser les conditions de la politique après la fin du monopole étatique du pouvoir. Il est cependant nécessaire, pour y parvenir, que les philosophes procèdent à une relecture de leur tradition, dont on se contentera ici d'indiquer le principe : il s'agit de renouer l'alliance oubliée entre philosophie politique et philosophie du droit (1).

Sous réserve d'une telle relecture, les philosophes peuvent apporter une contribution non négligeable à l'ensemble des disciplines qui réfléchissent les mutations sociales, politiques et juridiques contemporaines. Une attention particulière est portée dans ce qui suit à la sociologie du droit (à travers Max Weber) et à la théorie juridique. Le point de recoupement des textes sur lesquels nous nous appuyons est la notion de « droit subjectif ». Contre le discrédit qui pèse sur cette notion, chez la plupart des juristes et

1. Cf. notamment Teubner, 1996, 1997 ; Delmas-Marty, 2006 ; Allard et Garapon, 2005.

chez certains philosophes², on soutiendra ici que le sujet de droits est la figure moderne du sujet politique : un sujet qui n'a rien de naturel, mais qui s'est constitué dans le mouvement de l'histoire des démocraties libérales modernes (2). Si la relecture du corpus de la philosophie politique moderne autorise une réhabilitation de la figure du sujet de droits qui la pose au cœur de notre compréhension de la démocratie moderne, le détour par les débats sociologiques et juridiques relatifs à la notion de droits subjectifs permet en contrepartie de fixer les conditions d'un usage rigoureux de cette figure. Il n'y a de droits, à parler strictement, que sous la condition de leur garantie par un pouvoir (3). Ce pouvoir était naguère l'État, interlocuteur exclusif du sujet revendiquant des droits. L'érosion de la souveraineté étatique, qui est pour partie le résultat de transferts consentis par les États nationaux au profit d'instances supranationales, mais aussi de l'émergence de nouveaux pouvoirs polymorphes qui produisent de façon autonome des régulations juridiques ou quasi juridiques, a mis fin à cette exclusivité. Le destin, incertain, du sujet politique se joue désormais dans l'espace non hiérarchisé constitué par ces nouveaux pouvoirs (4).

1. La philosophie politique moderne et le droit

La philosophie politique a lié son sort à la philosophie du droit, dès le XVII^e siècle avec les théories contractualistes, jusqu'à se confondre avec celle-ci chez Kant et chez Hegel. Ce qu'il est convenu de considérer comme la philosophie politique de Kant n'est qu'un appendice de sa philosophie du droit, et la philosophie politique hégélienne se présente elle aussi comme une philosophie du droit, associant en son sous-titre droit naturel et science de l'État³. Cette alliance s'est dénouée dans la seconde moitié du XIX^e siècle, et le XX^e siècle n'a fait qu'accentuer cette rupture. La

2. Pour les juristes, cf. *infra* (2). Du côté des philosophes, cf. Vincent Descombes (2004), qui réveille la « querelle des droits subjectifs » en se référant notamment à Michel Villey. Descombes voit dans le sujet de droit l'une des expressions de la métaphysique de la subjectivité, qu'il tente de réduire avec une argumentation « grammaticale » inspirée de Wittgenstein.

3. L'œuvre politique majeure de Hegel, parue en 1821, se présente comme une philosophie du droit (*Principes de la philosophie du droit*), et porte comme sous-titre : « Droit naturel et science de l'État ». — On se référera à l'introduction de Jean-François Kervégan à la nouvelle traduction qu'il a faite de cet ouvrage classique (Hegel, 1998, 21 sq.) pour l'interprétation du concept du droit qu'engageait ce sous-titre.

philosophie politique libérale a certes toujours invoqué le droit pour limiter les débordements du pouvoir et elle a considéré cette limitation comme le critère permettant de distinguer entre pouvoirs légitimes et illégitimes. Le contexte idéologico-politique qui l'amenait à concevoir son analyse des institutions libérales avant tout comme une défense de celles-ci contre les dangers du collectivisme ou du totalitarisme, que certains soupçonnaient se trouver déjà *in nucleo* dans la revendication de la justice sociale (Hayek, 1982), l'a conduite pourtant à négliger ce qui avait été le point fort de la philosophie politique du XVII^e au XIX^e siècle : la réflexion sur la contribution du droit étatique à la formation de la subjectivité politique moderne dans ce qu'elle a de spécifique. Cette négligence ne pouvait être corrigée par la philosophie critique, laquelle, sous l'influence du marxisme notamment, consacrait l'essentiel de son attention aux logiques économiques et sociales et réduisait le droit au statut d'instrument du pouvoir, ou de reflet de rapports de force qui se constituent pour l'essentiel à l'extérieur du droit. En ses variantes libérales comme en ses variantes critiques, la philosophie politique du XX^e siècle a méconnu la dualité essentielle des philosophies politiques des siècles précédents, qui avaient traité solidairement la question du pouvoir et la question des droits. Il est à cet égard significatif que les théories modernes de la souveraineté aient été lues avant tout comme des théories destinées à justifier le pouvoir de l'État, et non pas (ce qu'elles étaient également) comme des théories permettant d'établir la garantie des droits de l'individu dans le cadre d'une logique autre que la logique des statuts. La résurgence chez certains philosophes, vers la fin du dernier siècle, de la thématique de l'« État de droit », une notion certes ancienne mais qui durant longtemps n'avait intéressé que les juristes ou, mais en Allemagne seulement, les précurseurs de la sociologie⁴, n'a pas suffi à reconstituer le lien perdu entre la pensée de la politique et la pensée du droit.

Qu'en est-il aujourd'hui ? À l'heure actuelle, un accord pratiquement indiscuté a consacré les vertus de la démocratie. Démocratie est le nom du bon régime politique. Toute la question est de

4. Concernant le traitement de la notion d'État de droit par les juristes, voir l'ouvrage collectif publié sous la direction d'Olivier Jouanjan (2001), notamment sa présentation (Jouanjan, 2001, 7-52). On lira aussi la contribution de Jean-François Kervégan (Jouanjan, 2001, 101-123) qui montre que le cadre conceptuel des théories de l'État de droit s'anticipe chez Kant, Fichte et Hegel. – Pour les précurseurs de la sociologie, cf. C. Colliot-Thélène, J.-F. Kervégan, 2002.

savoir ce que l'on entend sous ce nom. À la diversité des interprétations correspond une différence de la place réservée au droit dans la détermination de la nature de la démocratie. Certains tendent à identifier tout bonnement démocratie et État de droit⁵. Il n'est pas toujours perçu que cette identification modifie de façon profonde la signification originelle de la démocratie. Si, pour la philosophie antique, la démocratie était une forme de gouvernement, celle dans laquelle le peuple réel exerce le pouvoir, la démocratie entendue comme limitation du pouvoir par le droit ne fait intervenir le peuple que comme entité abstraite d'où le pouvoir est supposé tirer sa légitimité. Ce genre de légitimation emporte avec lui quelques conséquences institutionnelles, avant tout des droits politiques qui permettent au peuple de sélectionner ses dirigeants⁶. Mais, comme l'avait fort bien remarqué Benjamin Constant, un peuple d'électeurs ne gouverne pas : s'il exerce sa souveraineté, « à des époques fixes, mais rares », « ce n'est jamais que pour l'abdiquer » (Constant, 1997, 595).

Si l'expérience du totalitarisme, et plus particulièrement du totalitarisme soviétique, a disqualifié les problématiques opposant de manière antinomique démocratie formelle et réelle, politique et sociale, la pensée critique n'a pourtant pas abandonné ses préventions à l'égard du droit⁷. La plupart des auteurs que l'on peut inscrire dans cette mouvance accordent certes que le bon gouvernement doit entériner les libertés « bourgeoises » : liberté d'expression, d'association, etc., mais ils ne s'accommodent pas d'une réduction de la démocratie au règne du droit, entendu comme règne des libertés civiles et de droits politiques réduits au suffrage et à l'éligibilité. Par-delà les grandes différences qui existent entre des auteurs tels que Lefort, Rancière ou Negri (pour ne citer que quelques noms), une conviction commune les unit : la notion de démocratie demande à être repensée, et sa réalité doit être cherchée dans des pratiques qui débordent largement les pratiques politiques au sens habituel du terme. Pour ces auteurs, non seule-

5. C'est le cas par exemple de Jürgen Habermas, cf. notamment : « Du lien interne entre État de droit et démocratie », in Habermas, 1998, p. 275-286.

