

LE DROIT ET LA SOCIÉTÉ D'AUJOURD'HUI

Simone Goyard-Fabre

Dans le thème qu'il m'a été demandé d'explorer – « le droit et la société d'aujourd'hui » –, il faut voir à coup sûr l'expression d'une préoccupation à la fois théorique et pratique de la pensée contemporaine. Depuis les années 1970, on s'accorde de manière quasi-unanime à diagnostiquer dans les sociétés actuelles le « malaise » ou la « crise », endémique et multiforme, du droit, de la loi et de l'État. Devant les symptômes de la pathologie juridique, se manifeste, dans une littérature philosophico-juridique foisonnante – dans le monde anglo-saxon et germanique plus qu'en France il est vrai –, la volonté de proposer une théorisation nouvelle du droit. Il ne s'agit pas d'une nouvelle « querelle des Anciens et des Modernes ». Mais, dans le monde « désenchanté » où nous vivons, le droit, privé d'assises sacrées – religieuses ou métaphysiques – puise encore son inspiration dans le rationalisme des philosophies modernes. Or, nombreux sont aujourd'hui les auteurs qui refusent de penser le droit comme un système normatif axiologiquement fondé – C. Schmitt, par exemple, parle de « la tyrannie des valeurs » – et certains pensent que considérer le droit comme un ordre prescriptif relevant d'exigences rationnelles pures est une attitude obsolète. Il semble donc que, dans l'univers juridique actuel, il soit devenu urgent de renoncer, totalement ou partiellement, aux paradigmes de la rationalité moderne pour leur substituer des paradigmes nouveaux, plus congruents avec la situation des sociétés contemporaines.

Cette « thérapeutique » se veut radicale. Il ne faut donc pas la confondre avec les « métamorphoses du droit » dont, il y a un demi-siècle, on entrevoyait la nécessité¹. S'il est vrai que la pensée juridique, vidée de son caractère sacré, de ses fondations métaphysiques, de ses exigences axiologiques, de sa normativité rationnelle, a perdu toute dimension de transcendance et s'est rabattue au

1. Voir par exemple G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.

niveau de l'empiricité, cette « métamorphose », en quoi s'exprimait « la révolte du fait contre le droit », loin de clarifier le statut épistémologique et philosophique du monde juridique, n'avait pas la radicalité des entreprises qui, aujourd'hui, mettent en question dans le droit la rationalité moderne. A notre époque, la recherche des nouveaux paradigmes du droit s'inscrit délibérément dans le contexte d'une pensée dite « post-moderne » et « post-métaphysique » qui rejaillit sur la théorie du droit au point de prétendre en opérer la « re-construction » et la « re-fondation ».

Nous avons choisi d'exposer ici comment, dans la postérité du « tournant linguistique » inauguré par Frege et dont K.O. Apel a déjà fait l'index d'un changement de paradigme en philosophie, un auteur comme Jürgen Habermas, après avoir dénoncé la raison pratique à l'œuvre dans le droit moderne, entend renouveler la rationalité juridique : la « raison instrumentale » qui travaille, estime-t-il, les systèmes de l'État libéral ou de l'État-Providence, n'a plus de pertinence ; dans notre monde vécu profane et pluraliste, « les conditions de l'intégration sociale » exigent d'être construites, déclare-t-il, selon une « rationalité procédurale ». Dès lors, selon cet auteur, le droit du temps présent trouverait dans « l'activité communicationnelle » un paradigme argumentatif à la faveur duquel pourrait dorénavant se préciser le concept normatif de la « politique délibérative » propre à ce qu'il appelle « l'État de droit démocratique ».

Je voudrais, devant les symptômes, multiples et inquiétants, de la crise du droit constatés dans les sociétés complexes de notre temps :

(I), examiner le nouveau paradigme du droit qu'apporte J. Habermas dans sa théorie de « l'activité communicationnelle » en insistant sur le thème de « la discussion démocratique » (II) et m'interroger sur sa pertinence, c'est-à-dire sur le point de savoir si, dès lors qu'il est soumis au tribunal de la critique, il est apte, par la « re-fondation » du droit, à surmonter le malaise qui s'est installé dans l'univers juridique (III).

LE CONSTAT DE CRISE DE L'UNIVERS JURIDIQUE ACTUEL

Dans cette première partie, je ne m'étendrai pas longuement sur le malaise aujourd'hui ressenti devant la silhouette prise par le droit à raison des transformations dont il est le lieu. Ce malaise correspond à une crise objective du droit. Je ne retiendrai ici que quelques symptômes, souvent mentionnés d'ailleurs, depuis quelques années déjà, par les juristes eux-mêmes².

2. Voir *Droits*, PUF, 1986, n° 4, « Crises dans le droit ».

Dans tous les secteurs qu'il est appelé à régir – c'est-à-dire dans tous les domaines de l'existence humaine – le droit connaît des ébranlements qui se produisent au nom d'une volonté réformatrice explicite ; la finalité en serait de mieux assurer, dans les sociétés complexes de notre temps, la pertinence des normes, leur justice, leur effectivité, voire leur efficacité. En matière civile, pénale, fiscale, commerciale..., dans le domaine constitutionnel, dans le droit international, on assiste à des corrections répétées du tissu juridique. Rappelons quelques-unes des manifestations de ce réformisme impénitent.

1. Chaque législature apporte son lot de lois nouvelles qui, le plus souvent, s'ajoutent aux lois antérieures, lesquelles ne sont pas nécessairement abrogées. Il s'agit, dit-on, d'éviter le vieillissement de textes que guette ou l'obsolescence ou l'inadaptation aux circonstances du moment. Quoi qu'il en soit, s'alourdissent ainsi les appareils législatif et infra-législatif ou réglementaire qui, lors même qu'ils répondent aux conseils d'experts ou aux rapports de commissions *ad hoc*, tendent à devenir pléthoriques. On a parlé, non sans raison, d'une « orgie législative »³. Il y a excès de droit.

Les conséquences de cette inflation juridique sont funestes.

Par delà le pointillisme de décisions législatives adoptées dans une hâte parlementaire hypersensible aux accès de fièvre socio-politiques, notons, par exemple, l'absence d'un programme rigoureux et d'un plan d'ensemble pour le travail législatif, l'insuffisance des études préparatoires, condamnées à l'inaboutissement, les carences d'une rédaction trop rapide et peu soignée qui laisse place aux équivoques et suscite des querelles d'interprétation, les inévitables contradictions entre la norme d'hier et celle d'aujourd'hui, le mépris des dispositions contenues dans les grands Codes, l'oubli des principes fondamentaux de l'ordre juridique...

Remarquons que la multiplication des lois dites « spéciales » ainsi que des lois « d'orientation » encore appelées « lois-cadres »... ne se peut faire qu'à raison du déclin des tables de la loi : Christian Atias parle à ce sujet de « lois sans âme » qui prolifèrent allègrement et désespérément, surtout dans les domaines économique-financier et social⁴.

