

Droit et Démocratie Entre faits et normes

par Jürgen Habermas

Je n'ai aucune illusion quant aux problèmes et aux états d'esprit suscités par la situation qui est la nôtre. Mais ni les états d'esprit ni les philosophies mélancoliques qui les expriment ne justifient l'abandon défaitiste de ces contenus radicaux de l'Etat de droit démocratique dont je propose une nouvelle interprétation, adaptée aux conditions d'une société complexe. Sinon, il m'aurait fallu choisir un autre genre littéraire, celui, par exemple, du journal intime, à la manière d'un écrivain hellénistique qui se contente de consigner pour la postérité les promesses non tenues de sa civilisation en déclin.

Chapitre I Le droit, catégorie de la médiation sociale entre factualité et validité.	3
Chapitre II Conceptions sociologiques du droit et conceptions philosophiques de la justice.	16
Chapitre III. Reconstruction du droit 1. Le système des droits	34
Chapitre IV Reconstruction du droit 2. Les principes de l'Etat de droit.	62
Chapitre V Indétermination du droit et rationalité de la justice	83

Préface

Théorie de l'agir communicationnel et pluralisme méthodologique :

Ce que les concepts hégéliens permettaient jadis de tenir ensemble requiert aujourd'hui la démarche combinée d'un pluralisme méthodologique rassemblant tout à la fois, les points de vue de la théorie du droit, de la sociologie et de l'histoire du droit, et de la théorie morale et sociale. (...) Grâce à la pluralité de ses langages, une philosophie dont la compétence propre se limite à assurer la transparence des concepts fondamentaux, est en mesure de révéler les cohérences surprenantes qui existent au niveau métathéorique. C'est ainsi que les hypothèses fondamentales de la Théorie de l'agir communicationnel se ramifient pour s'ouvrir sur une diversité d'univers discursifs ; elles doivent y faire leurs preuves à l'intérieur des contextes d'argumentation existants. (p. 9-10)

Etat, anarchie et communication :

J'aimerais par ailleurs infirmer de manière performative l'objection selon laquelle la théorie de l'agir communicationnel serait aveugle quant à la réalité des institutions [Rüdiger Bubner] — ou même aurait des conséquences anarchistes [Otfried Höffe]. Certes, un noyau d'anarchie est indissociable du potentiel de libertés déchaînées qui est propre à la communication et dont les institutions de l'Etat de droit démocratique doivent se nourrir, afin de garantir efficacement une égalité des libertés subjectives. (p. 10)

Le marxisme, entre projet et projection, droit naturel et Révolution :

« En critiquant l'idéologie de l'Etat constitutionnel bourgeois, Marx a discrédité de façon si durable pour le marxisme à la fois l'idée même de la légalité et, par sa dissolution sociologique de ce qui faisait la base des droits naturels, l'intention du droit naturel comme tel, que l'union entre droit naturel et Révolution s'est dissoute. Les partisans de l'internationalisation de la guerre civile se sont partagé de façon nette et lourde de conséquence son héritage, les uns endossant l'héritage de la Révolution, et d'elle seule, les autres reprenant l'idéologie du droit naturel. » (Théorie et Pratique)

Après l'effondrement du socialisme d'Etat et après la fin de la « guerre civile mondiale », l'erreur théorique du parti est désormais manifeste ; il a en effet confondu le projet socialiste avec la projection — et avec la réalisation au moyen de la force — d'une forme de vie concrète. Mais si on comprend le « socialisme » comme la quintessence des conditions nécessaires aux formes d'une vie émancipée à propos desquelles les participants doivent eux-mêmes s'entendre, on voit que ce projet trouve lui-même son noyau normatif dans l'auto-organisation démocratique d'une communauté juridique.

D'un autre côté, le parti qui se croit victorieux ne parvient pas à se réjouir de son triomphe. A l'instant où il pourrait prendre la succession indivise de la compréhension pratico-morale que la modernité a d'elle-même, il n'a pas le courage d'aborder énergiquement, à l'échelle effrayante de la société planétaire, la tâche de domestiquer le capitalisme par l'Etat providence et par l'écologie. Il s'empresse, certes, de respecter l'autonomie systémique d'une économie régulée au moyen des marchés ; et il est à tout le moins sur ses gardes pour éviter une

extension excessive du pouvoir en tant que médium des bureaucraties étatiques. Ce qui fait cependant défaut, c'est une sensibilité non moins grande quant à la ressource véritablement menacée, celle d'une solidarité sociale certes garantie par les structures juridiques, mais qui doit constamment être régénérée. [Cf. Guillaume de Humboldt] (p. 12)

Aspirations démocratiques, contestation des institutions et démocratie radicale :

Dans les démocraties établies elles-mêmes, si les populations semblent aspirer plutôt à un accroissement qu'à une réduction de la démocratie, les institutions existantes de la liberté n'échappent plus à la contestation. Il me semble toutefois que l'inquiétude tient encore à une raison plus profonde, à savoir le soupçon que, sous le signe d'une politique intégralement sécularisée, il n'est plus guère possible d'obtenir ou de maintenir l'Etat de droit sans démocratie radicale. (p. 13)

Chapitre I

Le droit, catégorie de la médiation sociale entre factualité et validité.

L'hétérogénéité des sciences et des impératifs normatifs :

Si la philosophie de l'histoire a pu découvrir une raison dans les processus historiques, ce n'était que dans la mesure où elle l'y avait introduite elle-même à l'aide de ses propres concepts téléologiques ; or, pas plus que l'histoire, l'histoire naturelle de l'homme ne permet de dégager des impératifs de type normatif définissant une conduite de vie raisonnable. Autant que la philosophie de l'histoire, une anthropologie du type de celles de Scheler ou de Gehlen succombe à la critique des sciences qu'elle s'efforce, en vain, de mettre au service de la philosophie ; c'est que les faiblesses de l'une sont symétriques à celles de l'autre. (p. 16)

Raison pratique et « raison fondée sur la communication » :

1) [La RFC] n'est plus imputée ni à un acteur isolé ni à un macro-sujet social ou étatique. C'est bien plutôt le médium du langage, au moyen duquel se tissent les interactions et se structurent les formes de vie, qui crée la possibilité d'une raison fondée sur la communication. Cette rationalité est inhérente au telos de l'entente et forme un ensemble de conditions à la fois de possibilité et de limitation.

2) La RFC n'est pas une source de normes d'action. Elle n'a un contenu informatif que dans la mesure où le sujet de l'activité communicationnelle est obligé d'accepter certaines présuppositions pragmatiques du type contrefactuel. (...) Ce faisant, le sujet de l'activité communicationnelle est soumis au « devoir » d'une contrainte transcendante faible, mais ne rencontre pas de ce fait le « devoir »

prescriptif d'une règle d'action, que celui-ci puisse être interprété, dans un sens déontologique, à partir de la validité prescriptive d'un commandement moral, dans un sens axiologique, à partir d'une constellation de valeurs privilégiées, ou, dans un sens empirique, à partir de l'efficacité d'une règle technique. C'est un faisceau d'idéalisations inévitables qui constitue la base contrefactuelle d'une pratique factuelle de l'entente, capable de critiquer ses propres résultats et donc de se transcender elle-même. La tension entre idée et réalité fait ainsi irruption dans la factualité même des formes de vie structurées par le langage. Par ses présuppositions idéalisantes, la pratique quotidienne de la communication se soumet à des exigences excessives ; mais c'est uniquement à la lumière de cette transcendance immanente que des processus d'apprentissage peuvent s'effectuer.

3) La RFC permet donc de partir des prétentions à la validité, mais n'offre elle-même aucune orientation concrète pour résoudre les tâches pratiques ; elle n'est ni informative ni immédiatement pratique. D'une part, elle s'étend sur tout l'éventail des prétentions à la validité, celles de la vérité propositionnelle, de la sincérité subjective et de la justesse normative, et déborde de ce fait le cadre des questions pratico-morales. De l'autre elle n'a trait qu'à des intellections, autrement dit à des énonciations critiquables qui sont en principe accessibles à une clarification argumentée, restant ainsi en deçà d'une raison pratique qui viserait à motiver et à diriger la volonté. La normativité, au sens d'une orientation de l'action ayant force d'obligation, ne coïncide pas avec la totalité de la rationalité qui est inhérente à l'activité menée en vue d'une entente.