6. Pour une analyse plus développée concernant ce point, cf. C. Colliot-Thélène, 1998.

7. Habermas représente ici une exception. Depuis l'inflexion que constitue *Faktizität und Geltung* (1992 ; en français : Habermas, 1997), et afin de distinguer sa position de celle des républicains, chez lesquels il soupçonne une interprétation communautariste du consensus constitutif de la volonté politique, il a accordé un rôle essentiel au droit dans le fonctionnement des institutions démocratiques.

ment la démocratie n'est pas un mode de gouvernement ou une forme d'État⁸, mais elle n'est pas non plus la limitation du pouvoir par le droit, garantie par les droits politiques minimum que sont le droit de vote et l'éligibilité. La réalité de la démocratie n'est pas dans la gestion ou, comme l'on dit aujourd'hui, dans la gouvernance, mais dans la mise en question continue de celle-ci. La démocratie est un mouvement, le mouvement non coordonné des formes multiples de la contestation des pouvoirs institutionnalisés – et par conséquent également du droit, toujours suspect de n'être qu'un instrument du pouvoir consolidé.

Michel Foucault exprime ce qui est sans doute un préjugé partagé par toute la tradition critique de la philosophie politique en assimilant le droit en général au « droit de commande royal » (Foucault, 1997, 23), de sorte qu'il ne peut voir dans le « sujet de droit » que ce sujet, supposé détenteur de droits naturels, qui accepte de les céder, c'est-à-dire de « renoncer à soi-même » pour permettre la constitution de l'État souverain (Foucault, 2004, 277-279). Dans une telle perspective, le droit n'apparaît que comme le masque du pouvoir, et la réalité de celui-ci réside dans la domination, une réalité que la théorie du droit aussi bien que sa technique ont pour fonction essentielle de camoufler⁹. Une telle interprétation du droit interdit naturellement d'y voir l'un des facteurs qui a contribué à façonner la subjectivité moderne. Si Foucault lui-même n'a jamais prétendu que ses analyses relevaient de la philosophie politique, son œuvre exerce néanmoins une influence importante sur certains pans de la philosophie politique contemporaine. Il a largement contribué, en particulier, à introduire dans la philosophie politique la question des modes de subjectivation, c'est-à-dire du devenir-sujet, et il a, à son insu peut-être, radicalisé l'argument des critiques de la fiction du droit naturel en invitant à concevoir liberté et pouvoir comme se déterminant l'un l'autre. La conception très réductrice qu'il se faisait du droit l'a néanmoins empêché de tirer de sa critique de l'« hypothèse répressive » les conséquences qui permettent d'ac-

8. Cf. C. Lefort (2007, 366) : « La démocratie est, à mes yeux, autre chose qu'un ensemble d'institutions historiquement établies ou, au sens étroit du terme, un régime particulier » ; Rancière (2004, 231), « Dix thèses sur la politique », thèse 4 : « La démocratie n'est pas un régime politique. »

9. Foucault (1997, 23-24) : la théorie du droit, ordonnée à la question de la légitimité du pouvoir, « est finalement l'éviction de la domination et de ses conséquences », « le discours et la technique du droit ont eu essentiellement pour fonction de dissoudre, à l'intérieur du pouvoir, le fait de la domination ».

corder à la lutte pour les droits la place qui lui est due dans les formes de subjectivation caractéristiques de l'individu moderne¹⁰.

L'aperçu qui précède, aussi sommaire soit-il, permet de définir le propos central des pages qui suivent. Je plaiderai pour une alliance nouvelle entre la philosophie politique et les discours sur le droit, par quoi j'entends aussi bien les théories juridiques que la sociologie du droit. Du côté de la sociologie du droit, c'est chez Max Weber que je chercherai les instruments permettant de réactualiser, d'une manière originale, la compréhension de l'interdépendance entre droits et pouvoirs. Si la sociologie webérienne du droit me paraît se recommander à l'attention de la philosophie politique contemporaine, c'est parce qu'elle propose (malgré l'« étatismisme » bien connu de son auteur) une définition du droit qui permet de penser un droit non étatique.

Le problème principal auquel se trouve confrontée la philosophie politique au début du XXI^e siècle n'est pas en effet seulement de concevoir à nouveaux frais la démocratie, mais de la concevoir en tenant compte de l'ensemble des phénomènes, juridiques et politiques, qui composent avec les phénomènes économiques qu'ils accompagnent ce que l'on vise sous le nom de mondialisation, et dont un des aspects déterminants est l'érosion du monopole juridique de l'État. En comprenant la démocratie comme un mouvement, et non plus comme une forme d'État ou de gouvernement, la philosophie politique critique enregistre le fait que la démocratie ne peut être convenablement appréhendée que dans son histoire. Entendons : non pas comme le produit de cette histoire, mais comme cette histoire elle-même, l'histoire de la pratique de la démocratie, qui a été, depuis l'époque des Révolutions qui l'ont inaugurée, un processus jamais stabilisé d'institutionnalisation et de contestation des institutions. Cette réalité qui est celle de la démocratie moderne n'implique pas seulement une modification du concept de politique, comme Claude Lefort l'a depuis longtemps souligné (Lefort, 1981, 2007), mais aussi, solidairement, une mutation de portée anthropologique. Elle accomplit en effet la rupture avec les identités figées. Plus précisément, dans le cadre de l'histoire occidentale, elle porte à son terme la dissolution des appartenances statutaires. Le sujet moderne est politique, non pas parce qu'il

10. J'ai tenté moi-même d'utiliser cette critique dans une intervention faite dans un colloque à Montréal, en septembre 2006, dont les actes sont accessibles en ligne (Colliot-Thélène, 2006).

troque une identité statutaire contre une identité citoyenne, qu'il est présumé avoir en partage avec « tous » (il s'agit toujours, comme l'on sait, d'une universalité particulière, celle des citoyens d'un État). Il est politique dans la mesure où son identité se définit par des droits qui ne sont pas fixés une fois pour toutes, mais conquis dans des combats, non pas contre l'institution en tant que telle, mais contre la pétrification de l'institution.

C'est cette conséquence ultime de l'historicité du sujet politique moderne qu'occulte une pensée politique qui reste attachée au cadre étatique. La subjectivité politique, aussi longtemps qu'elle est interprétée dans les termes de la citoyenneté nationale, reste une forme d'appartenance communautaire, et en ce sens, elle garde encore quelque chose du statut. Les transformations politiques et juridiques contemporaines achèvent d'une certaine manière le mouvement amorcé avec l'abolition des ordres et des privilèges. Penser la démocratie, aujourd'hui encore, dans le cadre exclusif de l'État, c'est sans doute la penser de façon inachevée, en tout état de cause anachronique, et c'est s'exposer à des apories insurmontables quand on aborde la question de l'étranger ou celle des pouvoirs et institutions supra- ou transnationaux.

2. La notion de droits subjectifs chez Max Weber et chez les théoriciens du droit

De Weber à Hobbes

La sociologie politique webérienne permet d'arracher le droit à son acception étroitement étatiste. Je rappellerai ici brièvement les résultats d'analyses que j'ai eu l'occasion de développer ailleurs (Colliot-Thélène, 2005, 2006). Il est incontestable que la sociologie politique webérienne est une sociologie de l'État, en ce sens que Weber a vu dans l'État souverain moderne, disposant du monopole de la contrainte légitime, la forme accomplie de la communauté politique et qu'il n'a pas envisagé d'au-delà de l'État. Cette compréhension de l'État s'inscrit cependant dans le cadre d'une histoire solidaire des communautés politiques et du droit qui suppose un concept large du droit, débordant et englobant son acception strictement étatique. À l'encontre de la convention commune des juristes de son temps, Weber propose aux sociologues et aux historiens une définition du droit au regard de laquelle le droit étatique ne

représente qu'un cas particulier. Cette acception large s'entend aussi bien du droit objectif que des droits subjectifs. Concernant le premier, Weber retient comme élément déterminant l'« existence d'une instance de contrainte ». « Celle-ci, ajoute-t-il, peut évidemment ne ressembler en rien à ce qui nous est familier aujourd'hui. En particulier, l'existence d'une instance judiciaire n'est pas indispensable » (Weber, 1971, 34). Il construit son concept du droit subjectif de manière rigoureusement parallèle. On dira qu'une personne dispose d'un droit subjectif, écrit-il, lorsqu'elle détient, « grâce au sens réel et reconnu de la règle de droit, une possibilité efficacement garantie d'exiger, pour certains de ses intérêts (matériels ou idéels) l'appui d'un "appareil de coercition" constitué à cet effet » (Weber, 1971, 325-326). Cela implique la possibilité de distinguer entre « un droit subjectif, dans le sens "étatique" du mot », qui « se trouve sous la garantie des moyens de force du pouvoir politique », et des droits subjectifs « extra-étatiques », garantis par des moyens de coercition appartenant à un pouvoir autre qu'étatique, Weber citant notamment pour exemple un pouvoir hiéocratique (Weber, 1971, 326).