En outre, le gonflement jurisprudentiel appartient à la logique de ce processus inflationniste dans lequel s'installe le laxisme d'un droit qui, souvent,

3. A. Viandier, « La crise de la technique législative », in *Droits*, 1986, n° 4, p. 76.

4. Ch. Atias, *Le droit civil*, PUF, 1984, p. 31.

n'est pas appliqué. Le pouvoir judiciaire, en insistant sur sa vocation empirico-casuistique, en vient à obscurcir la clarté des textes émanant de l'autorité institutionnelle ou traduits, dans la rationalité des codes, par des termes généraux et abstraits. Le pouvoir des juges tend à accorder valeur de règle à une décision jurisprudentielle considérée comme un « précédent ». Or, s'il est vrai que la jurisprudence fait traditionnellement partie des sources du droit, on assiste aujourd'hui à une transformation de l'ordre juridique qui est non seulement quantitative parce que la jurisprudence ouvre un champ quasi-illimité de possibles, mais qualitative parce que le droit, en sa complexification, perd son architectonique fondamentale et son exécutoirété.

2. De telles mutations sont, de surcroît, d'autant plus problématiques qu'elles s'accompagnent de deux phénomènes qui, quoique bien connus, doivent néanmoins être rappelés ici.

D'une part, l'enflure bureaucratique, étatique et para-étatique, fait cortège à la volonté d'autorité créatrice des technocrates et des magistrats ; elle préfigure la tyrannie de l'administration et le « gouvernement des juges ».

D'autre part, on assiste, dans le flot des actes administratifs et jurisprudentiels, à un délire de justice sociale dans lequel interfèrent de manière souvent passionnelle et, en tout cas, idéologique, les requêtes démocratiques et la défense des droits de l'homme. L'élaboration de la norme juridique, sous prétexte d'être l'expression de la « volonté générale », s'appuie, soi-disant de manière démocratique, sur l'opinion puisque chacun veut participer à la création de la loi. Le législateur cède aux revendications de plus en plus nombreuses et de plus en plus pressantes des individus et des divers groupes d'intérêts. Alors, les volontés individuelles étouffent la volonté générale dont, pourtant, on se réclame. Il en résulte un flot de mesures législatives et réglementaires qui laissent inévitablement place au laxisme et à des incohérences (droits de l'enfance) qui vont jusqu'à l'ineptie (droits des homosexuels, droits des animaux). L'appareil juridique est ainsi voué à la faiblesse, à l'illogisme et à l'instabilité, ce qui, à tout le moins, met en évidence la pression qu'exercent le politique et l'idéologique sur le juridique.

On pourrait d'ailleurs ajouter que le droit politique lui-même n'est pas à l'abri de la dégénérescence puisque d'une part, les organisations supra-nationales affaiblissent ou altèrent la souveraineté des États et que, d'autre part, s'accroissent les interdépendances du marché mondial et des décisions politiques, ou que les pressions médiatiques s'exercent avec frénésie sur le Pouvoir.

On peut donc dire que le prurit législatif et infra-législatif qui tend à faire de la règle juridique « un instrument de gestion de la société »⁵ et, tout ensemble, la casuistique jurisprudentielle pétrie de considérations socio-politiques – même si l'on tient compte de l'accélération de l'histoire et du changement des mentalités qui lui est concomitant – transportent l'idée du droit hors de son ordre.

3. C'est en ce dernier trait que culmine la crise du droit dans le monde contemporain. Nous n'assistons pas seulement, dans un mouvement historico-social, à un laxisme généralisé qui provoquerait le déclin du droit. Le phénomène est plus grave : par un mélange insolite des paramètres et des genres, la juridicité du droit est frelatée, la normativité de la règle est falsifiée. Ainsi voit-on par exemple la loi parlementaire perdre de sa force obligatoire, le principe dit de « la séparation des pouvoirs » être mis en péril, la jurisprudence aller à l'encontre de la loi, l'État de droit être érodé par l'hypertrophie administrative, les juges participer, contre la rationalité du système juridique, à la jurislation, les bureaucrates donner tort à la règle établie, un droit « recommandationnel » étouffer l'obligatorité de la règle etc.

À travers de tels symptômes, il est aisé de prendre conscience, dans la crise qui mine le monde juridique de notre temps, de l'écart qui sépare le droit du concept normatif qu'en avait façonné la pensée rationaliste de la modernité.

Mais l'important est d'abord de chercher à comprendre pourquoi cette crise est advenue – condition nécessaire si l'on veut ensuite trouver les moyens de la surmonter.

Or, depuis trois décennies, une certaine philosophie du droit s'emploie à mettre en accusation les paradigmes du droit moderne, c'est-à-dire d'un droit formel défini, au nom de la raison pratique, comme un devoir-être assorti, dans son contexte volontariste, d'obligatorité et doté, par conséquent, d'un pouvoir de contrainte et d'une capacité de sanction. Le procès est d'ailleurs intenté, de manière plus ample, à la « modernité » tout entière en laquelle, soutient-on, le monde juridique révèle toujours le décalage qui existe entre la normativité du droit qu'enserme l'appareil juridique et les aspirations multiples et changeantes des communautés⁶. Dans la soi-disant « post-modernité » à laquelle nous serions parvenus, les paradigmes de la tradition rationnelle du droit, devenus caducs faute de leur légitimation concrète par l'opinion, appelleraient

5. Hervé Croze, in *Droits*, op. cit., p. 90.

6. J. Habermas, *Raison et légitimité, Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, 1973, traduction française, Payot, 1978, p. 102.

une « re-détermination ». C'est à ce prix, soutient-on, que s'effectuera la « reconstruction » du droit ou, plus exactement, la « re-fondation » de l'univers juridique.

LE RENOUVELLEMENT DES PARADIGMES DU DROIT SELON JÜRGEN HABERMAS

D'une certaine manière, le problème de la refondation du droit n'est pas nouveau : à l'heure même où triomphait le rationalisme des grands Codes français, il avait déjà trouvé, à la suite des critiques inspirées de Hume, de Burke et de Möser, deux expressions frappantes : au début du XIX^e siècle, l'historisme de l'École de Savigny s'était opposé à l'idéalisme traditionnel venu, dans le droit, d'un horizon platonicien ; et l'esprit objectif de la *Sittlichkeit* hégelienne s'était dressé contre le droit abstrait et l'esprit subjectif qu'aurait représenté la doctrine kantienne.

Pourtant, depuis les années 1970, le procès des figures du droit moderne a pris un autre tour. Certains philosophes anglo-saxons et allemands, suivis en France par une intelligentsia avancée qui a la faveur de la mode, préconisent pour le droit « un changement de paradigme » qui ne consiste en rien de moins qu'à biffer le dualisme du *Sollen* et du *Sein* pour modeler « l'objectivation sociologique » qui situe le droit, selon l'expression de Jürgen Habermas, entre *Faktizität* et *Geltung* (ou, d'après une traduction française approximative, « entre faits et normes »). Dans son ouvrage de 1992, traduit en français en 1997⁷, Habermas entend, par delà sa critique bien connue des impasses auxquelles conduit selon lui la modernité, élaborer une théorie du droit fondée sur le paradigme nouveau qu'il appelle le *principe de discussion*. Exprimé en son jargon, le nouveau paradigme du droit est concentré sur « l'intégration normative des interactions stratégiques affranchies de la morale traditionnelle » et, comme tel, constitue le fer de lance d'une « conception procéduraliste de l'État de droit démocratique »⁸.

Dans cette seconde partie, nous allons examiner l'argumentation d'après laquelle « l'activité communicationnelle » étant, selon Habermas, constitutive de la société, le droit ne peut trouver son assise que dans la pensée post-méta-

7. J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, traduction française sous le titre peu fidèle *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Cerf, 1997.