Lorsque je continue à inscrire le concept d'une RFC dans le contexte d'une théorie reconstructive de la société, il faut se souvenir de ces distinctions. En effet, dans un tel contexte modifié, la conception traditionnelle de la raison pratique acquiert elle aussi un statut différent, pour ainsi dire heuristique. Elle n'a plus pour fonction de préluder immédiatement à une théorie normative du droit et de la morale. Elle offre bien plutôt un fil conducteur pour reconstruire le tissu de discussions où se forment à la fois des opinions et des décisions, fondement du pouvoir démocratique exercé dans un cadre juridique. De ce point de vue, les formes de communication propres à l'Etat de droit, qui président aussi bien à la formation de la volonté politique qu'à la législation et à la pratique de décision judiciaire, s'inscrivent dans le processus plus vaste d'une rationalisation des mondes vécus dans les sociétés modernes, soumis à la pression d'impératifs systémiques. Une telle reconstruction nous fournirait par ailleurs un étalon critique permettant d'apprécier les pratiques d'une réalité constitutionnelle peu transparente. (p. 19)

Les présupposés de la communication :

Quiconque se sert d'une langue naturelle afin de s'entendre avec un destinataire à propos de quelque chose qui existe dans le monde se voit contraint d'adopter une attitude performative et d'accepter un certain nombre de présuppositions. Il lui faut, entre autres, partir de l'idée que les participants poursuivent leurs fins illocutoires sans réserves, qu'ils soumettent leurs accords à la reconnaissance intersubjective de prétentions à la validité critiquables, et se montrent disposés à assumer les obligations significatives pour la suite des interactions qui résultent d'un consensus. Ce qui est ainsi partie intégrante de la base de validité du discours se transmet aussi aux formes de vie reproduites au moyen de l'activité

communicationnelle. La rationalité de la communication s'exprime par un ensemble décentré de conditions qui, tout à la fois, ouvrent des possibilités transcendantales, constituent des structures et exercent une force imprégnante, mais il ne s'agit pas d'une faculté subjective qui prescrirait aux acteurs ce qu'ils doivent faire. (...)

Le sujet de l'activité communicationnelle doit (...) procéder à des idéalizations, comme celle d'attribuer à certaines expressions des significations identiques, d'élever pour certaines énonciations une prétention à la validité qui dépasse leur contexte, d'accorder aux destinataires un statut de sujets responsables, autrement dit d'admettre qu'ils sont autonomes et sincères à l'égard d'eux-mêmes et d'autrui. (p. 18)

Le tournant linguistique :

(1) [Peirce, Frege, Husserl, Moore, Russell] refusent de faire de la psychologie empirique la science sur laquelle devaient se fonder la logique, les mathématiques et la grammaire. « Nous ne sommes pas porteurs de nos pensées comme nous sommes porteurs de nos représentations » (Frege, ELP) :

_ Les représentations doivent être attribuées à un sujet identifiable dans l'espace et dans le temps ; les pensées dépassent les limites de la conscience individuelle et conservent un contenu strictement identique, même si elles sont appréhendées par différents sujets, en des lieux et moments différents.

_ Seuls les objets sont donnés dans une représentation ; les états de choses ou les faits sont appréhendés au moyen de pensées.

_ La pensée n'est pas une simple conscience représentative.

_ Il n'est plus possible de situer immédiatement les pensées et les faits dans le monde des objets représentables ; nous n'y avons accès que dans la mesure où ce sont des états de choses représentés et donc exprimés dans des propositions

(2) C'est la structure des propositions qui nous permet de saisir celle des pensées ; quant aux propositions, elles sont les composantes élémentaires, susceptibles de vérité, d'une langue grammaticale. Lorsque nous cherchons à expliquer le statut singulier par lequel les pensées se distinguent des représentations, nous sommes donc conduits au médium du langage.

_ On peut décrire le fait que les pensées débordent les limites d'une conscience individuelle empirique et le fait que le contenu de la pensée est indépendant du flux des expériences vécues d'un individu, en disant que les expressions linguistiques ont des significations identiques pour différents utilisateurs.

_ Les membres d'une communauté linguistique sont en pratique obligés de partir de l'idée que le locuteur et l'auditeur sont capables de comprendre une expression grammaticale de façon identique.

_ Dès le niveau du substrat sémiotique des significations, il doit être possible d'identifier le caractère sémiotique comme un seul et même signe au sein de la diversité des événements sémiotiques correspondants.

Il en va de même pour le concept ou la signification et pour les formes de manifestation de son expression :

_ Ce par quoi une pensée présentée comme universelle identique à soi et publiquement accessible, transcendante par rapport à la conscience individuelle, se distingue des représentations chaque fois particulières, épisodiques, auxquelles on n'a qu'un accès privé et qui sont immanentes à la conscience, c'est l'idéalité fondée sur les signes du langage et sur les règles grammaticales.

_ Ces règles confèrent aux événements linguistiques leur forme déterminée, constante à travers toutes leurs variations, et reconnaissable à la fois du point de vue phonétique, syntaxique et sémantique.

(3) L'idéalité de l'universalité propre au concept et à la pensée est liée à une idéalité d'un type tout à fait différent. Toute pensée complète trouve son contenu déterminé dans un état de choses susceptible d'être exprimé par une proposition énonciative. Mais en dehors de sa teneur énonciative ou de son contenu, toute pensée requiert une détermination supplémentaire ; il s'agit de savoir si elle est vraie ou fausse. [Cf. la doctrine des trois mondes du « platonisme sémantique » (Frege, Husserl, Popper)]

(4) A la différence de l'idéalité de l'universalité sémantique, l'idéalité de la valeur de vérité ne s'explique pas par de simples invariances grammaticales et donc par la structure des règles du langage en général. Deux options :

_ Dans la mesure où, depuis Frege, la sémantique formelle opère avec un concept sémantique de langage qui fait abstraction de tous les aspects de son utilisation abandonnée à l'analyse empirique [il n'est pas sûr que cette critique soit valable pour Russell], cette dernière est à son tour incapable d'élucider à son tour le sens de la vérité dans le cadre de la communication linguistique. Elle recourt plutôt à la relation ontologique entre langage et monde, proposition et fait, pensée et force intellectuelle (en tant que capacité subjective à appréhender et apprécier des pensées).

_ Ch. S. Peirce a, au contraire, développé le tournant linguistique de façon conséquente, en tenant compte de l'utilisation du langage dans le cadre même de l'analyse formelle. Peirce explicite la vérité dans le sens d'une acceptabilité rationnelle, c'est-à-dire de la réalisation d'une prétention à la validité critiquable dans les conditions de communication d'un auditoire idéalement élargi dans l'espace social et dans le temps historique, et composé d'interprètes capables de jugement.

(5) Grâce à cette explicitation de l'idée de vérité par la pragmatique du langage, nous touchons un rapport entre factualité et validité qui, s'il est constitutif de la pratique de l'entente elle-même, est de ce point de vue significatif pour la réalité sociale (dont fait également partie la « communauté des chercheurs » invoquée par Peirce) ; or cette réalité se situe à un niveau plus élevé que celui qu'objectivent l'activité instrumentale ou la pratique des sciences.

_ Selon Peirce, c'est dans le monde que sont réalisables toutes les conditions dont on doit supposer une réalisation suffisante pour satisfaire l'exigence inconditionnée des prétentions à la validité transcendantales. Est considéré comme « suffisant » un degré de réalisation qui qualifie la pratique de l'argumentation chaque fois établie parmi nous comme une composante, localisée dans l'espace et dans le temps, de la discussion universelle supposée inévitable, menée dans le cadre d'une communauté d'interprétation illimitée. Une telle projection situe la tension entre factualité et validité au niveau des présuppositions de la communication que, même si elles n'ont qu'un contenu idéal et qui n'est réalisable que de façon approximative, tous les participants doivent en fait admettre si tant est qu'ils souhaitent affirmer ou contester la validité d'un énoncé et entrer dans une argumentation pour justifier cette prétention à la validité.

_ Peirce pense ici à la pratique argumentative d'une république de savants. Mais ce qui vaut pour l'entente d'une communauté de chercheurs vaut également, à peu de choses près, pour la communication de tous les jours ; mais alors, toutes

les fonctions du langage et tous les rapports au monde entrent en jeu, si bien que l'éventail des prétentions à la validité s'élargit au-delà des seules prétentions à la vérité. Pour situer cet éventail des modes de validité dans le monde vécu, il faut par conséquent généraliser la conception peircienne de la communauté de communication illimitée, au-delà de la recherche coopérative de la vérité menée par les hommes de science. (p. 31)

Le langage comme fondement de l'intégration sociale :

Toute interaction sociale réalisée sans recours manifeste à la force peut s'entendre comme une solution du problème de savoir comment coordonner les plans d'action de plusieurs acteurs, de façon que les actions de l'une des parties se « raccordent » à celles des autres. Un tel raccord continu réduit la double contingence des choix qui s'affrontent ainsi, à tel point que peut se former, avec un minimum de conflits, un tissu d'intentions et d'actions, autrement dit un certain nombre de modèles de comportement et, d'une façon générale, un ordre social. (p. 32)

1) Tant que le langage n'est employé que pour transférer des informations et des redondances, la coordination des actions est effectuée par l'influence réciproque qu'exercent les uns sur les autres des acteurs qui poursuivent leurs propres fins.