Appuyée sur la conception extensive du droit qui est ici proposée, l'État moderne apparaît comme le produit d'un procès qui a vu un certain type de communauté (consacrée par là même comme la communauté politique par excellence) monopoliser l'exercice de la contrainte légitime au détriment des « communautés de droit » (*Rechtsgemeinschaften*) diverses, puissances féodales, ordres, Églises, villes, etc., qui assuraient jadis à leurs membres la garantie de droits particuliers. Ces droits particuliers étaient des droits-privileges, autrement dit des droits statutaires. En bref, l'État moderne a mis fin au pluralisme anarchique (en ce sens que les « communautés de droit » plurielles ne formaient pas un ensemble hiérarchisé), indissociablement juridique et politique, qui était la condition générale du système féodal médiéval en Occident. La monopolisation de la garantie du droit par l'État est allée de pair avec ce que Weber nomme la « médiatisation » des droits particuliers. Une fois ce monopole établi, les droits dont un individu peut jouir du fait de son appartenance à un collectif particulier, quel qu'il soit, sont supposés n'être légitimes qu'en vertu de l'autorisation, explicite ou implicite, de l'État. L'État moderne se distingue de toutes les communautés politiques antérieures en ceci qu'il a exigé, et qu'il est généralement parvenu, « à ce que [les] droits particuliers ne demeurent en vigueur que sous réserve de son agrément, et donc aussi

seulement dans la mesure où il l'autorise » (Weber, 1976, 417 et 1986, 75).

Cette « médiatisation » des droits particuliers a pour corrélat l'individuation du sujet de droit¹¹. La survivance de droits réservés à certains groupes d'individus à l'intérieur de l'espace du pouvoir étatique, ou l'invention de nouveaux droits de ce type, c'est-à-dire de droits statutaires, liés par exemple à l'exercice de certaines professions, ne constituent pas une exception à l'universalité de la loi. L'époque est révolue où l'individu transportait sa « confession juridique » avec lui et affirmait, à travers cette « confession », sa différence d'avec les autres, c'est-à-dire ceux qui ne pouvaient se prévaloir des mêmes droits. Le droit « personnalisé » a disparu au profit de la loi générale, valant pour tous les ressortissants du territoire sur lequel s'exerce le pouvoir de l'État (*lex terrae*). Une des thèses fortes du long chapitre que la *Sociologie du droit* de Weber consacre aux droits subjectifs est que la formation de l'État moderne s'accompagne d'une modification en profondeur de la compréhension de ce que sont les droits. Il importe peu de ce point de vue que des éléments de logique statutaire persistent dans le fonctionnement complexe des sociétés étatiques. Dans la mesure où les sphères juridiques particulières ne peuvent exister que par la grâce de l'État, le seul sujet de droit réel est l'individu en tant que tel, c'est-à-dire abstraction faite de ses diverses appartenances communautaires, quelle qu'en soit la nature (famille, profession, communauté religieuse, etc.). Cet individualisme fondamental de la conception moderne du sujet juridique a été perçu et souligné par le moins libéral des théoriciens de la souveraineté moderne, Thomas Hobbes¹². On peut lire avec profit à cet égard un chapitre souvent négligé du Léviathan, le chapitre 22 : « Les organisations sujettes (politiques et privées) » (en anglais : *Of Systemes Subject, Political, and Private*)¹³,

11. Je choisis de parler d'individuation, plutôt que d'individualisation, afin d'éviter la confusion avec la notion juridique d'individualisation, qui désigne (chez Kelsen au moins) la décision judiciaire appliquant une loi générale à un cas particulier.

12. Théoricien de pouvoir absolu, Hobbes peut difficilement être considéré comme un libéral. Mais un certain nombre de ses lecteurs ont perçu que le fondement individualiste sur lequel il établit la souveraineté de l'État introduit dans cet absolutisme une fissure dont une pensée libérale pouvait aisément tirer profit.

13. Hobbes, 1971, 237-253. – Je dois à Étienne Balibar d'avoir attiré mon attention sur ce chapitre. Je lui suis également reconnaissante de m'avoir signalé l'ouvrage de David Runciman, *Pluralism and the Personality of the State* (Runciman, 1997) qui étudie la manière dont a été traitée dans la postérité de Hobbes la personnalité des groupements subordonnés à l'État, un point que je ne puis développer dans les limites de cet article, mais sur lequel il me faudra bien entendu revenir.

dans lequel Hobbes établit que tous les collectifs, temporaires ou durables, autres que l'État, ne peuvent exister légitimement que par l'autorisation explicite (écrite) ou implicite du « pouvoir souverain de la République ». En conséquence de quoi l'individu conserve toujours la faculté de s'en désolidariser, qu'il s'agisse du cas de la dette contractée par un tel collectif, où il est « toujours licite » et « aussi avantageux » pour un membre « de protester ouvertement » contre les décisions supposées engager le collectif, ou en général de tout litige opposant un membre singulier à l'ensemble d'un « corps politique » particulier, qu'il revient au souverain (à l'État) de juger, jamais au corps particulier lui-même (Hobbes, 1971, 242 et 244). Semblable analyse laisse penser que, contrairement à ce qu'affirme Foucault dans le passage que nous rappelions plus haut, le sujet de droit des théories contractualistes n'est pas « le sujet qui accepte la négativité, qui accepte la renonciation à soi-même » (Foucault, 2004, 278), mais bien plutôt le sujet qui se conquiert comme individu, affranchi de toute détermination statutaire, et détenteur de droits dans cette individualité nue.

Droits subjectifs et droits naturels : deux notions contestées

Michel Villey, féroce pourfendeur de la figure du « sujet de droit », n'a donc pas tort d'affirmer que cette figure est une invention des Modernes (Villey, 1983, 2003). Cette détermination historique n'est cependant pas un argument suffisant pour en récuser la pertinence, à moins de défendre (ce qui est précisément le cas de Villey) une conception immuable, c'est-à-dire essentialiste du juridique. À la critique de la figure du sujet de droit est liée celle des notions de droit subjectif et de droit naturel (au sens moderne de droits attachés à la nature humaine). On sait que ces deux notions ont paru suspectes, voire inacceptables, à nombre de théoriciens du droit, parmi les plus grands. S'agissant de la notion de « droit naturel », la critique fut un temps unanime : bien qu'avec des arguments différents, Georg Jellinek, Léon Duguit et Hans Kelsen la rejettent également. La notion de droits de l'individu est impensable hors du cadre de l'État (Jellinek, Kelsen), ou de la société (Duguit). Il est douteux cependant que les théoriciens modernes du droit naturel aient été aussi naïfs que les critiques du XX^e siècle veulent le laisser croire. Ce que méconnaît la critique des juristes du XX^e siècle, quand elle stigmatise l'idée de droit naturel, c'est la signification historique de la « naturalisation » des droits. Celle-ci ne fait que tra-

duire l'individuation du sujet juridique, dont on vient de remarquer qu'elle n'est devenue concevable que dans une relation constitutive avec cette forme particulière de pouvoir politique qu'est l'État souverain moderne. C'est parce que, du point de vue de l'État, l'individu ne peut se voir reconnaître de droits que dans sa singularité nue, et non au titre d'une quelconque appartenance statutaire, que ces droits (ou partie d'entre eux) peuvent apparaître comme « naturels ». La confusion entre l'individualité physique, ou plus exactement physicomorale, et l'individualité politique est le produit de l'éradication des distinctions statutaires. Il y a, si l'on veut, une vérité politico-juridique dans la fameuse formule de Marx, généralement interprétée dans le registre économique-social, selon laquelle l'homme est un animal qui ne s'individualise qu'en société. Au contraire de ce que leur impute une critique trop facile, les théoriciens du droit naturel n'ont pas fantasmé une « nature » humaine an-historique, ils ont au contraire enregistré les conséquences anthropologiques d'une mutation historique décisive : l'individualité politique n'est plus désormais définie par des appartenances communautaires naturelles (comme l'étaient les communautés d'Aristote), mais par sa relation à un seul et unique pouvoir, le même pour tous, qui lui octroie, ou lui dénie selon les cas, des droits qui constituent toute sa réalité politique.