8. Par souci de commodité, nous nous référons à la traduction française citée. *Droit et démocratie*, Postface, p. 480.

physique de l'intersubjectivité communicationnelle. Disons, en clarifiant les choses, que, pour Habermas, une norme juridique, après l'écroulement des grandes métaphysiques, doit puiser aujourd'hui sa validité (*Geltung*) dans l'accord, étrangement dénommé « consensus », qui résulte, dans une communauté, d'une « discussion pratique » entre ses divers membres⁹.

Examinons cette thèse. Celle-ci prenant la forme d'un procès, considérons-la en ses *attendus* et en ses *conclusions*.

1. Qu'il nous suffise, *quant à ses attendus*, de rappeler brièvement que la thèse d'Habermas s'appuie sur la critique, bien connue, de la modernité, exposée par l'auteur dans ses ouvrages antérieurs.

La philosophie de la conscience qui, au dire simplificateur d'Habermas, triomphe uniment dans la pensée moderne, aurait définitivement vécu. Ce trépas s'expliquerait, déclare-t-il, par l'épuisement du paradigme du sujet sur lequel elle se serait constamment appuyée. La raison qu'elle mettait en œuvre – qu'il qualifie d'« instrumentale » – se serait égarée dans les impasses du logocentrisme. Il ne suffit pas de dire qu'elle s'est engagée sur des chemins qui ne mènent nulle part ; elle était perverse. Voilà pourquoi, déclare l'auteur, « la conception paradigmatique du droit, ayant perdu l'innocence d'un savoir d'arrière-plan qui lui servait de guide, suscite une justification autocritique »¹⁰.

Alors, avec une précipitation dont l'enthousiasme, à lui seul, est suspect, Habermas dénonce le normativisme attaché à la tradition du droit rationnel moderne. Le prescriptivisme d'un droit rationnel normatif, dit-il en substance, ne pêche pas seulement par son architecture théorique dont, depuis deux siècles, on a maintes fois souligné l'abstraction et la généralité. Il commettrait, poursuit Habermas, deux fautes majeures, l'une matérielle, l'autre, formelle. Premièrement, en son contenu, le droit rationnel moderne ignorerait les particularités historiques et les données socioculturelles – ce qui justifie que, à l'égard des prétentions méta-sociales et universalistes du normativisme rationaliste, la sociologie accomplisse un profond travail de sàpe. Deuxièmement, en sa forme, le droit moderne verserait dans un monologisme qui enracine les normes dans les réquisits du sujet rationnel ; il procéderait d'une philosophie de la conscience qui le condamne au subjectivisme – ce qui justifie que, contre le solipsisme dans lequel il sombrerait, soit défendu le pluralisme des formes

9. La *Geltung* ou « validité » d'une norme ne désigne donc pas, pour J. Habermas, comme c'est le cas pour Kelsen ou Carré de Malberg, la conformité à la Constitution. Il est difficile, dans ces conditions, de la qualifier de « juridique ».

10. *Ibid.*, p. 420.

de la vie collective. A tout prendre d'ailleurs, ces deux fautes du droit rationnel moderne – la matérielle et la formelle – n'en sont qu'une : ce droit ne connaît (même lorsque les grands Codes en appellent, comme l'a voulu Portalis, à des orientations axiologiques universalistes) que le paradigme individualiste.

Selon Habermas, la logique du droit moderne se ramènerait ainsi à l'auto-réflexion du sujet comme source d'autodétermination et d'autonomie. Dans l'univers juridique moderne, ce monologisme expliquerait la défense des droits de l'homme comme droits subjectifs (protection de la vie, liberté personnelle, propriété, liberté de croyance et d'opinion)¹¹ aussi bien que la promotion de l'État de droit (*Rechtsstaat*) en quoi « l'auto-législation exercée par les citoyens [...] met en marche une spirale de l'application à soi du droit »¹². Or, poursuit cet auteur, les apories de la philosophie de la conscience développée, selon lui, par Hobbes, Kant et même Hegel¹³, sont la cause de la pathologie socio-juridique du monde contemporain que manifestent l'illusion des droits de l'homme de la première génération, la mystification libérale, le dysfonctionnement de l'État de droit et même de l'État-Providence qui, en définitive, œuvre à la maximisation des chances personnelles. En un mot, la domination du paradigme individualiste exalté par le rationalisme des modernes est accusée d'avoir engendré la crise du droit.

Dans cette perspective, la conséquence, pour Habermas, s'impose : tant que le droit reflétera l'image de Narcisse¹⁴ et que ses normes auront pour source et pour destinataires les individus en leur singularité, il fera fausse route et manquera à sa vocation pragmatique. Il est donc nécessaire d'effectuer, comme Weber et Durkheim l'avaient compris, une « mutation sociale du droit ». Seulement, parce que la sociologisation du droit n'en provoque que « le désenchantement objectiviste »¹⁵, elle n'est pas la thérapeutique applicable aux pathologies présentes. Pour éviter de tomber de Charybde en Scylla en supplantant l'individualisme solipsiste par une objectivation sociologique du droit, il faut procéder radicalement et opérer la re-fondation du droit sur des principes nouveaux : à savoir, répète inlassablement Habermas, sur une éthique de la discussion, seule susceptible de remplacer le droit formel et abstrait qui serait issu de la spéculation des modernes par le droit procédural et pragma-

11. Voir *Débat sur la justice politique* entre J. Habermas et J. Rawls, textes de 1995 et 1996, traduction française, Cerf, 1997, pp. 41-42.

12. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 53.

13. Voir *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), traduction française, Fayard, 2 volumes, 1987, tome I, p. 394.

14. Chr. Lasch, *Le complexe de Narcisse* (1975), traduction française, Seuil, 1979.

15. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 57.

tique qui se dégage, sur le mode argumentatif, dans l'opinion publique. De la sorte, la raison demeurera présente dans l'univers juridique, mais elle sera raisonnable plutôt que rationnelle, concrète plutôt qu'abstraite, casuistique plutôt que générale. Au cœur des sociétés pluralistes et complexes de notre temps, le nouveau paradigme du droit s'alimente, aime à répéter J. Habermas en son jargon, des apports de « l'agir communicationnel ».

2. *Les conclusions* auxquelles aboutit Habermas au terme du procès qu'il a instruit contre la modernité juridique sont tranchantes : le nouveau paradigme du droit ne peut appartenir qu'à la raison communicationnelle à l'œuvre, au cœur de l'État de droit démocratique, dans la discussion publique. Voyons comment il présente sa thèse.

Toutes les théories modernes auraient, dit-il, un dénominateur commun résultant de leur monologisme : à savoir leur cécité devant la tension qui existe entre la réalité factuelle (*Faktizität*) et les prétentions à la validité normative (*Geltung*) du droit. Pour pallier cette carence née du gigantesque malentendu sur les principes fondateurs de l'univers juridique, il faut adopter le « nouveau regard » qu'exige « une théorie critique de la société »¹⁶. Celle-ci ne peut se passer du concept de la « rationalité communicationnelle qui [...] résiste à la réduction cognitive instrumentale de la raison »¹⁷.

Certes, la critique de la « raison instrumentale » a été faite à l'École de Francfort par Horkheimer et Adorno. Mais Habermas, qui insiste plus que ses prédécesseurs sur les « pathologies » sociale et juridique engendrées par les modernes philosophies de la conscience, entend proposer une thérapie par la conceptualité nouvelle qu'il confère à la « raison communicationnelle » : elle ne peut consister qu'à rompre la clôture systémique d'un droit replié sur les singularités individuelles afin de façonner, dans l'« espace public », une « éthique de la discussion ». C'est pourquoi Habermas accorde tant d'importance au « tournant linguistique ». Le langage, répète-t-il, est le « médium » universel¹⁸ qui crée la possibilité de la communication. Il en résulte que les relations interpersonnelles ont, grâce à lui, priorité par rapport à l'individualité. Le paradigme du sujet est donc évincé par le paradigme de l'intersubjectivité qui est aussi, de manière concrète et pragmatique, interaction et inter-compréhension¹⁹.