1') En revanche, dès lors que ce sont les forces illocutoires des actes de parole qui sont chargées de coordonner les actions, le langage lui-même se révèle être la première source d'intégration sociale. Ce n'est que dans ce cas précis que nous parlerons d'« activité communicationnelle ». (p. 32)

2) Les acteurs tentent alors, dans leur rôle de locuteurs et d'auditeurs, de négocier des interprétations communes de la situation et d'accorder leurs différents plans en cherchant à s'entendre, et donc en poursuivant sans réserve des fins illocutoires.

3) Les énergies de liaison du langage ne peuvent être mobilisées pour coordonner les plans d'action que si les intéressés suspendent leur attitude objectivante d'observateurs et d'acteurs dont l'action est directement orientée vers son propre succès, au profit de l'attitude performative de locuteurs qui cherchent à s'entendre avec une deuxième personne à propos de quelque chose qui existe dans le monde.

Dans ces conditions, les offres d'actes de parole sont susceptibles de réaliser une coordination des actions, parce que la prise de position affirmative du destinataire à propos d'une offre sérieuse entraîne des obligations qui sont significatives pour la suite de l'interaction.

1) Dans l'usage du langage à des fins d'entente, indispensable à l'activité communicationnelle, les participants, ou bien parviennent à un accord sur la validité à laquelle prétendent leurs actes de parole, ou bien constatent des désaccords dont ils conviennent de tenir compte au cours de leurs activités ultérieures. Chaque acte de parole élève des prétentions à la validité critiquables qui appellent une reconnaissance intersubjective.

2) Une offre d'acte de parole produit un effet de coordination, dans la mesure où le locuteur, en émettant une prétention à la validité, présente du même coup la garantie suffisamment crédible de l'honorer, le cas échéant, au moyen du type de raisons approprié.

3) Or de telles prétentions à la validité inconditionnées, qui vise à déborder tout critère provincial, localement usuel et accepté dans ce même cadre, introduisent dans la factualité du monde vécu cette tension idéale que Peirce avait analysée à propos de l'exemple de la valeur de vérité des énoncés scientifiques. L'idée de la possibilité d'honorer les prétentions à la validité critiquables requiert des idéalizations qui soient opérées par les acteurs de la communication eux-mêmes et qui se trouvent du même coup, non plus au ciel transcendantal, mais sur le terrain même du monde vécu. La TAC ne détranscendentalise le règne de l'intelligible que pour situer à l'intérieur des présuppositions pragmatiques inévitables des actes de parole, et donc au cœur même de la pratique quotidienne de la communication, cette force idéalisante des anticipations transcendantes dont Peirce a démontré l'existence à propos des formes de communication pour ainsi dire extra-quotidiennes qui sont celles de la pratique de l'argumentation scientifique.

3') Les offres d'actes de parole, si furtives qu'elles puissent être, les prises de position par oui ou par non, si conventionnelles qu'elles soient, renvoient à des raisons virtuelles et du même coup à l'auditoire idéalement élargi de la communauté d'interprétation illimitée aux yeux de laquelle ces raisons devraient paraître plausibles pour être justifiées, autrement dit rationnellement acceptables. (p. 33)

Toute sociologie consciente de se frayer un chemin vers son domaine d'objet au moyen d'une compréhension herméneutique du sens (...) peut attribuer aux sujets de l'activité communicationnelle eux-mêmes la faculté normale, acquise en même temps que la compétence linguistique, de réparer les dysfonctionnements de la communication qui ne sont que dus qu'à des malentendus [eux-mêmes fondés sur la présupposition contrefactuelle de l'universalité sémantique]. Ceux-ci démentent sans risque majeur les idéalizations nécessairement opérées. Il en va à peu près de même pour une autre supposition, inévitable dans le cadre de l'AC, et elle aussi idéalisante. En effet, ceux qui participent à une interaction doivent se considérer réciproquement comme responsables et donc supposer qu'ils fondent leurs actes sur des prétentions à la validité.

1) Par rapport aux présuppositions exigeantes et contrefactuelles de l'activité communicationnelle [présuppositions relatives à l'idéalité qui caractérise l'universalité conceptuelle ou sémantique], qui sont censées garantir aux prétentions à la validité leur caractère inconditionné, (...) ce second niveau d'idéalisation [qui caractérise les concepts de validité] définit (...) la constitution de la réalité sociale en soumettant à l'appréciation, en fonction d'une reconnaissance intersubjective de prétentions critiquables, chaque accord qui est obtenu par les moyens de la communication, et qui permet de coordonner des actions, de construire des interactions complexes ou de relier des séquences d'action. (...) Les prises de position par oui ou par non acquièrent ainsi un rôle clé pour le fonctionnement des jeux de langage quotidiens.

2) Ces prises de position investissent les faits sociaux qu'elles créent, d'une tension idéale ; elles réagissent, en effet, à des prétentions à la validité dont la légitimité présuppose l'assentiment d'un auditoire idéalement élargi. La validité revendiquée pour les énoncés et les normes (ainsi que pour les propositions relatives aux expériences subjectives) transcende — c'est son sens même — les espaces et les temps, alors que la prétention actuelle est chaque fois émise et acceptée ou refusée ici et maintenant, dans des contextes précis, et

entraînent des conséquences pratiques qui engendrent des réalités factuelles. L'aspect idéal de l'inconditionné est profondément ancré dans les processus factuels de l'entente, car les prétentions à la validité présentent une tête de Janus : en tant que prétentions, elles débordent tout contexte, mais pour fonder un accord susceptible d'exercer un effet de coordination — qui exclut un contexte zéro — elles doivent être en même temps émises et acceptées ici et maintenant.

3) Si d'une part la validité exigée aussi bien par nos énonciations que par nos pratiques de justification se distingue de la valeur sociale aussi bien des normes purement factuelles que des attentes purement habituelles ou stabilisées par des menaces de sanction, d'autre part l'universalité de l'acceptabilité rationnelle affirmée fait éclater tous les contextes, dont pourtant l'acceptation hic et nunc, avec ses effets d'engagement, transforme les prétentions à la validité en glissières sur lesquelles une pratique quotidienne contextuelle est capable de fonctionner.

4) Dès lors qu'elle se fonde sur la compréhension du sens et voit que son domaine d'objet renferme ce deuxième type, plus radical, de tension entre factualité et idéalité, la sociologie doit réviser la conception empiriste qui est traditionnellement la sienne et se concevoir comme une science sociale reconstructive.

En cherchant à reconstruire les conditions de l'intégration sociale, on rencontre dans un premier temps le concept de monde vécu. Le problème central est de savoir comment un ordre social peut naître à partir de processus qui ont été engagés pour former un consensus, mais qui sont menacés par la tension explosive opposant la factualité et la validité. La motivation rationnelle à se mettre d'accord, qui repose sur la faculté de dire non, a, certes, l'avantage de permettre, sans emploi de la force, une stabilisation des attentes de comportement. Mais, si l'AC n'était pas intégrée à des contextes du monde vécu qui assurent un consensus d'arrière-plan massif, le risque de dissension, constamment alimenté par de nouvelles expériences et donc par des contingences inattendues, rendrait une intégration sociale effectuée au moyen de l'utilisation du langage à des fins d'entente tout à fait invraisemblable. Les efforts explicitement entrepris à des fins d'entente le sont, pour ainsi dire par nature, devant un horizon de convictions communes qui ne font pas problème ; ils bénéficient en même temps des ressources de ce qui nous est depuis toujours familier. L'inquiétude constamment suscitée aussi bien par l'expérience que par la contradiction se brise dans la pratique de tous les jours en se heurtant au roc large, inébranlable et profond, des modèles d'interprétation, des loyautés et des habiletés sur lesquels il y a consensus.

1) Lorsque nous sommes engagés dans l'AC, le monde vécu nous entoure sur le mode d'une certitude immédiate dans laquelle nous vivons et parlons sans distance. Cette présence de l'arrière-plan de l'AC, latente, insensible et qui pourtant imprègne tout, peut être décrite comme une forme à la fois intensifiée et déficiente de savoir et de savoir-faire. Ce qui confère ainsi au savoir d'arrière-plan une certitude absolue et, subjectivement, la qualité d'un savoir intensifié, c'est, objectivement, la propriété même qui le prive d'un des traits constitutifs du savoir ; nous faisons en effet usage de ce type de savoir sans avoir conscience qu'il pourrait être faux.

2) Dans la mesure où ce n'est qu'au moment de son énonciation qu'il entre en contact avec des prétentions à la validité critiquable, toute relation interne à la possibilité même de devenir problématique lui fait défaut. Or, dès qu'il est

thématisé , il ne fonctionne plus comme arrière-plan vécu, mais se désintègre et perd sa modalité de savoir d'arrière-plan ; car celui-ci ne peut être falsifié en tant que tel.