Concernant la notion de droit subjectif, la critique des grands théoriciens du droit de la première moitié du XX^e siècle est moins consensuelle qu'à propos du droit naturel, et leurs divergences mettent en lumière la différence des prémisses de leur critique apparemment unanime du droit naturel. Léon Duguit rejette à la fois l'une et l'autre notions, parce que ce qu'il reproche aux doctrines du droit naturel n'est pas d'avoir admis que le droit était pensable indépendamment de l'État, mais d'en avoir déterminé le concept à partir de l'individu isolé. Selon ces doctrines, prétend-il, le droit serait une propriété de l'homme « conçu à l'état d'isolement absolu, sans aucune espèce de relation avec ses semblables » (Duguit, 2003, 141). Lui-même soutient nonobstant que la consistance de la notion de droit est irréductible à la garantie que lui offre l'État (« L'homme a conçu le droit avant de concevoir l'État, et non l'État avant de concevoir le droit » [Duguit, 2003, 227]), faute de quoi il serait impossible de limiter le pouvoir de l'État par le droit. Le fond de vérité des doctrines du droit naturel résidait dans leur intention, qui était de limiter le pouvoir, leur faiblesse dans leur individualisme. Celui-ci leur permettait certes de fonder les obligations nég-

tives de l'État (les droits-libertés), il ne leur permettait pas en revanche de fonder les obligations positives (les droits sociaux) qui incombent également à l'État moderne.

En affirmant l'antécédence du droit sur le pouvoir de l'État, Duguit voulait notamment s'opposer, au nom d'une conception solidariste du droit inspirée de Durkheim (le droit est une règle de conduite, et non une propriété d'un sujet), aux doctrines allemandes, de Hegel à Jellinek en passant par Laband et Ihering, auxquelles il reprochait d'avoir identifié le droit à la contrainte étatique et rendu par là même impensable la limitation du pouvoir. Il y a de prime abord quelque chose de paradoxal à le voir étendre cette critique à Jellinek, certes théoricien des droits subjectifs, mais qui partageait avec Duguit la volonté de soumettre l'État au droit. Ce que Duguit reproche pourtant à son contemporain allemand est d'octroyer parallèlement à l'État le statut de sujet juridique, reconduisant par là, dans une version sophistiquée, la personnification des collectifs, voire l'hypostase de l'État, que ses prédécesseurs avaient effectuée sous d'autres formes, organicistes ou historiques. Selon Duguit, très éloigné comme on le voit de l'axiomatique ordinaire de la pensée libérale, la notion de droit subjectif et l'hypostase de l'État ont en vérité partie liée.

Jellinek appartient bien à la tradition allemande que Duguit dénonce avec tant d'obstination, en ce sens que le concept de droit est pour lui lié à la contrainte, ou plus précisément à la garantie étatique¹⁴. C'est là son point de divergence avec les doctrines du droit naturel (en admettant que celles-ci aient bien fondé les droits sur la nature humaine) à la critique desquelles il n'accorde pas cependant une place aussi importante que le fait Duguit. On sait que Jellinek était proche de Weber, et la similitude de leurs compréhensions du droit et de l'État s'indique dans les attendus historiques sur le fond desquels il élabore sa théorie juridique. Le droit, reconnaît-il, n'a certes pas toujours été le fait de l'État, mais l'histoire de l'Occident moderne a vu l'État attirer progressivement à lui tous les moyens de force des collectivités subordonnées, et au terme de ce processus, l'État est devenu le « titulaire exclusif de la puissance de comman-

14. Pour préciser et corriger le cas échéant les analyses trop rapides que je fais ici de la position de Jellinek, le lecteur se rapportera aux travaux d'Olivier Jouanjan, notamment : « Les fondations de la théorie des droits subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek » (Jouanjan, 2004, 6-16), et, dans une perspective plus générale, au chapitre qu'il lui a consacré dans l'ouvrage magistral qu'il a publié récemment : *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)* (Jouanjan, 2005).

der » (d'après Duguit 2003, 128). Dans les termes mêmes de Jellinek, que cite Duguit :

« Par là, non pas l'ensemble de la formation juridique, mais bien la protection du droit, juridiquement ordonné, devient chose de l'État. La puissance judiciaire passe exclusivement dans ses mains, et toute juridiction ou lui est subordonnée, ou est concédée par lui. Par là, c'est enfin droit de l'État de régler tout droit s'appliquant à l'intérieur de ses frontières, si bien que dans l'État moderne tout droit se résout en un droit créé étatique et étatique permis. »¹⁵

Ce n'est cependant pas à cette préhistoire de l'État moderne que Jellinek a consacré l'essentiel de son travail scientifique, mais aux conditions d'une intelligibilité strictement juridique de celui-ci. Pour mon propos, l'intérêt principal de sa démarche tient à ce qu'il dissocie la notion de droits subjectifs de la fiction de droits dérivant de la nature humaine. À la manière qui lui est propre, Jellinek relançait à nouveaux frais ce qui avait été en définitive le problème central des théories contractualistes (les théories modernes du droit naturel) : établir de façon corrélative la légitimité du monopole juridique de l'État et les droits *des individus*.

On retrouve chez Kelsen la critique de la notion de droit subjectif associée à celle de droit naturel. Sa critique des doctrines du droit naturel est certes tout d'abord commandée par l'affirmation du caractère strictement positif (ce qui pour lui équivaut à scientifique) de la théorie pure du droit. Le positivisme de celle-ci implique de tenir à distance toute préoccupation « éthico-normative » : c'est de la forme du droit que cette théorie traite, c'est-à-dire de la logique du droit considéré comme système de normes, et non de son contenu. Kelsen y insiste tout particulièrement à propos de l'interprétation de la « norme fondamentale », notion qu'il introduit comme principe de clôture d'un système de normes, permettant de le penser comme un ordre juridique¹⁶. La norme fondamentale est

15. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 330, cité par Duguit (2003, 128). – Andreas Anter a établi que la définition webérienne de l'État par le monopole de la violence légitime n'était que la transposition, pour les fins propres de la sociologie, d'une thèse généralement admise par nombre de juristes allemands de son époque, notamment Jellinek, dont il cite cet autre passage, également tiré de l'*Allgemeine Staatslehre*, très proche de celui que cite Duguit : « Le développement de l'État est partout accompagné d'un procès d'absorption de la création autonome du droit ; si bien que, finalement, seul l'État apparaît être la source de création nouvelle et régulière du droit, et que c'est à lui seul qu'il revient de disposer des moyens de la contrainte juridique. Aujourd'hui, toute création nouvelle systématique (...) de droit est effectuée directement par l'État lui-même, ou bien est transférée ou concédée par lui » (Anter, 1995, 39).