16. *Théorie de l'agir communicationnel*, tome I, p. 14.

17. *Ibid.*, p. 14.

18. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 17, p. 22, p. 23, p. 30.

19. *De l'éthique de la discussion*, traduction française, Cerf, 1992, p. 61.

Cette prémisse posée, la discussion ouvre la voie à une « politique délibérative » à laquelle il est demandé de fournir les conditions de la genèse du droit de notre temps²⁰. La délibération publique, dit Habermas, est « susceptible d'entraîner un effet de légitimation ». Il faut se rappeler qu'en 1973, dans *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*²¹, Habermas décelait la source de la crise que traversent les sociétés du capitalisme avancé d'Occident dans l'écart qui se creuse entre le crédit que réclame l'autorité souveraine de l'État et les trop médiocres justifications qu'elle est capable d'apporter à ses exigences²². Autrement dit, l'opinion publique, dans l'état présent, ne donne plus son adhésion aux régulations que formalise aujourd'hui le droit positif. Le système juridique est érodé parce qu'il ne répond plus aux besoins et revendications d'une opinion que le jurislatureur n'écoute pas. – Vingt ans plus tard, Habermas, estimant que « l'édiction légitime du droit dépend de présuppositions communicationnelles »²³ « re-construit » le droit et son contenu normatif dans le cadre d'une « politique délibérative ». Entendons que, selon son nouveau paradigme, le droit puise « la force de légitimation dans sa genèse démocratique »²⁴ – ce qui implique une « sociologie de la démocratie ».

Dans ce contexte épistémologique nouveau, la validité des normes juridiques dépend du rapport externe qu'elles entretiennent avec les faits sociaux. Il ne suffit donc pas d'interpréter le diagnostic de crise du droit en disant que celui-ci est habité par la tension interne entre factualité et validité. Il faut recourir à la sociologie politique pour comprendre et mesurer en quoi le renouvellement paradigmatique du droit s'enracine dans la chair du monde vécu quotidien.

Ce glissement – voulu et conscient – vers la sociologie politique appelle un effort de conceptualisation pour fixer le critère opératoire de ce droit renouvelé en ses bases fondatrices. Cet effort se concentre sur le « concept procédural du processus démocratique »²⁵. De ce concept, Habermas dit trouver certains linéaments chez Norberto Bobbio²⁶ et, surtout, chez Robert Dahl²⁷. Si

20. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 311 sq.

21. Cet ouvrage a été traduit en anglais sous le titre *Legitimation Crisis*, Londres, 1973 ; et en français sous le titre *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Payot, 1978.

22. *Ibid.*, texte français, p. 68.

23. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 311.

24. *Ibid.*, p. 312.

25. *Ibid.*, p. 327 sq.

26. *Ibid.*, p. 328 sq.

27. *Ibid.*, p. 341 sq.

nous laissons de côté l'aspect de controverse doctrinale qui, sous sa plume, est constant, nous pouvons dégager les idées-force de sa conception délibérative.

Selon Habermas, les procédures institutionnelles et organisationnelles de l'État de droit moderne – règle de la majorité, organes représentatifs, transfert des compétences de décision, interdépendance des droits de contrôle... – ne sont que des « dispositifs de régulation corrective » qui compensent la complexité sociale²⁸; mais ils ne la dominent pas. De là provient le décalage entre « l'opinion publique informelle » et la « formation institutionnalisée de l'opinion ». Or, « l'éthique procédurale de la discussion » – c'est là l'idée directrice de la théorie – est susceptible de réduire ce décalage.

Divers auteurs, admet Habermas, ont eu le pressentiment du paramètre qu'est la discussion et ont même tenté de l'élucider. Mais la thèse économico-empirique de Jon Elster, la théorie de la régulation de Helmut Willke, le fonctionnalisme systémique de Niklas Luhmann... ont échoué en cette entreprise car, soutient Habermas, leurs auteurs, pour l'essentiel, n'ont pas su prendre la mesure pragmatique de la société civile et de l'opinion qui vit en elle. Habermas, quant à lui, définit la société civile comme un « espace public autonome et susceptible de résonance »²⁹. Celui-ci fonctionne comme « un système d'alerte doté d'antennes » qui, par delà sa fonction signalétique, « renforce la pression qu'exercent les problèmes eux-mêmes » et influe sur leur formulation en les dramatisant³⁰. Dès lors, il est « une structure de communication » qui est médiatrice entre les secteurs privés du monde vécu et le système juridico-politique³¹. Aussi la politique délibérative trouve-t-elle en lui son lieu d'excellence. En effet, comme « seules peuvent prétendre à la validité < au sens éthico-social, mais non juridique où l'entend Habermas > les normes susceptibles de rencontrer l'assentiment de tous les intéressés en tant que parties prenantes d'une discussion pratique »³², la société civile met en œuvre, par le biais de l'opinion publique, une raison procédurale qui permet l'auto-constitution d'une communauté de sociétaires juridiques : telle est « la forme d'organisation de l'État de droit démocratique »³³.

Donc, contre le monologisme moderne, le nouveau paradigme du droit auquel en appelle cette « démocratie procédurale » veut que la discussion argu-

28. *Ibid.*, p. 353.

29. *Ibid.*, p. 356 ; p. 386 sq.

30. *Ibid.*, p. 386.

31. *Ibid.*, p. 401.

32. *De l'éthique de la discussion*, traduction française, Cerf, 1992, p. 17.

33. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 412.

mentée l'emporte sur la décision volontaire du Pouvoir³⁴. Remplacer le monologisme par le dialogisme demeure insuffisant tant que ce dernier ne s'inscrit pas dans le registre de l'argumentation publique. La raison procédurale requiert une pratique d'entente « consensuelle », ce qui évite, prétend Habermas, non seulement ce qu'il considère comme le moment dogmatique qu'est une théorie constitutionnelle de l'État, mais aussi les apories de la métaphysique ontologique ou axiologique et les impasses de la philosophie du sujet.

L'auteur s'interroge assurément sur le point de savoir si la démocratie procédurale « peut être implémentée (sic) dans des sociétés complexes comme le sont les nôtres »³⁵. Cette question de sociologie politique déborde le champ de la philosophie du droit. Toutefois, elle éclaire le nouveau paradigme du droit dans la mesure où elle enseigne que, au niveau réflexif où peut s'élever le débat, la reconstruction du contenu normatif du système juridique qu'exigent les sociétés présentes ne peut plus se faire au nom de principes supra-positifs ou d'orientations axiologiques. Le temps serait irrévocablement dépassé où le droit s'énonçait et s'appliquait au nom de valeurs déterminées.

Résumons la position de J. Habermas.

Les figures de la pensée juridique « post-métaphysique » n'ont que faire de l'idéalité transcendante et de l'universalité abstraite de ses concepts. La validité des normes juridiques dépend de leur accord avec le monde vécu quotidien, ce qui est le *télos* même de « l'agir communicationnel »³⁶ : c'est à la condition seulement d'une discussion pratique réelle que les normes du droit sont habilitées à commander ce qu'il faut faire³⁷. En d'autres termes, le nouveau paradigme aujourd'hui nécessaire, après l'effondrement des principes de la pensée moderne, à la re-fondation et à la re-construction du droit est le recours à la raison procédurale d'une politique démocratique délibérative qu'anime l'activité communicationnelle.