3) Ce qui lui confère sa stabilité particulière et, dans un premier temps, l'immunise contre la pression des expériences génératrices de contingence, c'est le nivellement particulier de la tension entre factualité et validité.

4) Dans la dimension de la validité elle-même, on voit s'effacer cet aspect contrefactuel d'une idéalisation qui déborde la réalité chaque fois donnée et qui est ce qui permet la confrontation décevante avec la réalité. En même temps, cette dimension en tant que telle, d'où le savoir implicite tire la force de ses convictions, reste intact.

On rencontre une fusion analogue entre factualité et validité, là encore dans une fonction de stabilisation pour les attentes de comportement, au niveau du savoir déjà filtré par l'activité communicationnelle et donc disponible sous forme thématique : je veux parler des institutions archaïques qui semblent prétendre à une autorité incontestable.

1) Protégées par des tabous, les institutions des sociétés tribales cristallisent des attentes indistinctement cognitives et normatives pour constituer un ensemble de convictions liées à des motivations et à des orientations axiologiques.

2) A l'intérieur de leur monde vécu social, les acteurs rencontrent l'autorité d'institutions qui disposent de la force.

3) Ce monde n'est plus alors décrit du point de vue de la pragmatique formelle des participants et ne se présente donc plus comme un savoir d'arrière-plan, mais il est objectivement saisi du point de vue de l'observateur sociologue. Le monde vécu, dont les institutions sont une composante, se présente comme un ensemble cohérent de convictions culturelles, d'ordres légitimes et d'identités personnelles, enchevêtrés les uns avec les autres et reproduits par le moyen de l'activité communicationnelle.

4) (Cf. Théorie d'Arnold Gehlen). Dans la mesure où elles sont définies par des cérémonies, les restrictions de la communication mettent la valeur d'autorité du syndrome constitué par les contenus descriptifs, évaluatifs et expressifs, à l'abri de toute problématisation possible.

5) L'ensemble cristallisé de ces convictions soutient un type de validité qui est de l'ordre du factuel. Cette fois, la fusion de la validité et de la factualité ne s'opère pas sur le mode d'une familiarité originelle vis-à-vis de certitudes de base sur lesquelles nous nous appuyerions en quelque sorte sous la forme d'un monde vécu, mais sur celui d'une autorité qui nous inspire des sentiments ambigus et qui s'impose à nous de façon impérieuse.

5') Durkheim a dégagé l'ambivalence de ce mode de validité à propos du statut des objets sacrés qui inspirent aux spectateurs un sentiment mixte de frayeur et d'enthousiasme en suscitant chez eux à la fois le respect et le frisson. Dans l'expérience esthétique, nous accédons aujourd'hui encore à une telle symbiose d'émotions opposées ; dans le choc surréaliste, à la fois provoqué en littérature et décrit par des auteurs comme Bataille et Leiris, elle a été domestiquée et rendue reproductible (Cf. W. Benjamin)

La catégorie du droit n'intervient que dans un troisième temps de cette reconstruction. L'insertion de l'AC dans les contextes d'un monde vécu et dans la régulation du comportement par des institutions primitives explique comment l'intégration sociale est possible, sur la base invraisemblable des processus

d'entente, dans le care des groupes sociaux aux dimensions réduites et relativement peu différenciées. A vrai dire, les risques de dissension qu'entraînent les prises de position par oui ou par non en réponse à des prétentions à la validité critiquables deviennent de plus en plus importants au cours de l'évolution sociale. Plus la société devient complexe, et plus son point de vue ethnocentrique perd son caractère restrictif, plus on voit s'affirmer le pluralisme des formes de vie et l'individualisme des biographies.

1) A mesure qu'ils sont désenchantés, les ensembles de convictions fondées sur le sacré se décomposent selon des critères de validité différenciés, et se transforment en contenus d'une tradition fluidifiée par la communication, plus ou moins susceptible d'être thématiques à volonté.

2) Les processus de différenciation sociale entraînent une multiplication des tâches, des rôles sociaux et des intérêts fonctionnellement spécialisés, si bien que l'AC quitte les engagements institutionnels étroitement définis pour entrer dans des marges d'options élargies, libérant et en même temps exigeant dans des domaines de plus en plus larges un type d'action fondé sur l'intérêt et le succès individuel.

Le problème qui surgit dans les sociétés modernes est alors le suivant : comment stabiliser la validité d'un ordre social dans lequel les actes de communication devenus autonomes se distinguent clairement, du point de vue des acteurs eux-mêmes, des interactions stratégiques ?

Dans ce qui suit, je partirai de la situation d'une société désormais largement profane, dans laquelle l'ordre normatif doit être assuré sans recours à des garanties métasociales ; les certitudes du monde vécu, qui sont de toute façon plurielles et de plus en plus différenciées, n'offrent plus de compensation à ce déficit.

2) Ainsi l'intégration sociale incombe de plus en plus aux efforts pour s'entendre qui sont entrepris par des acteurs pour lesquels la validité et la factualité, et donc à la fois la force d'obligation des convictions rationnellement motivées et la contrainte imposée par des sanctions externes, se sont séparées et sont devenues incompatibles, en tout cas à l'extérieur des domaines d'action régulés par les mœurs et les habitudes.

3) Si, comme je le suppose avec Durkheim et Parsons, les contextes d'interaction ne peuvent pas être stabilisés par la seule action réciproque d'acteurs agissant en fonction de leur succès, la société doit être intégrée en dernière instance par le moyen de l'activité communicationnelle.

4) Dans une telle situation, le problème d'une intégration sociale des mondes vécus et différenciés, pluriels et désenchantés doit s'aggraver, dès lors que s'accroît en même temps le risque de dissension dans les domaines de l'activité communicationnelle libérée des autorités sacrées et des institutions puissantes. Suivant ce scénario, le besoin croissant en force d'intégration surchargera inévitablement la capacité du seul mécanisme qui subsiste, celui de l'entente, d'autant plus que se libèrent, comme c'est le cas dans les sociétés disposant d'une économie moderne, une quantité croissante d'interactions stratégiques, indispensables pour la structure sociale.

5) En cas de conflit, mes sujets de l'activité communicationnelle ont le choix, soit d'interrompre la communication, soit passer à l'activité stratégique (...). Or une issue est offerte par la régulation normative des interactions stratégiques sur laquelle les acteurs eux-mêmes s'entendent. La nature

paradoxale des règles de ce type apparaît à la lumière de la prémisse selon laquelle la factualité et la validité se sont scindées, aux yeux des sujets agissants, en deux dimensions qui s'excluent. D'un côté ces règles doivent représenter des restrictions factuelles modifiant des données, de telle sorte que l'acteur, dans son attitude stratégique, se voie obligé de modifier son comportement de la façon qui est objectivement préférable ; d'un autre côté elles doivent déployer une force d'intégration sociale, en imposant aux destinataires certaines obligations, ce qui, selon notre présupposition, n'est possible que sur la base de prétentions à la validité normative qui sont intersubjectivement reconnues. Le type de normes qui est ici recherché devrait donc provoquer à la fois une contrainte factuelle et une volonté d'obéissance motivée par une validité légitime.

6) Nous trouverons la solution de cette énigme dans le système des droits qui confère aux libertés subjectives de l'action la force contraignante du droit objectif. D'un point de vue historique, les droits privés subjectifs, qui définissent les marges légitimes de la liberté d'action individuelle et sont par conséquent conçus en fonction de la poursuite stratégique d'intérêts privés, constituent le cœur même du droit moderne. (p. 42)

Le droit moderne, la légalité et la législation :

Depuis Hobbes, les règles du droit civil fondé sur la liberté contractuelle et la propriété sont considérées comme le prototype même du droit. Dans sa doctrine du droit, Kant part lui aussi des droits subjectifs naturels qui concèdent à toute personne un pouvoir coercitif à l'égard des atteintes qui seraient portées à ses libertés d'action subjectives garanties par le droit. Dès que l'on passe du droit naturel au droit positif, ce pouvoir, que les personnes morales n'ont plus le droit d'exercer directement depuis que l'Etat a acquis le monopole de tous les moyens de contrainte légitime, se transforme en pouvoir d'accusation. En même temps, le droit subjectif privé est complété par le droit structurellement analogue de se défendre contre le pouvoir étatique lui-même. Ce droit garantit les personnes morales privées contre toute intervention illégale de l'appareil d'Etat, que ce soit dans la vie, dans la liberté ou la propriété.