16. Cf. sur ce point N. Bobbio, 1998, 248.

la condition transcendantale de l'interprétation juridique du droit, elle n'a qu'une « fonction de théorie de la connaissance » (Kelsen, 1962, 295), elle n'est pas un critère permettant de faire le départ entre ordres juridiques justes et injustes. Elle ne peut donc être confondue avec une théorie du droit naturel qui, lorsqu'elle est conséquente, doit chercher le fondement de la validité du droit positif « dans un ordre normatif distinct du droit positif », ce que l'on nomme précisément le droit naturel (Kelsen, 1962, 295). Cette caractérisation des théories du droit naturel ne fait pas mention du droit subjectif, ni même, plus généralement, de la figure du sujet de droit. Le terme médian entre la fonction éthico-normative inhérente aux théories du droit naturel et la notion de droit subjectif est le postulat que des entités préjuridiques peuvent de quelque manière faire peser des contraintes sur l'ordre objectif du droit positif. C'est ce postulat que partagent avec les doctrines du droit naturel toutes les théories du droit qui font une différence entre droit subjectif et droit objectif, ce qui revient toujours à soutenir la priorité du premier sur le second. L'argument de Kelsen est fixé dès la *Théorie pure du droit* (Kelsen, 1962, 170-171), et il le répétera jusque dans son dernier ouvrage, *La théorie générale des normes* (publiée à titre posthume en 1979)¹⁷. À cette « conception erronée du primat du droit subjectif par rapport à l'obligation » (Kelsen, 1996, 440), Kelsen objecte que, du point de vue d'une théorie rigoureusement positive du droit, un droit subjectif non seulement présuppose une obligation correspondante, mais « qu'il est cette obligation juridique elle-même »¹⁸.

Toutes les théories du droit naturel ne sont pas nécessairement des théories des droits subjectifs (il est possible, quoique Kelsen n'en dise rien, que la fonction « éthico-normative » d'une telle théorie s'appuie sur une conception globale de l'ordre du monde, rapportée à une origine transcendante, sans impliquer que l'individu-sujet possède des droits), mais toutes les théories juridiques qui distinguent droit et obligation sont des héritières de la notion de droit naturel :

« L'idée traditionnelle que le droit est un objet de la connaissance juridique distinct de l'obligation – bien plus, qu'entre obligation et droit, la

17. Kelsen, 1996, chap. 33, 179-181 ainsi que les notes 85, 86 et 87 (Kelsen, 1996, 440-443).

18. Kelsen, 1962, 176. Même assertion dans Kelsen, 1996, 179-180 : « [Le] droit "au sens subjectif" n'est pas quelque chose de différent du droit au sens objectif de la norme juridique. »

priorité revient au droit –, cette conception doit sans doute être rapportée à la doctrine du droit naturel. Cette doctrine part de l'idée qu'il existe des droits naturels, innés à l'homme, antérieurs à tout ordre juridique positif – et parmi ces droits, le droit subjectif de propriété individuelle joue un rôle prédominant. Pour elle, l'ordre juridique positif (de l'État), qui met fin à l'état de nature, a pour fonction de garantir les droits naturels en établissant des obligations correspondantes. »¹⁹

Le point d'application de la critique que fait Kelsen de la notion de droit naturel est manifestement différent de ce qu'il était chez Duguit, lequel ne contestait pas, mais soutenait au contraire que la validité du droit découle de réalités qui sont antérieures à, et indépendantes de, la contrainte étatique. Ce n'est pas leur individualisme que Kelsen reproche aux doctrines du droit naturel, mais l'inversion de l'ordre logique des notions d'obligation et de droit. Selon lui, la substance juridique du droit (et il n'en est point d'autre) réside exclusivement dans l'obligation. S'il ne rejette pas totalement l'usage de la notion de droit subjectif (à titre de commodité linguistique, sans qu'elle soit indispensable à la description du droit), c'est à la condition de se débarrasser de l'antithèse entre droit subjectif et droit objectif. Ce que l'on nomme droit subjectif, dans le cas le plus général, est un « droit-réflexe », c'est-à-dire l'interprétation de l'obligation que la norme juridique pose en lui associant une sanction en cas d'infraction, du point de vue de l'individu à l'égard duquel un autre se trouve obligé. Le véritable « sujet de droit », à supposer que l'on s'obstine à parler ce « langage personnaliste » dont lui-même se méfie (Kelsen, 1962, 225), n'est pas le titulaire de droits subjectifs, mais le sujet de l'obligation juridique, c'est-à-dire l'individu qui y est assujetti (Kelsen, 1962, 224). Et ce n'est que dans le cas très particulier du pouvoir octroyé par certains ordres juridiques à l'individu de mettre lui-même en mouvement la procédure judiciaire visant à sanctionner celui qui a enfreint une obligation à son détriment, que Kelsen reconnaît à la notion de droit subjectif une autonomie par rapport à la notion d'obligation (droit subjectif « au sens technique ») (Kelsen, 1962, 181-185 et Bobbio, 1998, 239).

Le bref excursus que je viens de faire du côté de la théorie du droit avait pour seul but d'indiquer que la notion de droit subjectif, bien que très disputée, ne peut cependant être dogmatiquement

19. Kelsen, 1962, 176. L'idée que le sujet puisse disposer d'un droit comme d'un « avoir », en d'autres termes, l'idée de possession d'un droit, est liée selon Kelsen à la justification de la propriété privée, et il la dénonce pour cette raison comme idéologique.

écartée comme un non-sens juridique. Quoi qu'en ait pensé Michel Villey, et comme le montre l'exemple de Jellinek, cette notion peut être déconnectée de l'hypothèse d'une nature humaine fixée avant toute détermination juridique. On peut congédier l'idée d'une nature humaine immuable sans renoncer pour autant à articuler l'univers du droit sur des réalités sociales et politiques qui le débordent, bien qu'il en soit l'une des composantes. Pour ce faire, il faut cependant admettre que l'institution juridique, certes essentielle à l'être du droit comme tel (objectif *et* subjectif), a souvent, si ce n'est toujours, la signification d'une reconnaissance. Une des difficultés de la position de Kelsen est que, en disqualifiant toute « source du droit » autre que l'ordre juridique étatique²⁰ et en déplaçant la notion de sujet de droit pour lui faire désigner non le titulaire de droits subjectifs, mais l'individu soumis à obligation, il invalide du même coup l'idée que le droit puisse être interprété comme la *reconnaissance* de prétentions qui le précéderaient. Ce que la théorie positive du droit récuse, c'est la « représentation d'un être juridique existant indépendamment de l'ordre juridique, d'une subjectivité juridique que le droit trouve pour ainsi dire préexistante, que ce soit dans les individus ou en certaines entités collectives *qu'il n'aurait lui, le droit, qu'à simplement reconnaître*, et il devrait nécessairement les reconnaître s'il ne veut pas perdre son caractère de “droit” »²¹. Le sens le plus manifeste d'un tel texte est de rejeter l'idée que l'institution juridique se réduirait à l'enregistrement de droits donnés, c'est-à-dire fixés de façon intangible, que l'État, qui ne se distingue pas de l'ordre juridique, s'engage à la fois à respecter et à garantir. Mais il exclut aussi une thèse sensiblement différente, celle selon laquelle le droit positif, dans la mesure où il a une histoire, transforme en droits des exigences qui ne sont d'abord que des prétentions, traduisant une réalité sociale dans le mouvement de laquelle la détermination de l'individualité politico-juridique de l'homme est en question.

Cette thèse implique, il est vrai, de prendre en compte l'historicité du sujet politique, une perspective exclue *a limine* par les prémisses épistémologiques de la théorie pure du droit. Ce que Kelsen nomme la « dynamique du droit », qui considère le droit dans le mouvement continuellement renouvelé de son autocréation, n'est

20. Cf. Norberto Bobbio, « Kelsen et les sources du droit », *in* Bobbio, 1998, 227-236.

21. Kelsen, 1962, 225. Je souligne, C. C.-T.

pas l'histoire, dans la mesure où la cohérence d'un ordre juridique positif, dans chaque cas déterminé, fixe les formes de cette création continue. Kelsen était démocrate, mais il concevait la démocratie comme un mode de création du droit, celui d'un ordre juridique qui institutionnalise la participation du peuple, sous des modalités diverses, à sa propre création (Kelsen, 1962, 371-376 ; également Kelsen, 2004). Bien qu'il ait voulu se distinguer par là des conceptions usuelles de la démocratie, qui la définissent comme une forme de gouvernement ou une forme politique, il n'en était pourtant pas si éloigné, dans la mesure où il ne pouvait admettre que la contestation de l'ordre légal lui-même, dans son ensemble ou dans l'une ou l'autre de ses manifestations, appartient de plein droit à la réalité de la démocratie moderne.