La thèse a séduit certains de nos contemporains par son tour et son verbe apparemment nouveaux qu'enjolive, croient-ils, le qualificatif de « post-méta-

34. Voir J. Habermas, « La souveraineté comme procédure. Un concept normatif d'espace public », in *Lignes*, Paris, 1989, n° VII.

35. *Faktizität und Geltung*, p. 412. La question mérite d'être posée car « même les discussions réellement menées à bien se déroulent dans des limitations sociales et spatio-temporelles qui n'autorisent qu'une satisfaction approximative des présuppositions de l'argumentation en général », *De l'éthique de la discussion*, Cerf, 1992, p. 61.

36. *Théorie de l'agir communicationnel*, tome I, p. 396.

37. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 279.

physique ». De surcroît, la ferveur avec laquelle le dernier représentant de l'École de Francfort la déploie au fil de son œuvre a pu paraître, dans le contexte intellectuel brouillé du dernier quart de notre siècle, attachante et salvatrice.

Pourtant, malgré la séduction que secrète le paradigme communicationnel du droit, il suscite, au tribunal critique même où il s'est implanté, de sérieuses réserves.

LE PARADIGME COMMUNICATIONNEL AU TRIBUNAL DE LA CRITIQUE

Nul ne contestera l'intérêt que, devant la crise contemporaine du droit, revêt l'entreprise qui consiste en une refondation des normes juridiques. Davantage : faire un usage critique de la raison afin de chasser les illusions dogmatiques est, sans nul doute, à l'heure du malaise intellectuel que traversent les systèmes juridiques, un dessein salutaire qui n'est pas sans rappeler, *mutatis mutandis*, le tournant kantien de la philosophie. Aussi bien, lorsque Jürgen Habermas installe sa démarche dans un cadre processuel et procédural, on peut lui savoir gré de vouloir respecter la juridicité du droit qu'il entend ne pas altérer par des considérations méta-juridiques de transcendance ou de morale. La postulation sur laquelle il fait reposer la mutation principielle du droit est nette : le droit étant auto-nome et tel que, seul, le droit produit du droit, c'est dans le droit lui-même que résident ses assises fondatrices. Selon Habermas, communication et argumentation appartiennent à la texture propre du droit.

Seulement, l'examen critique du nouveau paradigme donné comme l'idée régulatrice dont a besoin le droit des sociétés contemporaines conduit à se demander si la théorie communicationnelle n'édifie pas, dans la philosophie du droit, le chantier d'un gigantesque malentendu.

De ce malentendu, quelques signes sont intellectuellement fort inquiétants. Je n'en retiendrai que trois, mais ils ouvrent de menaçantes lézardes dans la reconstruction de l'univers juridique.

Le paradigme communicationnel se dégage d'un surprenant mélange des genres.

Nous pourrions ici mettre en question le refus qu'oppose Habermas à l'humanisme rationnel moderne au point de faire de ce rejet la postulation constante sur laquelle repose le renouvellement paradigmatique du droit qu'il préconise. En vérité, cela dépasserait le cadre de cette conférence puisqu'en une telle discussion, Nietzsche, Heidegger ou Arendt seraient convoqués, qui ne sont pas des philosophes du droit.

Tenons-nous en au domaine juridique.

Or, dans cette perspective, il est frappant que, dans son livre, présenté comme un ouvrage de philosophie du droit destiné à préciser le paradigme nouveau du droit présent, Habermas ne confère à son propos, en raison de ses indéisions méthodologiques, qu'un statut épistémologique extrêmement faible.

S'il est clair en ce livre qu'une démarche critique, voire criticiste, a été le point de départ du procès intenté au droit rationnel moderne, les chemins de la réflexion philosophique sur le droit y sont le plus souvent abandonnés pour ceux de la théorie politique et, surtout, de la sociologie politique. Le paradigme communicationnel se dessine dans un étonnant mélange des genres où le glissement méthodologique et épistémologique est fâcheux : non seulement les règles opératoires de la démarche entreprise ne sont pas fixées, mais la thèse avancée est d'une scientificité douteuse.

Cette indécision épistémologique conduit d'abord Habermas à verser dans une polémique permanente. Que les conceptions du droit de Weber et de Parsons en soient à l'horizon n'a certes rien d'étonnant chez un sociologue. En revanche, on ne peut se défendre de quelque surprise en lisant par exemple que la « politique délibérative » et la discussion argumentative impliquent la critique des thèses de Werner Becker, de Norberto Bobbio, de Josuah Cohen ou de Robert Dahl³⁸; que la notion d'espace public politique est déclarée incomprise dans le tournant autopoïétique théorisé par Helmut Willke ; que l'idée de communication n'a pas été élucidée par B. Peters ; que A. Arato n'a pas poussé assez loin l'étude de la société civile³⁹, etc. Ces accents polémiques sont troublants. Remarquons d'ailleurs au passage que la philosophie du droit française ne semble pas exister – seul, au détour d'une page⁴⁰, Alain Touraine mérite que son nom soit cité – et que, chose curieuse, la doctrine des Duguit, Hauriou, Gény, Ripert..., en laquelle, pourtant, l'interrogation sur les métamorphoses et les fondements du droit occupe une large place, n'a droit à aucune mention.

Mais il y a plus grave. La polémique est si large qu'elle favorise ensuite le glissement du propos de la théorie du droit à la sociologie politique. Le paradigme communicationnel est, déclare l'auteur, explicitement appelé par le

38. *Ibid.*, p. 314 sq ; p. 328 sq ; p. 330 sq ; p. 340 sq.

39. *Ibid.*, p. 369 sq ; p. 382 sq ; p. 395 sq.

40. *Ibid.*, p. 397.

point de vue de la théorie sociale⁴¹ qui souligne la tension externe existant entre « la factualité sociale des processus politiques » et « la conception normative que l'État de droit a de lui-même ». Or, ce point de vue méthodologique implique une contradiction de fond. Comment est-il possible, tout ensemble, d'insister sur l'autonomie principielle du droit qui fait que ses critères appartiennent à l'intériorité de son ordre, et de chercher dans une théorie sociale, c'est-à-dire extérieurement au droit, les critères de sa validité ? La contradiction est d'autant plus embarrassante que, dans la thèse soutenue, le concept du droit est réduit à l'organisation de l'État de droit et que, pourtant, les critères de son institution et de son dispositif, loin d'être envisagés – ce que voudrait la cohérence logique – du point de vue de l'État, sont abordés uniquement dans la perspective de la sociologie politique qui met en évidence, est-il dit, le « concept procédural du processus démocratique ». N'est-ce pas admettre que la fondation démocratique des normes juridiques emporte la théorie du droit hors du droit ?

Ainsi, le mélange des genres – juridique, politique et sociologique, à quoi s'ajoutent parfois des considérations psychologiques et psychanalytiques –, plutôt que d'éclairer la fondation du droit, l'entoure d'opacité de sorte que l'explication ou bien est répétitive ou bien tourne court. Admettrions-nous que la sociologie politique attire l'attention d'une part sur « la réalité des sociétés hautement complexes »⁴² et, d'autre part, sur « l'idée d'une auto-organisation des sujets de droit librement associés », elle ne saurait expliquer ni ce que sont ces « sujets de droit » ni quel est le statut de leur libre association. La sociologie politique demeure à l'extérieur du droit ; surimposée à la philosophie du droit, elle laisse la pensée en suspens.