Ce qui nous intéresse dans le présent contexte, c'est d'abord le concept de légalité par lequel Kant, partant des droits subjectifs, explique le mode de validité complexe du droit en général. Au niveau de la validité juridique, factualité et validité s'enchevêtrent une fois de plus, mais, cette fois, la factualité propre à la mise en exécution du droit par l'Etat est liée à la force constitutive de la légitimité d'une procédure de législation, qui prétend à la rationalité dans la mesure où elle garantit la liberté. La tension entre ces deux aspects, qui restent distincts, est à la fois intensifiée et rendue opératoire, de façon à agir efficacement sur les comportements.

Kant et les normes juridiques :

Pour Kant, le rapport entre factualité et validité, stabilisé par la validité juridique, se présente comme un lien interne entre contrainte et liberté, instauré par le droit.

1) Par nature, le droit est lié à un pouvoir coercitif ; or cette contrainte ne se justifie qu'en tant qu'« obstacle à l'obstacle à la liberté », et donc par l'intention de s'opposer aux violations qui pourraient s'exercer à l'égard de la liberté de chacun. Ce lien interne, qui associe « la contrainte réciproque

universelle à la liberté de chacun », s'exprime par l'exigence de validité inhérente au droit. Les règles du droit définissent les conditions coercitives « auxquelles l'arbitre de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre d'après une loi universelle de la liberté »

2) La légalité du comportement peut être obtenue par la force en tant que « simple conformité (...) d'une action avec la loi » ; c'est pourquoi les sujets doivent être libres d'obéir à la loi pour des raisons autres que morales. Les destinataires ne sont tenus à percevoir ces « conditions coercitives » qu'en tant qu'incitation à un comportement conforme aux règles.

3) Il n'est possible d'« accorder » l'arbitre de chacun avec l'arbitre de tous, et donc de réaliser l'intégration sociale, que sur la base de règles normativement valides qui, du point de vue moral, ou « d'après une loi universelle de la liberté » méritent de la part de leurs destinataires une reconnaissance sans contrainte, c'est-à-dire une reconnaissance rationnellement motivée. Bien que les exigences juridiques soient associées à des pouvoirs coercitifs, il doit toujours être possible d'y obéir en raison de leur exigence de validité normative, et donc en raison du « respect pour la loi ».

Le paradoxe inhérent à des règles d'action qui, bien que méritant la reconnaissance morale, n'exigent qu'un comportement de conformité objective avec les normes, disparaît par suite du concept kantien de légalité : les normes juridiques sont en effet, sous des aspects chaque fois différents, à la fois des lois coercitives et des lois de la liberté. (p. 43)

Définition de la validité juridique :

Selon le point de vue choisi, la norme juridique est, parmi les éléments de la situation, d'un type différent. En effet, pour le sujet engagé dans une action stratégique, elle se situe au niveau des faits sociaux qui limitent la marge de ses options de façon externe ; pour le sujet d'une AC, elle se situe au niveau d'attentes de comportement obligatoires, par rapport auxquelles on admet qu'il existe un accord rationnellement motivé entre les sociétaires juridiques. C'est pourquoi, d'un point de vue chaque fois différent, l'acteur attribuera à une prescription valide, soit le statut d'un fait ayant des conséquences prévisibles, soit le caractère déontologiquement obligatoire d'une attente de comportement normative.

La validité juridique d'une norme — c'est là son sens spécifique — signifie que les deux aspects sont garantis : à la fois la légalité du comportement au sens d'une obéissance moyenne à la norme, si nécessaire obtenue de force par des sanctions, et la légitimité de la règle elle-même, rendant à tout moment possible une obéissance à la norme en raison du respect de la loi. (p. 45)

Les attentes de la législation :

1) Un ordre juridique n'a pas seulement à garantir que les droits de toute personne soient, d'une façon générale, reconnus par toutes les autres personnes ; mais la reconnaissance réciproque des droits de chacun doit reposer sur des lois qui sont légitimes pour autant qu'elles assurent à chacun des libertés égales, si bien que « l'arbitre de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre ». Les lois morales remplissent par nature cette condition ; en revanche, pour les règles du droit positif, c'est au Législateur politique de les remplir. A l'intérieur du système

des droits, c'est donc le processus législatif qui constitue, à proprement parler, le lieu de l'intégration sociale.

2) Il faut, par conséquent, que l'on puisse attendre des participants du processus législatif qu'ils abandonnent leur rôle de sujets du droit privé et qu'ils assument, en même temps que celui de citoyens, le point de vue de membres librement associés d'une communauté juridique, dans laquelle un accord sur les principes normatifs régulant la vie communautaire est déjà assuré par la tradition, ou peut être établi au moyen d'une entente suivant des règles normativement reconnues. L'unité caractéristique de contrainte factuelle et de validité légitime, que nous avons dégagée du droit subjectif, muni de pouvoirs coercitifs, de poursuivre stratégiquement ses propres intérêts, requiert un processus de législation auquel les citoyens concernés ne doivent pas participer uniquement dans le rôle de sujets du droit agissant en fonction de leur propre succès.

2') Dans la mesure où les droits politiques de participation et de communication sont constitutifs d'une procédure effectivement légitimante de législation, ces droits subjectifs ne doivent pas être exercés à la manière des sujets isolés du droit privé, mais plutôt dans l'attitude de participants d'une pratique intersubjective qui agissent dans le but de s'entendre. C'est pourquoi le concept du droit moderne qui, à la fois accentue la tension entre factualité et validité et la rend opératoire en lui conférant une efficacité pour le comportement, contient déjà l'idée démocratique développée par Rousseau et Kant, selon laquelle l'exigence de légitimité d'un ordre juridique, construit à partir de droits subjectifs, ne peut être honorée que par la force d'intégration sociale de la « volonté concordante et unie de tous » — de tous les citoyens libres et égaux.

3) A la positivité du droit s'associe l'attente selon laquelle la procédure démocratique de la législation fonde la présomption d'une acceptabilité rationnelle des normes édictées. La positivité du droit n'exprime pas la factualité d'une volonté arbitraire, totalement contingente, mais celle, légitime, qui est due à une autolégislation présumée rationnelle, instituée par des citoyens politiquement autonomes. Autonomes, car sans couverture religieuse ou métaphysique, le droit contraignant, conçu en fonction d'un comportement légal, ne peut conserver sa force d'intégration sociale que dans la mesure où les différents destinataires des normes juridiques peuvent en même temps se comprendre, dans leur ensemble, comme les auteurs rationnels de ces normes. En ce sens, le droit moderne vit d'une solidarité qui se concentre dans le citoyen et, en dernière instance, dans l'activité communicationnelle. [L'écart qui sépare le sujet du droit privé du citoyen est celui-là même qui sépare les libertés d'action subjectives de ces droits subjectifs d'un autre type, c'est-à-dire sur les droits du citoyen qui ne se fondent plus seulement sur le libre arbitre, mais sur l'autonomie.]

4) A vrai dire, ce lien interne entre, d'une part, la factualité de la réalisation du droit et, de l'autre, la légitimité, fondatrice de validité, qui est propre au processus législatif, est une hypothèque pour les systèmes juridiques. Car, aux yeux du sociologue éclairé, rien ne paraît moins vraisemblable que le fait que les performances intégratives du droit moderne puissent se nourrir uniquement, ou ne serait-ce qu'en premier lieu, d'un accord normatif, préétabli ou réalisé, et donc de sources constituées par la solidarité. (p. 48)

Les sociétés modernes : économie, administration et solidarité

Les sociétés moderne ne sont pas seulement intégrées au niveau social, au moyen des valeurs, des normes et des processus d'entente, mais aussi au niveau systémique, au moyen des marchés et du pouvoir administratif. L'argent et le pouvoir administratif sont des mécanismes d'intégration sociale, formateurs de systèmes, mécanismes qui ne coordonnent pas nécessairement les actions au niveau des intentions, autrement dit au moyen des efforts de communication et de la conscience des participants de l'interaction, mais objectivement, pour ainsi dire à leur insu. La « main invisible » du marché est depuis Adam Smith l'exemple classique de ce type de régulation. Grâce à l'institutionnalisation juridique, les deux médias sont ancrés, par le moyen de l'activité communicationnelle, dans les ordres socialement intégrés du monde vécu. De cette façon, le droit moderne est lié aux trois ressources de l'intégration sociale. Par le biais d'une pratique de l'autodétermination qui requiert des citoyens un exercice commun de leurs libertés communicationnelles, le droit tire, en dernière instance, sa force d'intégration sociale des sources de la solidarité sociale. D'un autre côté, les institutions du droit privé et du droit public permettent d'ouvrir des marchés et d'organiser un pouvoir étatique. Les opérations du système économique et administratif, différencié à partir de la composante sociale du monde vécu, s'effectuent en effet dans les formes du droit.