3. La philosophie politique comme philosophie des droits subjectifs

Quelles qu'en soient les conclusions, différentes selon les auteurs, on l'a vu, la critique juridique de la notion de droit subjectif permet de fixer quelques conditions à son usage par une philosophie politique qui, ainsi que je le suggère, recentrerait sa réflexion, et en particulier son interprétation de la démocratie moderne, sur la notion de droits plutôt que sur celle de pouvoir. Il est entendu tout d'abord que les droits, constitutifs de l'individualité politique moderne, ne peuvent être considérés comme les propriétés ontologiques d'un sujet dont l'identité serait donnée indépendamment du mouvement de l'histoire. À bien réfléchir, les identités statutaires, bien qu'elles aient allégué l'histoire, étaient plus hostiles à l'historicité que l'individu sans statut des théories contractualistes. Les statuts, c'était de l'histoire pétrifiée, l'invocation de droits inégaux fixés dans un lointain passé qui prétendait normer le présent et l'avenir. Les droits que les ordres de l'Ancien Régime opposaient aux initiatives réformatrices des Princes étaient des droits immuables, ressources certes contre l'illimitation tendancielle du pouvoir souverain, donc contre l'absolutisme, mais qui figeaient aussi des inégalités de toutes sortes (économiques, politiques, juridiques). L'individuation des droits a été au contraire le point de départ d'une historicisation, illustrée par les deux derniers siècles de l'histoire occidentale qui ont vu s'élargir le champ des droits reconnus aux individus par les textes constitutionnels ou législatifs, et

garantis en principe par les États à leurs citoyens. Cette histoire n'a rien de nécessaire ni de linéaire. La reconnaissance de droits nouveaux a été plus souvent extorquée aux pouvoirs, que concédée par eux de leur plein gré, et il y eut des retours en arrière. L'individuation du sujet de droit, remarquons-le au passage, ne signifie pas que les luttes pour les droits soient menées individuellement. Elles sont au contraire le plus souvent un acte collectif, c'est-à-dire qu'il y a bien une histoire sociale des luttes pour la conquête et la défense des droits, histoire dans laquelle se manifeste un *demos* qui n'est ni le corps abstrait invoqué au principe des constitutions démocratiques, ni la totalité des membres réels d'un État²². Mais l'ouverture de l'histoire des droits, la possibilité même de droits nouveaux, et non seulement de la réaffirmation de l'intangibilité de droits établis, est directement liée à leur individuation, c'est-à-dire aussi à l'indétermination des « droits de l'homme », où certains ont vu leur faiblesse, mais qui offre l'avantage, par rapport aux libertés statutaires, qu'ils sont une forme vide, accessible par là même à une détermination évolutive qui donne prise à l'action sociale.

La critique juridique de la notion de droit subjectif nous incite également à prendre au sérieux le pouvoir de l'institution. Une simple prétention à un droit, aussi justifiée qu'elle puisse paraître du point de vue d'un sentiment ordinaire de justice et d'injustice, n'est pas un droit. Il n'y a de droit au sens propre que sous la condition d'une garantie par un pouvoir, celui de l'État dans le paradigme des théories juridiques mentionnées plus haut, ou toute autre instance disposant de moyens de contrainte, quelle qu'en soit la nature, si l'on suit Weber. Il est sans doute tout à fait nécessaire, si l'on veut rendre justice à ce qu'a été la réalité de la démocratie depuis deux siècles, d'inclure dans son concept les pratiques extra-juridiques et extra-politiques (en ce sens qu'elles sortent du cadre de l'action politique telle qu'elle est définie, en même temps que bornée, par les textes constitutionnels et législatifs) qui n'ont cessé de mettre en question, de manière plus ou moins virulente, l'exercice légal du pouvoir. Nécessaire, donc, de se défaire d'une conception étroitement juridique de la démocratie, qui renvoie du côté de la subver-

22. Le propos et la taille du présent article ne me permettent pas de m'attarder sur la nature du *demos* de la démocratie, réinterprétée dans les termes des droits subjectifs, lequel n'est ni une unité homogène, ni une simple collection d'individus. Je me contenterai de noter que la forme (individuelle et par là même potentiellement universelle) dans laquelle s'énoncent les droits n'implique nullement une conception atomiste de la réalité du corps social.

sion toutes les formes de contestation des pouvoirs institués. Mais il est tout aussi indispensable de comprendre que la contestation d'un état donné du pouvoir et de son aménagement juridique n'a de sens *politique* qu'à la condition de viser elle-même à une traduction institutionnelle. Plagiant Hegel, on dira que la peur de l'institution est le schiboleth auquel se laissent reconnaître les faux frères et les faux amis de la démocratie, ou plus exactement les incurables romantiques qui cherchent la substance de la démocratie dans les moments d'effervescence révolutionnaire, ceux dans lesquels les pouvoirs institués se taisent ou ne sont plus entendus, au point que l'on peut s'imaginer qu'ils n'existent plus²³.

Sous réserve de satisfaire à ces deux conditions, une conception historico-critique de la démocratie peut tirer avantage de la notion de droits subjectifs sans avoir besoin de présupposer une essence de l'humain. C'est une banalité de remarquer que l'énoncé des droits naturels, de même d'ailleurs que celui des droits de l'homme, a un caractère performatif. Ces droits n'ont aucune existence antérieure à l'énoncé qui les constate, et qui, de fait, les institue. Les droits subjectifs en général ne sont pas attachés à une identité du sujet déterminée et assurée avant leur conquête et leur reconnaissance. Mais l'absence de définition statutaire de l'« homme », qui ne peut tenir ses droits que de l'État, confère à son identité une plasticité qui ouvre l'espace de la pratique de la démocratie, au sens que le terme a fini par recouvrir dans les conditions des sociétés modernes, bien éloigné de sa signification étymologique ou de ses interprétations anciennes. Jacques Rancière écrit quelque part que « les “droits de l'homme et du citoyen” sont les droits de ceux qui leur donnent réalité » (Rancière, 2005, 82), formule à laquelle l'on peut souscrire si l'on entend par là que l'identité du sujet démocratique est une identité en devenir, à la détermination de laquelle les luttes menées contre les règles édictées par les pouvoirs légaux contribuent tout autant que ces règles elles-mêmes. Il me semble en revanche contestable d'affirmer que la « vie démocratique » est

23. Je pense rejoindre ici la position qu'exprime Étienne Balibar (2002, 10) quand, à propos du cas exemplaire pour mon propos de la désobéissance civique, il se défend d'affirmer que « la désobéissance à l'autorité de l'État, le refus d'exécuter les lois dont le contenu ou les conditions d'élaboration apparaissent contestables, constitue l'essence de la citoyenneté. L'individualisme du “citoyen contre les pouvoirs” ne forme pas plus une politique que l'anarchisme du “dépérissement de l'État” ne fonde une communauté ». À quoi il ajoute cependant que « la citoyenneté et la communauté » (je dirais pour ma part la démocratie) « ne peuvent exister sans cette référence nécessaire à la désobéissance, et même sans que périodiquement le risque d'y recourir ne soit effectivement assumé ».

« une vie politique indépendante de la sphère étatique » (Rancière, 2005, 82), dans la mesure où seul le pouvoir (celui de l'État ou, le cas échéant, d'autres instances de contrainte) peut opérer la métamorphose qui convertit les revendications en droits.

On mentionnera ici, sans pouvoir s'y attarder, une conséquence importante de l'interprétation de la démocratie que proposent les analyses développées ci-dessus. Elles invitent à interroger la pertinence de la distinction entre droits civils, droits politiques et droits sociaux, voire le sort particulier généralement réservé aux « droits de l'homme ». Il ne s'agit pas de discuter l'utilité de ces distinctions pour la théorie juridique, pour l'histoire du droit ou pour la science politique. Mais, du point de vue de la démocratie entendue comme le mouvement ouvert de la détermination de la subjectivité politique, ces droits, successivement acquis, sont tous des droits politiques. Ils sont politiques par leur origine (ils ont été acquis par des luttes), mais surtout, ils sont politiques par leur portée anthropologique : ils sont des attributs d'un sujet en devenir, arraché à la stabilité des identités fixées et figées. Kelsen déjà avait brouillé la distinction entre droits civils et droits politiques en remarquant que les droits subjectifs privés peuvent être considérés comme des droits politiques, en ce sens que l'individu participe à la production du droit en mettant en branle la machine judiciaire pour obtenir une décision de justice, de même qu'il participe à sa production en élisant les membres d'un corps législatif (Kelsen, 1962, 187). On pourrait dire à l'inverse que, dans un régime démocratique, les droits politiques sont des droits subjectifs privés, dans la mesure où ils sont détenus et exercés individuellement, et donc, une fois garantis, constitutifs du sujet, lequel est toujours un individu. En d'autres termes, il n'est aucune raison de considérer les droits politiques comme des attributs contingents du sujet moderne (la personne). Si l'identité du sujet n'est pas donnée de nature, mais constituée dans l'histoire de l'institution/reconnaissance de droits, les droits politiques ne sont pas plus des attributs contingents que les droits civils. Il en va de même, à peine est-il besoin de le dire, des droits sociaux, puisque la distinction entre droits-libertés et droits de créance n'a de sens qu'à la condition d'admettre que les premiers reconnaissent des attributs que l'individu humain détiendrait de nature, tandis que les seconds lui seraient octroyés par la grâce de l'État²⁴.