Le thème de l'action communicationnelle comme nouveau paradigme du droit est grevé d'une équivoque pesante.

On peut assurément accorder à Habermas que la production délibérative des normes de droit répond à un mouvement émancipatoire dans la mesure où la communication fait pièce à la domination. Il n'est pas incongru non plus de considérer que, dans la société, les interactions et l'inter-compréhension sont le moyen d'échapper aussi bien à l'utopie idéaliste qu'à un certain dogmatisme rationnel. – Néanmoins, il semble que la théorie de « l'agir communicationnel » simplifie beaucoup l'histoire des idées en réduisant la raison moderne à ses

41. *Ibid.*, p. 312.

42. *Ibid.*, p. 312.

élans d'idéalisme axiologique et à son pouvoir technico-instrumental. Nous n'entendons pas ici examiner le procès généralisé instruit contre la modernité. Demeurons une fois encore sur le terrain de la philosophie du droit.

Remarquons d'abord que, hormis sa tournure langagière, l'idée de l'activité communicationnelle n'est pas aussi nouvelle qu'on veut le faire croire. Dans la *Critique de la faculté de juger* (§ 83) et dans la *Doctrine du droit*, Kant n'ignorait ni l'intersubjectivité ni le commerce et les échanges dont la coexistence humaine est le lieu. Dans des registres philosophiques différents, Fichte et Husserl puis Merleau-Ponty ont insisté sur l'impossible solitude du sujet : la vie de société, jusque dans les règles de droit qui la régissent, est faite d'un tissu de rencontres et de relations plus profondes et plus efficaces que les libertés des individus.

Reconnaissons toutefois, en ce qui concerne la fondation des normes juridiques, l'originalité du paradigme communicationnel. Elle tient en trois traits : il fournit une infra-structure linguistique au droit ; il enracine la validité des normes dans une démarche argumentative ; la discussion délibérative est destinée à établir un lien constitutif entre politique et droit. – Mais cette triple originalité repose en fait sur une triple ambiguïté.

En premier lieu, la reconstruction du droit étant tributaire du langage, c'est-à-dire du « tissu de discussions où se forment à la fois des opinions et des décisions »⁴³, on ne sait plus très bien, dans la nouvelle compréhension du droit – et Habermas lui-même hésite – ce qui est moyen et ce qui est fin : tantôt les « actes de parole » sont présentés comme « le médium universel en quoi s'incarne la raison »⁴⁴, ce qui rend possibles le sens et la cohésion d'une société juridiquement organisée ; tantôt c'est le droit – le droit positif – qui est présenté comme le « médium » entre factualité et validité dont la société a besoin. On ne sait donc pas très bien si « les conditions de l'intégration sociale » résident dans le langage ou dans le droit, qu'il semble tout de même difficile d'assimiler l'un à l'autre dans les divers ordres sociaux. La grille conceptuelle du « tournant linguistique » n'étant pas suffisamment affinée pour rendre compte, dans le monde vécu, des exigences spécifiques de la régulation juridique, on ne comprend pas ce qui, dans le langage, est productif de la normativité du droit.

En second lieu, le point fort de la théorie communicationnelle consiste à enraciner dans une démarche argumentative la validité des normes appelées à

43. *Ibid.*, p. 19.

44. *Ibid.*, p. 22.

réguler le monde factuel. La démarche procédurale de la discussion pratique effacerait le paradigme épuisé de la raison pratique estimée despotique ; le droit échapperait au rationalisme volontariste et dogmatique qu'expriment les décisions de l'État ; les normes trouveraient leur validation critique dans le processus argumentatif de la discussion délibérative. – Mais, en l'occurrence, on ne sait jamais en quoi consiste cette procédure de la discussion à quoi il est sans cesse fait appel ; on ne sait pas si elle obéit, comme cela semble devoir être quand il est question de procédure, à des règles, ni quelles elles sont. En ce point, les questions se précipitent en cascade. Est-ce que l'éthique de la discussion pratique laisse place, de manière conjoncturelle et contingente, à la consultation, à l'exposé des motifs et des conseils, à un commerce ou à un échange d'idées, à la négociation, au débat, à la transaction, à des compromis... ? Comment et par qui sont conduites les phases successives de la discussion ? A quels critères obéit la performance argumentative qui semble être le nerf de la discussion ? Ne faut-il pas, par la réflexion, sélectionner et contrôler les présuppositions et les enjeux de la discussion ? Or, il semble bien que l'on ne résolve pas ces questions délicates de la rhétorique argumentative en s'en remettant simplement, comme le dit Habermas, à des inspirations « stratégiques ». En effet, lorsqu'il s'agit de « compétence communicationnelle »⁴⁵, à partir de quels critères en peut-on juger ? Qui possède la compétence pour juger de cette compétence ? Faudrait-il admettre une totale liberté de la communication langagière ? Faudrait-il supposer que discussion et communication sont réservées aux « acteurs visibles » que sont les hommes politiques ou les journalistes des grands média⁴⁶ ? En un mot, la communication est-elle, à la différence de la vieille rhétorique, sans ordre et sans contrainte ? N'est-il pas troublant que, dans le canevas communicationnel sur lequel l'opinion publique est censée se fixer, demeurent tant d'indécisions ? Il est donc à redouter que la « stratégie » intellectuelle du projet ne repose sur de pesantes incertitudes. Habermas lui-même reconnaît que ce projet a « des contours assez flous »⁴⁷. L'aveu est de taille !

A tout le moins est-il déconcertant que la procéduralisation de la communication soit étrangère aux modalités, règles et formalités d'organisation, de compétence, d'exécution... que réclame, *stricto sensu*, une procédure, laquelle, dans le domaine juridique, ne se conçoit que juridiquement institutionnalisée. Aristote, et les sophistes eux-mêmes, avaient jadis un sens plus subtil de l'argumentation rhétorique...

45. L'expression est empruntée à Paul Ricoeur, *L'idéologie et l'utopie*, Seuil, 1997, p. 330.

46. Jean-Marc Ferry, *Philosophie de la communication*, Cerf, p. 32.

47. *Faktizität une Geltung*, traduction citée, p. 437.

En troisième lieu, la communication serait, d'après Habermas, « le lien constitutif entre politique et droit » : tel serait, dans le contexte « post-métaphysique », le résultat de la « justification autocritique »⁴⁸ nécessaire pour la compréhension de l'ordre juridique du monde actuel. Cette idée renvoie, selon la logique de la thèse, au dépassement des conceptions modernes du droit privé, établi sur le principe de l'autonomie de la volonté, et implique le rejet du modèle de l'État-Providence issu, au nom de la protection sociale, « de la critique réformiste du droit civil formel ». Le monde présent perçoit en effet autrement les processus sociaux. – L'idée semble recevable. Cependant, à regarder les choses de plus près, c'est en ce point que les plans se brouillent et que la pensée s'enferme dans un cercle où la logomachie est chez elle.