Le danger d'une légitimation apparente d'un pouvoir illégitime :

Etant lié à la fois à l'argent, au pouvoir administratif et à la solidarité, le droit, par ses contributions à l'intégration sociale, obéit à divers impératifs. Mais les normes juridiques ne précisent pas la manière dont ces impératifs sont conciliés. Les matières des différents domaines juridiques permettent, certes, d'identifier l'origine de la demande de régulation à laquelle réagissent aussi bien la politique que la législation. Mais dans le cadre des impératifs fonctionnels de l'appareil d'Etat, du système économique et d'autres secteurs de la société, les intérêts échappant au filtre normatif ne s'imposent bien souvent que parce qu'ils sont les plus forts et se servent de la force légitimante propre à la forme juridique pour déguiser leur capacité purement factuelle à triompher. En tant que moyen d'organisation d'une domination politique soucieuse d'assurer les impératifs fonctionnels d'une société fondée sur un système économique différencié, le droit moderne reste par conséquent un médium d'intégration sociale profondément ambigu. Bien souvent le droit ne fait conférer une apparence de légitimité à un pouvoir illégitime. A première vue, il est impossible de savoir si les opérations intégratives du droit sont fondées sur l'assentiment des citoyens associés, ou si, générant à leur tour, sur la base de ce substrat matériel, la loyauté nécessaire des masses, elles résultent d'une autoprogramation de l'Etat et d'une force inhérente à la structure sociale.

Matérialisme juridique et idéalisme constitutionnel :

Une autolégitimation du droit, régulée de façon spontanée, se voit à vrai dire confinée dans des limites d'autant plus étroites que le système juridique dans son ensemble est moins capable de s'appuyer sur certaines garanties métasociales et de s'immuniser contre la critique. Certes, un droit qui, dans les sociétés modernes, assume pour l'essentiel la charge de l'intégration sociale, est exposé à la pression profane des impératifs fonctionnels émis par la reproduction sociale ; mais il est en même temps soumis à la nécessité pour ainsi dire idéaliste de les légitimer. Selon la vision que la communauté juridique,

conformément au droit constitutionnel, a d'elle-même, les opérations d'intégration sociale effectuées à travers l'argent et le pouvoir administratif sont elles aussi supposées se rattacher au processus d'intégration sociale mis en ?uvre par la pratique d'autodétermination des citoyens. La tension existant entre le matérialisme d'un ordre juridique, notamment d'un droit économique, qui ne fait que refléter la distribution inégale du pouvoir social, et l'idéalisme du droit constitutionnel trouve un écho dans l'évolution divergente des analyses philosophiques et des analyses empiriques du droit. (p.55)

Chapitre II

Conceptions sociologiques du droit et conceptions philosophiques de la justice.

A mesure que le contenu idéal de la validité juridique devient conscient par l'intermédiaire des idées que l'organisation consciente et l'auto-organisation de la communauté conçoivent d'abord en termes de droit rationnel, et à mesure qu'il se heurte, en outre, aux impératifs fonctionnels de l'économie de marché et de l'administration bureaucratique, la compréhension normative que cette communauté a d'elle-même appelle une critique sociologique. D'un côté, le droit est obligé de maintenir l'exigence forte qui requiert que même l'argent et le pouvoir administratif n'échappent pas entièrement à une intégration médiatisée par la conscience de la société dans son ensemble ; d'un autre côté, c'est cette exigence même qui semble succomber au désenchantement sociologique opéré par le droit. La manière dont la société gère cette contradiction est un sujet qui occupe depuis longtemps les études relevant de la critique de l'idéologie ou de la critique du pouvoir. Je n'irai dans le sens d'une critique du droit confrontant exigence et réalité que dans la mesure où une telle critique s'oriente vers l'objection plus radicale selon laquelle le droit, devenu de toute façon marginal, doit progressivement se débarrasser de son apparence normative, s'il veut continuer à remplir ses fonctions en dépit d'une complexité sociale croissante. Si cette affirmation était exacte, une théorie de la discussion qui part de la vision normative du droit se trouverait privée de tout fondement ; une telle approche aurait perdu tout contact avec une réalité devenue cynique. Vis-à-vis d'un tel scepticisme sociologique à l'égard du droit, les théories philosophiques de la justice dégagent résolument le contenu moral propre aux ordres modernes du droit. Ces constructions rationnelles du droit servent à justifier des principes suivant lesquels il conviendrait d'instaurer une société bien ordonnée ; mais elles s'éloignent à tel point de la réalité des sociétés contemporaines qu'elles ont du mal à spécifier les conditions qui permettraient de réaliser ces principes. (p. 57)

Histoire de la pensée du droit : de Locke à Marx

1) Dans toutes les théories contractualistes, l'intention de construire les institutions structurantes au nom du droit rationnel doit permettre de concevoir la société dans son ensemble comme une structure intentionnelle fondée sur

l'association volontaire de membres initialement libres et égaux. Cette idée en soi invraisemblable ne peut acquérir une certaine crédibilité que sur un arrière-plan qui ferait apparaître la société civile d'abord comme une base naturelle sur laquelle les parties se rencontrent en tant que sujets initialement libres et égaux. (...) Certes cet arrière-plan passe au second plan chez des auteurs qui ne définissent pas l'état de nature dans les termes d'une analyse économique, mais dans ceux d'une théorie du pouvoir ; il reste que les constructions hobbesiennes de l'état de nature constituent un équivalent de celles qui hypostasient la société civile comme une sphère devant fonctionner, avant toute réglementation juridique, comme la source de la socialisation politique, car les rapports de concurrence économique supposent déjà des sujets contractants et en ce sens législateurs.

2) Développée de façon explicite ou acceptée de façon implicite, cette prémisse explique pourquoi l'analyse économique de la société civile, issue de la philosophie morale écossaise, a profondément ébranlé la tradition du droit rationnel. Avec Adam Smith et David Ricardo, on voit se développer une économie politique qui comprend la société civile comme une sphère, dominée par des lois anonymes, de la circulation des marchandises et du travail social.

2') A la suite de l'économie politique, Hegel lui donne le nom d'un « système de besoins » dans lequel les individus sont privés de toute liberté réelle.

3) Critique de l'économie politique, Marx finit par ne voir dans l'anatomie de la société bourgeoise que des structures au moyen desquelles le processus de mise en valeur autonome du capital s'effectue à l'insu des individus aliénés à eux-mêmes pour produire des formes de plus en plus drastiques d'inégalité sociale.

Ainsi, à partir d'un ensemble de conditions qui apportent aux individus la liberté et ont pour fonction d'autoriser leurs initiatives, conditions leur permettant de s'associer de façon volontaire et consciente et de soumettre le processus social à un contrôle commun, la société civile se transforme en un système dont la domination s'exerce de façon anonyme, qui s'émancipe des intentions des individus socialisés sans en avoir conscience, qui n'obéit plus qu'à sa propre logique et soumet la société dans son ensemble aux impératifs déchiffrés en termes économiques qui régissent son autostabilisation.

La destitution du droit : le droit comme épiphénomène

Par suite de ce changement de perspective amené à la fois par l'économie politique et par la critique qui en est faite, la catégorie du droit perd le rôle clé qu'elle détenait du point de vue de la stratégie théorique.

1) La reproduction de la vie sociale n'est pas seulement bien trop complexe pour être appréhendée au moyen des schèmes normatifs tenus qu'offre le droit rationnel. Il semble en outre que les mécanismes de l'intégration sociale soient de nature totalement différente et n'aient aucun caractère normatif.

2) L'anatomie de la société bourgeoise, appréhendée par le biais des concepts de l'économie politique, produit un effet démystificateur ; selon cette critique, l'ossature qui assure la cohésion de l'organisme social est constituée non par des rapports juridiques mais par des rapports de production.

3) Bientôt, l'image médicale sera supplantée par les vénérables métaphores du bâtiment ; le droit s'inscrit dès lors dans la superstructure politique propre à la base économique d'une société dans laquelle la domination d'une classe sur les autres s'exerce sous la forme non politique d'un pouvoir privé qui dispose des moyens de production. Le cycle récursivement fermé de la production et de la

reproduction des valeurs d'échange agit au travers des opérations d'intégration sociale effectuées par le droit moderne, si bien que celui-ci est réduit à un épiphénomène.