24. Il me paraît plus pertinent de parler, avec Danièle Lochack (2005), de droits de première, deuxième et troisième générations.

4. Droits subjectifs et mondialisation

Que peut-il advenir du sujet politique, ainsi identifié avec le sujet de droits, quand l'État perd le monopole de la garantie du droit ? Il nous faut pousser ici un peu plus loin la réflexion que nous entamions au début de notre seconde partie en évoquant la caractérisation webérienne des droits subjectifs. Lorsque Weber fait état de droits non étatiques, garantis par des pouvoirs susceptibles d'exercer une contrainte qui n'est pas nécessairement celle de la violence physique, il ne se borne pas à l'exemple du pouvoir hiéocratique, c'est-à-dire de l'excommunication, mais il mentionne aussi à l'occasion « la menace d'être exclu d'une société, de subir un boycott ou autres mesures semblables, ainsi que la perspective d'avantages ou de désagréments de caractère magique sur cette terre, ou de récompenses ou de punitions promises dans l'autre monde à tels ou tels comportements » (Weber, 1971, 326). Magie et rétributions dans l'au-delà nous renvoient à des formes archaïques de socialisation, qui ne nous intéressent pas ici, mais la mention du boycott suggère que la garantie de droits peut non seulement dépendre de pouvoirs politiques autres que l'État moderne, mais qu'elle peut aussi reposer, le cas échéant, sur des formes de rétorsion exercées par des collectifs privés. Weber cite le cas des listes noires des sociétés de créanciers et de propriétaires immobiliers, et les pratiques de boycott qui leur sont associées, exemple à propos desquels il remarque une fois encore : « Naturellement, ce genre de contrainte peut s'étendre à des prétentions qui ne sont aucunement garanties par l'État. Celles-ci n'en constituent pas moins des droits subjectifs, quoiqu'ils reposent sur d'autres pouvoirs » (Weber, 1971, 328).

Cette remarque acquiert une portée, que Weber ne pouvait anticiper, à notre époque où l'on assiste à une multiplication et une diversification des instances productrices de normes, qui échappent pour une bonne part au contrôle des États nationaux et qui incluent également des organisations privées, telles que les ONG ou les grandes entreprises multinationales. Si l'État est loin d'avoir disparu de ce qui constitue la scène politique à l'échelle mondiale, juristes, historiens et politologues s'accordent cependant à reconnaître qu'il n'a plus le monopole de la production juridique (Teubner, 1996, 1997). On se contentera d'évoquer ici, dans la littérature abondante documentant l'érosion du monopole juridique de l'État, la description que fait Mireille Delmas-Marty de la « grande complexité juri-

dique du monde » (Delmas-Marty, 2006, 27), une situation qu'elle-même espère n'être que transitoire et qui devrait, pense-t-elle, déboucher sur une nouvelle hiérarchie des normes, plus souple sans doute que celle de l'État, mais qui redonnerait au droit international le caractère d'un ordre juridique. Plus réservé, et probablement plus réaliste, est le diagnostic de Julie Allard et d'Antoine Garapon, qui analysent le phénomène du point de vue du « commerce des juges », c'est-à-dire des échanges que les juges établissent entre eux par-delà les frontières. Ces derniers invitent à « faire le deuil d'un quelconque ordre juridique », et limitent leurs espoirs à la constitution d'une nouvelle « forme de scène judiciaire mondiale », dont ils veulent croire qu'elle recèle encore quelque chose qui s'apparente à du « lien social », mais « sans que ce dernier soit rattaché à une pyramide des normes ni à un ordre politique déterminé » (Allard et Garapon, 2005, 24-25).

Le monopole étatique de la garantie des droits, lié à la territorialisation du pouvoir, dans lequel Weber voyait un phénomène exceptionnel à l'échelle de l'histoire comparée des civilisations, aura probablement été aussi un simple épisode de l'histoire occidentale. Si l'espace juridique mondial n'a plus grand-chose à voir avec ce que Kelsen nommait un « ordre juridique », cela signifie aussi que le cadre de l'action politique n'est plus celui que présupposaient les grandes œuvres de la philosophie politique moderne. Pour rendre justice à la réalité de la politique contemporaine, il faut non seulement inclure dans son concept les manifestations extra-légales de la critique et de la contestation, comme invitent à le faire aussi bien des penseurs critiques que, récemment, un auteur plus classique tel que Pierre Rosanvallon (Rosanvallon, 2006), mais aussi prendre acte de la décentration de l'État dans la topologie contemporaine du politique. Placer les droits, les conditions de leur acquisition et de leur garantie, au cœur de l'interprétation du politique, revient à reconnaître, à la suite de Claude Lefort, que la question principale de la politique ne doit pas être l'appropriation du pouvoir (Lefort, 2007, 561). Mais, contrairement à ce qu'a pu croire celui-ci à une époque où les interrogations de la politique se focalisaient sur les liens entre totalitarisme et démocratie, le lieu du pouvoir n'est pas aujourd'hui un lieu vide, mais au contraire un lieu plein, bondé, pourrait-on dire, par des organismes multiples et divers avec lesquels le sujet politique doit désormais négocier la défense et la garantie de ses droits. La nouvelle pluralisation des pouvoirs nous permet de relire l'histoire de la modernité comme étant celle d'une

lutte politique dont l'enjeu était la détermination des droits d'un sujet indissociablement juridique et politique. L'exercice des moyens politiques classiques (le vote électif) a été et demeure l'un des moyens de cette lutte, dans le cadre de l'État-nation ou dans celui d'entités supranationales qui miment jusqu'à un certain point les formes de l'État-nation (la communauté européenne, par exemple), mais il n'est, on l'aura compris, qu'un moyen parmi d'autres. À l'échelle transnationale où se mène aujourd'hui une partie non négligeable de ces luttes, les pouvoirs auxquels sont confrontés les individus, et dont dépend la garantie éventuelle des droits qu'ils peuvent revendiquer, sont loin d'être tous soumis au contrôle de l'élection périodique. Il est d'autant plus important de reconnaître que les moyens de l'action politique ne peuvent se limiter au choix des dirigeants.

Se risquera-t-on ici à parler de « cosmopolitisme » ? Il faut pour cela en repenser sérieusement la notion. À la suite de Kant, on a en effet longtemps rêvé l'internationalisation du droit comme un horizon d'universalité qui libérerait l'« homme » politique moderne de sa dernière particularité, celle de citoyen d'un État-nation. Ainsi entendu, le cosmopolitisme, comme l'indique clairement le terme allemand *Weltbürgerlichkeit*, peut être interprété comme une sorte de citoyenneté mondiale. C'est ce que faisait notamment Habermas, au début des années 1990, en supposant que l'évident progressif de la souveraineté des États-nations s'accompagnerait de la construction d'instances supranationales pour lesquelles l'État-nation, « cette figure historique que nous sommes en train de dépasser », pourrait néanmoins servir de modèle et de guide. « Citoyenneté et cosmopolitisme, ajoutait-il, forment une continuité dont les contours se dessinent aujourd'hui même » (Habermas, 1998, 94 et 97). L'état présent de la mondialisation du droit rend douteux cependant qu'elle prenne un tel chemin. Il faut accepter de reconnaître l'ambiguïté radicale que présente cette mondialisation du point de vue d'une histoire de l'humanité qui s'écrirait, à l'instar de la philosophie de l'histoire hégélienne, comme une histoire de l'universel, et s'interroger sur ce que peut être l'avenir du sujet politique moderne quand l'État, qui l'avait créé en ôtant toute signification politique aux appartenances communautaires autres que la citoyenneté, ne figure plus qu'un pouvoir parmi d'autres.