Que le paradigme procédural du droit ne prenne sens que dans « l'État de droit démocratique », ainsi que le répètent inlassablement Habermas et ceux qui lui emboîtent le pas, requiert, déclarent-ils, « la légitimation démocratique du législateur »⁴⁹. En apparence, cela est clair – à cela près néanmoins que l'idée de démocratie, invoquée d'abondance, ne donne lieu à aucune analyse conceptuelle. De surcroît, le thème ainsi proposé est logiquement vicieux puisque, tandis que le droit « conçu démocratiquement » dépend de la politique, il prescrit en même temps à la politique les conditions dans lesquelles elle façonnera les normes juridiques et les appliquera.

Certes, il serait pertinent de renoncer, dans les sociétés complexes d'aujourd'hui où les tâches sont quantitativement accrues et qualitativement nouvelles⁵⁰, à une conception simplement fonctionnaliste, donc instrumentale, technocratique et administrativiste, du droit. Cependant, Habermas a beau ressasser que le droit régulateur et procédural établi sur la base de la communication démocratique se déroulant dans l'opinion de la société civile, est le « médium » qui effectue « une autre institutionnalisation du principe de la séparation des pouvoirs »⁵¹, ce « nouveau paradigme » conduit à un dilemme : appartient-il à « l'État de droit démocratique » de façonner la société⁵² ou l'État et les régulations normatives qu'il produit naissent-ils dans la société du processus démocratique ?

Ajoutons que le « métaniveau »⁵³ auquel, selon l'auteur, le législateur parlementaire doit désormais se placer lorsqu'il obéit au paradigme nouveau du

48. *Ibid.*, p. 420.

49. *Ibid.*, p. 456.

50. *Ibid.*, p. 459.

51. *Ibid.*, p. 467.

52. *Ibid.*, p. 461.

53. *Ibid.*, p. 468.

droit n'apporte que la fausse clarté diffusée par l'utopie verbeuse de la démocratisation de l'administration : « Il faudrait, écrit Habermas, que soit institutionnalisé un espace public juridique dépassant la culture existante des experts et suffisamment sensibilisé pour soumettre au débat public les décisions de principe qui posent des problèmes »⁵⁴. Avouons que, même si une telle formulation, animée sans aucun doute par le souci de veiller au « respect des conditions de la genèse du droit légitime » conduit « au cœur du paradigme procéduraliste du droit »⁵⁵, le réalisme auquel il est pourtant si souvent fait appel s'avère ici pris cruellement en défaut !

La raison en est, nous semble-t-il, par delà la frénésie logomachique d'un discours qui piétine en se répétant, la confusion ou, du moins, l'entremêlement constant du droit et des droits que, devant la société pluraliste et insatiable d'aujourd'hui, commet la théorie de la discussion démocratique appliquée à l'univers juridique.

En un dernier point de notre examen critique, examinons cet entremêlement insolite.

La confusion du droit et des droits emplit de pénombre la théorie de ce qu'Habermas dénomme « l'État de droit démocratique ».

Non seulement l'idée démocratique omniprésente dans la théorie délibérative s'entoure des brumes conceptuelles de « l'espace public politique » et même de « l'opinion publique », mais, sous le couvert des « flux communicationnels » constamment invoqués, elle favorise la confusion fâcheuse du droit et des droits.

Distinguons ces deux points.

En premier lieu, revenons à la genèse démocratique du droit.

Le droit trouverait son principe, selon une expression d'Ingeborg Mauss que cite Habermas, dans la « combinaison conséquente entre une souveraineté du peuple juridiquement institutionnalisée et une souveraineté du peuple non institutionnalisée »⁵⁶. Si tant est que l'expression « souveraineté du peuple non institutionnalisée » ait un sens, celui-ci ne peut être que très flou ; il est en outre chargé de l'équivocité dont s'entourent des paramètres multiples comme « la

54. *Ibid.*, p. 469.

55. *Ibid.*, p. 471.

56. *Ibid.*, p. 471.

préservation d'espaces publics autonomes, l'extension de la participation des citoyens, la domestication du pouvoir des média et la fonction médiatrice des partis politiques non étatisés » ; à quoi s'ajoutent des procédés plébiscitaires (référendum, initiative populaire...), des éléments visant à introduire des procédures de démocratie directe par exemple pour le choix des candidats, ou à ancrer constitutionnellement le pouvoir des média... Habermas répète avec obstination que ces paramètres sont « aptes à assurer le niveau de discussion propre à la formation de l'opinion publique, sans porter atteinte à la liberté communicationnelle d'un public appelé à prendre position »⁵⁷. Mais ne sont-ils pas, et ne doivent-ils pas être, institutionnalisés ? C'est d'ailleurs, semble-t-il, ce qu'Habermas admet assez contradictoirement dans la Postface de son ouvrage : « C'est, écrit-il, dans la mesure où le principe de discussion prend une forme juridique qu'il se transforme en principe de démocratie »⁵⁸. John Rawls n'a certainement pas tort lorsque, dans un récent débat avec Habermas, il émet des doutes sur la légitimité procédurale qui s'inscrirait en ce contexte⁵⁹.

Mais surtout – J. Rawls le signale également⁶⁰ –, l'idée démocratique trouve peu de clarté dans la définition purement verbale du paradigme procédural du droit. Jugeons-en plutôt : « l'espace public politique n'est pas simplement conçu comme le vestibule des parlements, mais comme une périphérie qui donne des impulsions et qui enserme le centre politique »⁶¹. La « traduction » que donne Habermas lui-même de ce galimatias métaphorique n'est guère plus convaincante. Il poursuit en effet : « les diverses formes de l'opinion publique se convertissent en pouvoir communicationnel exerçant à la fois un effet d'autorisation sur le législateur et un effet de légitimation sur l'administration régulatrice, tandis que la critique du droit mise en œuvre par le public impose des obligations de justification plus rigoureuses à une justice engagée dans le développement du droit »⁶². Cette explicitation ne serait éclairante que si les problèmes les plus problématiques du droit politique – autorisation, légitimation, régulation, justice... – étaient non point seulement rencontrés mais méthodiquement scrutés et étudiés en leurs diverses composantes. Quant à l'argument selon lequel leur clarification conceptuelle échappe à la pensée post-métaphysique, il est, du point de vue du philosophe, difficilement recevable : si des concepts comme ceux de « processus démocratique de discussion », ou de

57. *Ibid.*, p. 471.

58. *Ibid.*, Postface, p. 485.

59. John Rawls — Jürgen Habermas, *Débat sur la justice politique*, textes de 1995 et 1996, traduction française, Cerf, 1997, p. 134.

60. *Ibid.*, p. 136-137.

61. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 471.

62. *Ibid.*, p. 472.

« paradigme procéduraliste du droit » sont fondamentalement signifiants, ils doivent s'assortir de la définition claire et précise de la démocratie et du droit. On les cherche vainement

En second lieu, plutôt que l'effort pour définir rigoureusement ce dont on parle, s'opère chez Habermas le glissement insolite de la pensée du concept du droit vers la catégorie des droits.

Le droit, classiquement entendu, se présente comme un corpus de normes positives porteuses d'un pouvoir de contrainte et de sanction. Quant à lui, le nouveau paradigme du droit s'oppose par son caractère procédural, nous l'avons vu, à cette conception classique, condamnée, des points de vue juridique, social, politique, voire moral et philosophique, au motif que, seul, « le processus démocratique porte la charge de la légitimation < du droit > »⁶³. Cela signifie que, dans la théorie communicationnelle, un lien interne unit État de droit et démocratie et que, par conséquent, les droits subjectifs résultent de l'usage public des « libertés communicationnelles garanties par le droit »⁶⁴.