4) C'est alors le mécanisme du marché, découvert et analysé par l'économie politique, qui prend les commandes, y compris dans la théorie sociale. Le modèle réaliste d'une socialisation non intentionnelle, anonyme et s'imposant à l'insu des acteurs, prend la relève du modèle idéaliste d'une association intentionnellement réalisée et continûment maintenue par les sociétaires juridiques. (p. 60)

De la société aux systèmes : de Marx à Luhmann

A vrai dire, Marx maintient encore le concept classique de société, celui d'une totalité, tel qu'il fut déterminant d'Aristote à Hegel. Le sommet et le centre de la totalité sociale, à laquelle les individus s'intègrent en tant que parties, sont simplement retournés, tête-bêche. L'unité manifeste d'un ordre étatique constitué en termes juridiques est remplacée par l'unité latente, établie par des moyens systémiques, du processus économique global par lequel le capital est mis en valeur. Surtout ce processus, en tant que totalité négative, continue de se rapporter, dans les termes d'une philosophie de l'histoire, à l'image opposée, classique, d'une totalité consciemment réalisée. La téléologie de la nature ayant été transférée, de Vico à Condorcet, dans la dimension de l'histoire, la société peut être comprise comme une totalité en devenir, qui se rapporte à elle-même et qui réalise au cours du processus historique l'essence qui lui est inhérente, celle d'une socialisation intentionnelle, et ce en tant qu'association future des producteurs libérés du fétiche capitaliste, producteurs qui soumettent le processus de leur vie matérielle à un contrôle commun.

Abstraction faite d'autres objections, cette construction précaire ne pouvait résister ni à une critique prenant pour objet ses hypothèses historiques d'arrière-plan, ni les scrupules qui se sont fait jour à l'encontre des conceptions holistes de la société. Mais, du point de vue de l'histoire de la théorie, le regard introduit par Marx, rigoureusement objectivant, dirigé de l'extérieur sur les mécanismes de la socialisation, réduisant à une illusion pure et simple toute intégration sociale réalisée par l'intermédiaire de valeurs, de normes, de processus d'entente, ou encore par l'intermédiaire du droit, ce regard a fait son chemin, en passant par plusieurs traditions théoriques. Lorsque enfin, à la suite du fonctionnalisme marxiste, l'espoir fondé sur une philosophie de l'histoire s'évanouit à son tour, la société abandonne la dynamique de l'histoire et, à travers la répétition compulsive et dictatoriale d'un processus d'accumulation accéléré, étendu, à tout, se fige en un mode de relations sociales réifiées. La mélancolie qui habite la théorie des systèmes est due au rapport qu'elle maintient avec une totalité cette fois interprétée dans un sens négatif, en tant que contexte de contrainte. Lorsque la découverte de la différenciation progressive et de la complexité croissante de la société interdit d'établir plus longtemps un tel rapport inversé à la totalité abstraite d'une raison instrumentale boursouflée, la théorie systémique, devenue affirmative, perd son aiguillon critique et se détache en même temps de sa fixation philosophique sur un seul mécanisme de socialisation, celui qui est centré sur un échange d'équivalents.

Au moyen du concept d'une société décentrée, éclatée en de nombreux systèmes et fonctionnellement différenciée, le fonctionnalisme systémique est dès lors capable de renchérir une fois de plus sur le modèle marxien ; l'observateur sociologue et sa science sont subsumés sous cette société comme un système parmi d'autres. Dans une telle société éclatée et polycentrique, dépourvue de

base et de sommet, les nombreux sous-systèmes, récursivement fermés et prenant soin de maintenir leurs frontières, forment les uns pour les autres des environnements. Ils se rencontrent en quelque sorte à un niveau horizontal et se stabilisent en s'observant et en s'adaptant réflexivement à leur rapport réciproque sans disposer de la possibilité d'intervenir directement. Les facultés transcendantales des sujets conscients husserliens, conçus sur le modèle de la monade, sont ainsi transmis à des systèmes dénués de la subjectivité qui est propre aux monades conscientes, mais ces systèmes sont à leur tour fermés comme des monades.

Niklas Luhmann assume l'héritage théorique de la phénoménologie transcendantale et, de cette façon, fait de la philosophie du sujet un objectivisme radical. D'une autre façon, les théories structuralistes de la société, de Lévi-Strauss à Althusser et Foucault, opèrent le même mouvement. Dans les deux cas, les sujets qui constituent des mondes chaque fois particuliers ou qui, à un niveau plus élevé, partagent intersubjectivement des mondes vécus communs, sont désormais sans feu ni lieu ; du même coup, toutes les opérations d'intégration intentionnelles, mises en œuvre par la conscience des acteurs eux-mêmes, perdent leur légitimité. Toutes les traces herméneutiques qui permettraient à une théorie interne de l'action, fondée sur la vision que les acteurs ont d'eux-mêmes, d'accéder à la réalité sociale, sont dès lors effacées. Par cette radicalisation de la théorie systémique marxienne, les théories objectivistes de la société relevant de ce type nouveau prennent leurs distances avec l'étroitesse et le poids normatif des concepts fondamentaux holistes et historico-philosophiques. Sans prévention, on découvre ici la variabilité, la contingence et la diversité des sociétés hautement complexes. (p. 62)

La sociologie du droit de Niklas Luhmann

Les études de sociologie du droit profitent elles aussi du nouveau paradigme. Le système juridique, ou les structures qui le fondent, retrouvent une partie de l'autonomie qu'ils ont perdue pour ainsi dire par la faute de la critique de l'idéologie. Le droit ne passe plus simplement pour un épiphénomène, mais se voit de nouveau attribuer un sens propre. Dans une société globalement décentrée, il n'occupe plus qu'une position périphérique et constitue un système ou un discours parmi une multitude de tels systèmes ou de discours. Les phénomènes qui relèvent de ce domaine, autrement dit les communications à structure ou à réglementation juridique, sont décrits dans un langage qui, d'une manière objectiviste, fait abstraction de la vision que les acteurs ont d'eux-mêmes. Sur la voie qui, des premières controverses du XVIII^e siècle entre doctrines relatives à la société naturelle et au droit naturel, conduit au structuralisme et à la théorie des systèmes, la réflexion sociologique semble miner de façon irrévocable non seulement l'approche prescriptiviste et rationaliste par laquelle les théories contractualistes abordent la société mais, d'une façon générale, le droit en tant que catégorie centrale de la théorie sociale. La sociologie du droit de N. Luhmann est la variante la plus conséquente d'une théorie qui, par rapport aux théories sociales classiques, attribue au droit une position marginale en neutralisant par une description objectiviste le phénomène d'une validité juridique qui est accessible de façon interne.

Le droit n'est ici compris que sous l'angle fonctionnel privilégiant la stabilisation des attentes de comportement. Dans les sociétés à différenciation fonctionnelle, la spécialité du droit consiste à généraliser les attentes de façon convergente, à la fois dans la dimension temporelle, dans la dimension sociale et dans la

dimension matérielle, de façon à permettre une décision contraignante, selon le code binaire légal-illégal, à propos de conflits surgis de façon contingente. Le système juridique dans son ensemble comprend toutes les communications fondées sur le droit. Dans un sens plus étroit, il comprend les actes de droit qui changent la situation juridique et qui, ce faisant, sont étroitement liés aux procédures juridiques institutionnalisées, aux normes juridiques et aux interprétations de la doctrine juridique. Ces définitions conventionnelles de la sociologie du droit ne prennent, à vrai dire, un sens spécifique que grâce à l'hypothèse selon laquelle la différenciation du droit au cours de l'évolution peut se comprendre comme une autonomisation qui finit par conférer au droit devenu positif l'indépendance d'un système autopoïétique. Cycle de communication récursivement fermé, le système juridique se délimite alors de façon autoréférentielle vis-à-vis de ses environnements, si bien que ses relations externes ne passent plus que par l'observation. Il décrit à son tour ses propres composantes à l'aide de catégories juridiques, ces autothématisations lui permettant de constituer et de reproduire les actes juridiques par ses propres moyens. Le système juridique devient autonome à mesure que ses composantes sont reliées de telle façon que « les normes et les actes juridiques s'engendrent réciproquement et que les procédures et la doctrine mettent à leur tour ces relations en relation. »

1) Première conséquence de cette conception, le système juridique qui, à la façon d'une monade, est à la fois fermé et ouvert, se trouve dissocié de tous les autres systèmes d'action. Devenu autonome, le système juridique n'a plus de relations d'échange directes avec les environnements qu'il rencontre à l'intérieur de la société et n'exerce plus sur eux d'effet régulateur ; sur la base de la construction d'environnements chaque fois particuliers, le contact, établi au moyen de l'observation, avec de événements se situant au-delà de ses limites, n'offre au plus au système juridique fermé de manière autopoïétique que des occasions d'agir sur lui-même.

2) La deuxième conséquence, c'est l'effacement de toutes les traces qu'un système juridique, se concevant comme normatif, avait encore laissées dans les théories classiques de la société. Lorsque la théorie de l'apprentissage réinterprète les attentes de comportement normatives en en faisant des attentes cognitives qui sont maintenues de manière contrefactuelle, la dimension déontologique de la valeur nominale et par là le sens illocutoire des normes d'action et des commandements se trouvent déjà supprimés. La différence entre être et devoir-être, entre valeur de vérité et valeur nominale, est réduite à deux possibilités de réagir qui, en tant que volonté ou refus d'apprendre, ne représentent une alternative que par rapport à des ententes cognitives. On appelle alors « normatives » les attentes cognitives qu'en cas de déception, on n'est pas prêt à réviser.