D'une certaine manière, la constitution d'instances juridiques et judiciaires supranationales peut paraître parachever l'abolition du

différencialisme juridique et résoudre par là même l'aporie logée au cœur de la souveraineté étatique, à la manière dont Alexandre a tranché le nœud gordien. Cette aporie, remarquablement mise en scène par Hobbes, tient à ce que la suppression des différences statutaires avait pour corollaire l'illimitation du pouvoir souverain. L'individu affranchi des identités fixées par les ordres ou les *Stände* se trouvait aussi privé des ressources que ceux-ci lui offraient pour s'opposer à la domination des Princes. L'assujettissement à l'État est l'envers et la face noire de l'indépendance communautaire du sujet politique moderne, raison pour laquelle les théories du droit naturel moderne ont tenté de diverses manières de justifier un droit de résistance, aussi minimal soit-il, à la toute-puissance de l'État. L'existence de tribunaux supranationaux, telle que la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour pénale internationale, ouvre une brèche dans cette toute-puissance en rendant possible une limitation hétéronome du pouvoir de l'État, à première vue plus convaincante que l'autolimitation dont devaient se contenter les théoriciens de l'État de droit. On aurait tort cependant d'en conclure que les rapports entre pouvoirs et droits ont cessé d'être problématiques, leur problématicité prend seulement d'autres formes en se déplaçant. Si les exemples de la CPI ou de la CEDH peuvent encore être interprétés selon le schème d'une « hiérarchie du droit », quoique moins rigoureuse que ne l'était l'ordre juridique étatique, la condition générale du droit mondial est plutôt celle d'une anarchie, c'est-à-dire, selon une formule de Mireille Delmas-Marty (Delmas-Marty, 2006, 23), d'un « marché du droit » où il est loisible, pour certains acteurs du moins, de choisir les juridictions susceptibles de leur être les plus favorables dans chaque cas déterminé. La possibilité du choix, et l'autorité respective des différentes juridictions, est fonction de rapports de force dont les conditions sont à nouveau extra-juridiques, telles que les inégalités de puissance des États, des groupes économiques ou des organismes internationaux de toutes natures. Que cette possibilité de choix ne soit encore que virtuelle pour une grande partie des individus, n'empêche pas qu'elle compromette d'ores et déjà l'universalité du droit. La mondialisation du droit ne libère (tendanciellement) le sujet politique moderne de ce résidu d'appartenance statutaire qu'est la citoyenneté nationale que pour le livrer à de nouveaux particularismes, ceux d'intérêts qui peuvent exploiter de manière stratégique l'hétérogénéité des systèmes de normes juridiques ou quasi juridiques.

S'il est un objet qui se recommande aujourd'hui à l'attention de toutes les disciplines qui prennent le droit pour objet, c'est précisément cette configuration nouvelle et originale des rapports entre pouvoirs et droits. Tandis que l'État pouvait encore passer pour une approximation de l'universel, et représenter par conséquent une alternative éthique aux justifications transcendantes du droit des époques antérieures (ce qu'entendait Hegel en caractérisant l'État comme l'effectivité de l'Idée éthique²⁵), la diversité des ressources offertes par le pluralisme juridique contemporain menace au contraire d'anéantir la transfiguration symbolique que la forme du droit égal pour tous impose aux intérêts. Elle mènerait à son terme, ce faisant, le processus qu'avait anticipé Max Weber, dans un autre contexte : l'interprétation du droit comme un simple appareil technique rationnel dépourvu de tout caractère sacré (Weber, 1986, 234-235). À moins de ressusciter, sous une forme ou une autre, un analogue de la communauté politique soudée par le sentiment d'un destin partagé, l'avenir de la démocratie peut pourtant difficilement se concevoir autrement que comme une confirmation et un élargissement des droits garantis aux individus. C'est à l'État qu'il revient sans doute d'avoir produit le sujet politique moderne, dont l'identité ne réside pas dans la participation au pouvoir, mais dans le droit à avoir des droits. Cette figure historiquement constituée du sujet politique demeure le point de référence de toute pratique démocratique, lors même que s'effrite le monopole juridique de l'État, qui en a permis l'émergence. La difficulté aujourd'hui est d'imaginer comment ce droit à avoir des droits, qu'il convient de considérer comme le droit politique par excellence dans la mesure où il est la condition d'acquisition et de préservation de tout droit déterminé, peut user des opportunités ouvertes par la diversification de l'espace juridique sans contribuer à cette désacralisation ultime du droit que signifierait sa réduction à une simple technique des instances de pouvoir, publiques et privées, dont la juxtaposition chaotique constitue la réalité de notre univers politique.

Catherine COLLIOT-THÉLÈNE
UFR de philosophie, Université de Rennes 1
cct@cmb.hu-berlin.de

25. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 257 (Hegel, 1998, 313).

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Allard J., Garapon A., 2005, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, La République des Idées / Le Seuil.
- Anter A., 1995, *Max Webers Theorie des modernen Staates*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Balibar É., 2002, *Droit de cité*, Paris, PUF.
- Benhabib S., 2004, *The Rights of Others*, Cambridge (UK), Cambridge University Press.
- Bobbio N., 1998, *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant/LGDJ.
- Colliot-Thélène C., 1998, « L'ignorance du peuple », in G. Duprat (dir.), *L'ignorance du peuple*, Paris, PUF, 17-40.
- Colliot-Thélène C., 2005, « La fin du monopole de la violence légitime ? », in M. Coutu et G. Rocher (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Presses de l'Université Laval, 24-46 (première publication dans la *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2003, vol. 34, n° 1, 5-31).
- Colliot-Thélène C., 2006, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », accessible en ligne, www.cceae.umontreal.
- Colliot-Thélène C., Kervégan J.-F., 2002, *De la société civile à la sociologie*, Paris, ENS Éditions, « Theoria ».
- Constant B., 1997, *Écrits politiques*, Paris, Gallimard.
- Delmas-Marty M., 2006, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Le Seuil.
- Descombes V., 2004, *Le complément de sujet*, Paris, Gallimard.
- Duguit L., 2003, *L'État, le droit objectif et les lois positives*, Paris, Dalloz.
- Foucault M., 1997, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard / Le Seuil.
- Foucault M., 2004, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard / Le Seuil.
- Habermas J., 1997, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, « NRF-Essais ».
- Habermas J., 1998, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard.
- Hayek F. A., 1982, *Droit, législation et liberté*, vol. 2 : *Le mirage de la justice sociale*, Paris, PUF.
- Hegel G. W. F., 1998, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, PUF.
- Hobbes T., 1971, *Léviathan*, Paris, Sirey.
- Jouanjan O., 2001, *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, PUS.
- Jouanjan O., 2004, « Les fondations de la théorie des droits subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *Revue universelle des droits de l'homme* (3), 6-16.
- Jouanjan O., 2005, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, PUF.
- Kelsen H., 1962, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz.
- Kelsen H., 1996, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF.
- Kelsen H., 2004, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz.
- Lefort C., 1981, *L'invention démocratique*, Paris, Fayard.
- Lefort C., 2007, *Le temps présent. Écrits, 1945-2005*, Paris, Belin.

- Lochak D., 2005, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, « Repères ».
- Rancière, J., 2004, *Aux bords du politique*, Paris, Gallimard, « Folio-Essais ».
- Rancière J., 2005, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique.
- Rawls J., 1999, *The Law of Peoples*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Rosanvallon P., 2006, *La contre-démocratie*, Paris, Le Seuil.
- Runciman D., 1997, *Pluralism and the Personality of the State*, Cambridge (UK), Cambridge University Press.
- Teubner G., 1996, « Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus », *Rechtshistorisches Journal*, 15, 255-290.
- Teubner G., 1997, *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot.
- Villey M., 1983, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF.
- Villey M., 2003, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF.
- Weber M., 1971, *Économie et société*, Paris, Plon.
- Weber M., 1976, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr/Siebeck.
- Weber M., 1986, *Sociologie du droit*, Paris, PUF.