Nul ne saurait mettre en question le fait que, du point de vue juridique (et non moral), la reconnaissance des droits subjectifs passe par leur positivisation au moyen des règles du droit positif : l'idée d'une liberté primordiale de la conscience n'est assurément pas niée par la doctrine, mais elle est métaphysique ou morale et, comme telle, elle n'a pas de place dans le corpus juridique. Or, dans la politique délibérative conçue par Habermas, sur la base de « l'éthique de la discussion », comme remède aux impasses pathologiques du libéralisme individualiste aussi bien que du collectivisme étatiste, le droit dit démocratique se réduit en définitive à l'exercice des droits subjectifs (droits de l'homme et libertés individuelles). L'erreur est lourde. Aux yeux du juriste, ce réductionnisme est énigmatique car les droits de l'homme ne sont pas le tout du droit. Aux yeux du politologue, la multiplication des droits de l'homme dans le corpus juridique risque d'engendrer, à plus ou moins brève échéance, la tyrannie de l'opinion, des média et des groupes de pression. Aux yeux du philosophe, la présupposition réciproque du droit et des droits est d'autant plus étonnante que le « contre-discours de la modernité » tenu par Habermas condamne celle-ci précisément parce qu'elle a exploité le paradigme du sujet et versé dans les apories de la philosophie de la conscience.

63. *Ibid.*, p. 480.

64. *Ibid.*, p. 493.

Aussi bien, outre la lecture éminemment contestable, (probablement héritée de Heidegger) que fait Habermas de la philosophie moderne comme « métaphysique de la subjectivité » justifiant l'inflation des droits de l'homme, sa thèse falsifie l'idée même du droit. Elle la falsifie même doublement. D'une part, le droit, au fil de son histoire – celle-ci fût-elle réduite aux temps modernes – ne s'est jamais enfermé dans la sphère des consciences individuelles ; destiné, dans tous les secteurs de la société, à régir les rapports de coexistence, il s'est toujours inscrit dans la communauté reconnue – la doctrine du droit de Kant l'a montré de manière exemplaire⁶⁵ – comme inter-subjectivité. D'autre part, l'institution juridique ne se ramène pas à l'énoncé des règles qui satisfont aux requêtes et aux aspirations de l'opinion publique en laquelle la discussion ferait de chaque citoyen le co-législateur et le destinataire du droit. Non seulement la démocratie fait, sur le plan pratique, des promesses qu'elle ne peut pas toujours tenir, mais, philosophiquement, la légitimité de la législation ne peut résulter des seules considérations empirico-pragmatiques du processus communicationnel⁶⁶.

Il y a dans le droit une dimension éternitaire qui, pour n'être pas transcendante comme jadis on l'a cru, est l'exigence transcendantale en tant que « condition de possibilité d'un certain type d'expérience »⁶⁷, et, en l'occurrence, comme condition de l'intelligibilité des institutions juridiques et de leur fonctionnement. La sociologisation (ou l'historicisation) de ce requisit est un contresens philosophique : elle vide de leur signification les caractères de justice, de licéité et d'obligatorité qui demeurent, quoi qu'on fasse, essentiels au droit. Sauf à défendre un positivisme radical dont il n'y a pas d'exemple, il n'est pas possible, pour penser la juridicité du droit, de faire l'économie du « purisme de la raison » que Jürgen Habermas condamne avec tant de dédain⁶⁸. Une exigence rationnelle, transcendantale et pure, demeure l'horizon de sens et de valeur qui rend possible la pensée du droit⁶⁹.

On ne saurait fermer les yeux devant la crise endémique qui rôde aujourd'hui dans l'univers juridique. Et l'idée de renouveler les paradigmes du droit semble d'autant plus intéressante que déjà Portalis, en préparant les grands

65. Nous renvoyons sur ce point à notre ouvrage, *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996.

66. « La légitimité de la législation s'explique, écrit Habermas, en vertu d'une procédure démocratique qui garantit l'autonomie politique des citoyens », *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 46.

67. P. Ricoeur, *op. cit.*, p. 308.

68. *Le discours philosophique de la modernité* (1985), traduction française, Gallimard, 1988, p. 356.

69. Sur ce thème de la fondation transcendantale du droit, nous renvoyons à nos articles dans *Droits*, n° 4 et n° 11, et à notre ouvrage *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992.

codes napoléoniens, reconnaissait au droit, à côté de sa dimension éternitaire, une dimension historico-évolutive. Sans verser dans l'historisme, il faut savoir demander au droit de répondre aux situations que fait naître le mouvement du temps dans les sociétés humaines. Dans le droit privé comme dans le droit public, il faut accepter la nécessaire mouvance de l'objet et du contenu des normes juridiques : la désuétude de certaines règles, l'abrogation de certaines lois, l'édiction de nouvelles mesures en matière de scolarité, de circulation ou d'agriculture, l'apparition d'un droit nouveau en matière d'exploration des espaces sidéraux... suffisent à le montrer. Cependant, l'adaptation du droit à la factualité, lors même qu'elle rompt par son pragmatisme avec la généralisation rationaliste du droit moderne, risque fort, en cédant aux contestations et aux revendications de tous genres, de ne pas être un progrès pour l'univers juridique, mais d'en provoquer l'effritement au lieu de résoudre la crise qu'il traverse.

L'exemple de la théorie de Jürgen Habermas sur lequel nous nous sommes arrêtée parce que les idées de communication et de discussion délibérative comme paradigmes de l'État de droit démocratique ont les faveurs d'une vogue, nous paraît à cet égard, nonobstant sa prétention philosophique, tout à fait significatif. Il est certain que, des points de vue économique et politique, les sociétés présentes ne sont plus celles du temps des Lumières où les triomphes de la raison, sous le couvert d'un humanisme abstrait, étaient aussi ceux de l'individualisme et du libéralisme. Toutefois, il est imprudent de clamer, dans le XXe siècle finissant, l'épuisement du paradigme du sujet et de la conscience, et de vouloir repousser, avec la prétendue fondation monologale du droit, les effets instrumentaires de son logocentrisme. C'est, d'une part, une erreur de réduire sans nuances la modernité juridique à l'expression d'un individualisme calculateur. C'est, d'autre part, une grande témérité de proclamer, dans la post-modernité, les gloires d'une post-métaphysique qui, fondée sur la théorie intersubjective des actes de parole, fournirait au droit le nouveau paradigme de la communication : n'y a-t-il pas une grande part d'illusion à croire que la raison communicationnelle est « conciliatrice »⁷⁰ et que, de surcroît, elle tient dans les sociétés d'aujourd'hui la place médiatrice que le marxisme accordait à la *praxis* ? Compte tenu de la conflictualité inhérente à la nature humaine, de la pluralité discordante des cultures et de l'échec du marxisme occidental, comment ne pas admettre qu'un lourd soupçon plane sur le paradigme communicationnel ? Trop d'indécisions logent en lui pour que « les

70. *Faktizität und Geltung*, traduction citée, p. 362 et p. 372.

formes de vie concrètes » sur lesquels il est censé s'appuyer puissent, comme le soutient Habermas, « remplacer la conscience transcendantale unificatrice »⁷¹. Loin d'être menacée d'auto-destruction, cette conscience transcendantale fournit – nous l'avons montré ailleurs (et ce serait le thème d'une autre conférence) – les conditions de possibilité et de validité de l'architecture et de la normativité de l'ordre juridique.

Simone GOYARD-FABRE

71. *Ibid.*, p. 386.