3) C'est seulement cette réinterprétation empiriste des aspects normatifs du droit qui rend plausible la dissociation entre le système juridique et toutes les relations internes, d'une part, à la morale, et de l'autre, à la politique. Elle prédétermine l'analyse ultérieure, de telle façon que le droit se réduit à une fonction spéciale, celle de son application. On perd alors de vue le lien interne qui existe entre le droit et l'organisation démocratique propre à un Etat de droit qui règle à la fois la genèse, l'acquisition et l'usage du pouvoir politique.

4) Enfin, ce qui est déterminant, c'est l'objectivation du droit en système auto-réglé. Une telle description prive la communication relative au légal et à l'illégal du sens qu'elle a pour l'intégration sociale. De ce fait, les normes et les actes juridiques perdent tout lien avec la supposition selon laquelle existent, à

l'intérieur d'une association réunissant les sociétaires juridiques, des processus d'entente rationnellement motivés. Décrite comme une opération systémique, l'intégration juridique est assimilée au modèle d'une socialisation non intentionnelle.

5) C'est ainsi que les prétentions à la validité et les raisons émises dans les discours juridiques perdent à leur tour toute valeur intrinsèque. Le sens des arguments juridiques ne consiste plus qu'à réduire la surprise provoquée par les décisions dont les motivations sont autres et à en accroître l'acceptation effective.

5') [objection partielle de Habermas] Les raisons (...) sont par nature ambiguës. Elles n'assurent pas seulement la cohérence d'un savoir acquis, mais elles sont également novatrices en réinterprétant le nouveau et en transformant les contextes du savoir. C'est d'ailleurs pourquoi les décisions fondamentales en matière juridique nécessitent un effort d'argumentation plus important que les décisions routinières. Du reste, dans la mesure où elle n'admet pas la distinction entre décisions juridiques factuelles et justes, une considération systémique ne peut nullement expliquer la fonction propre de la justification qui consiste précisément à éviter ou corriger les erreurs.

6) Décrit en tant que système autopoïétique, le droit, vu sous l'angle distanciant de la sociologie, est dépouillé de toute connotation normative, en dernière instance relative à l'auto-organisation d'une communauté juridique. Ce droit narcissiquement marginalisé ne peut réagir qu'à des problèmes qui lui sont propres, tout au plus occasionnés par des influences extérieures. C'est pourquoi il ne peut ni percevoir ni traiter les problèmes qui pèsent sur le système social dans son ensemble. (p. 66)

G. Teubner, le droit comme médium de communication.

« Existe-t-il, dans la société moderne, quelque chose comme un minimum épistémique qui, en dépit de toute autonomisation, sert de dénominateur commun à tous les discours sociaux ? Existe-t-il quelque chose comme une covariation, voire comme une co-évolution, entre épistémè sociales autonomes ? Ou alors un lien ne peut-il être établi que dans la mesure où une épistémè est reconstruite dans le cadre d'une autre ? »

Teubner aborde cette question en séparant, d'une part, le côté réceptif du traitement des « savoirs factuels » hétérogènes — économiques, techniques, psychiatriques et d'une façon générale scientifiques — qui doivent être traduits dans le code juridique et y être reconstruits, sans que le système juridique lui-même puisse assumer la « pleine autorité épistémique » pour la fiabilité du savoir hétéronome ainsi incorporé ; de l'autre, le côté régulateur qu'une « influence », si indirecte soit-elle, exercerait sur d'autres domaines sociaux. Distinguant ces deux directions de la communication, Teubner se voit obligé de supposer l'existence d'un médium de la « communication sociale générale ». Du côté de l'influence régulatrice exercée sur d'autres sous-systèmes, d'autres discours et d'autres épistémè, etc., il ouvre, sous le mot clef d'interférence entre droit et société, le droit autopoïétique à des contacts réels avec l'économie, la politique, l'éducation, la famille, etc., contacts qui ne sont pas de simples « impulsions ». Dans la mesure où de tels sous-systèmes entrent en contact les uns avec les autres par l'intermédiaire du même événement, communicationnel, il doit être possible que des actions ayant des références systémiques différentes « interfèrent » dans un seul et même acte de communication. Ainsi, lors de la

conclusion d'un contrat de gérance, l'acte juridique « interfère » avec une transaction économique et avec des processus affectant le monde vécu des intéressés.

[Mais], dans une société qui, décomposée de façon centrifuge en sous-systèmes qui ne sont capables de communiquer avec eux-mêmes qu'au moyen d'un langage qui est chaque fois le leur, est totalement décentrée, il ne reste aucun lieu pour une communication engageant la société dans son ensemble, lui permettant de se thématiser et d'agir sur elle-même. Or Teubner remplace le centre perdu par le « monde vécu ». Celui-ci se constitue par un langage qui circule à travers tous les domaines sociaux et présente une structure auto-référentielle permettant de traduire tous les codes. Une interférence systémique qui signifie que « non seulement l'observation, mais encore la communication est possible entre système et monde vécu », requiert, en dessous du seuil des codes spécifiques, un médium de communication général. Celui-ci ressemble à s'y tromper au langage ordinaire. Il permet de différencier les media de régulation tels que l'argent ou le pouvoir, mais ne peut lui-même être compris comme un mécanisme systémique.

La spécification fonctionnelle du monde vécu s'effectue de telle façon que ses composantes — culture, société et structures de la personnalité — se différencient, certes, dans les limites d'un langage multifonctionnel, mais restent liées par ce médium. Il faut en distinguer la différenciation systémique qui passe par l'introduction de codes spéciaux et par laquelle des systèmes fonctionnels, tels que l'économie régulée par l'argent et une administration régulée par le pouvoir, se développent — exclusivement — à partir de la composante « société » du monde vécu. Sous de telles prémisses, le droit conserve une fonction charnière entre système et monde vécu, fonction incompatible avec l'idée selon laquelle le système juridique présenterait un isolement et un enkystement autopoïétiques. Ce que Teubner décrit comme une « opération d'interférence » résulte plutôt de la double position et de la fonction médiatrice, l'une et l'autre très singulières, qui sont celles du droit entre, d'une part, un monde vécu reproduit par le moyen de l'activité communicationnelle, et, de l'autre, les systèmes fonctionnels de la société qui constituent des environnements les uns pour les autres. Là où il rencontre les media de l'argent et du pouvoir administratif, qui sont sourds aux messages formulés en termes de langage ordinaire, le cycle de la communication propre au monde vécu est interrompu. En effet, ces codes spéciaux ne sont pas seulement différenciés à partir d'un langage ordinaire dont la structure est plus riche, mais encore dissociés de ce langage. Certes, il constitue un horizon universel de compréhension et peut en principe tout traduire à partir de toutes les langues. En revanche, il lui est impossible de mobiliser ses messages à l'intention de tous les destinataires, d'une façon qui agisse efficacement sur leur comportement. Pour opérer la traduction dans les codes spéciaux, ce langage ordinaire dépend du droit, qui communique avec ces média de régulation que sont l'argent et le pouvoir administratif. Le droit fonctionne en quelque sorte comme un transformateur qui empêche le tissu de la communication à l'échelle de la société dans son ensemble, fondement de l'intégration sociale, de se déchirer. Ce n'est que dans le langage du droit que les messages à contenu normatif peuvent circuler à l'échelle de la société dans son ensemble ; entrant dans les domaines d'action régulés par les media, ils tomberaient dans l'oreille d'un sourd s'ils n'étaient pas traduits dans le code juridique, code complexe ouvert à la fois au monde vécu et au système. (p. 70)

Critique de la Théorie de la justice de Rawls (1971)

[Partie non reprise]

Le discours philosophique : Weber et Parsons

Le discours philosophique sur la justice [Rawls, Dworkin] oublie la dimension institutionnelle que, de son côté, le discours tenu par les sciences sociales sur le droit vise d'emblée. Lorsque le droit n'est pas considéré comme un système d'action empirique, les concepts philosophiques restent vides. En revanche, si la sociologie du droit, insensible au sens de la dimension symbolique qui n'est accessible que de l'intérieur, s'obstine à adopter un point de vue extérieur et objectivant, c'est, inversement, la vision sociologique qui risque de rester aveugle.

Ce sont surtout des approches d'inspiration néo-kantienne qui se sont armées contre ce danger, en opérant avec une conception qui considère que les idées et les intérêts (Max Weber) ou les valeurs culturelles et les mobiles (Parsons) s'interpénètrent dans les ordres sociaux. A leurs yeux, l'activité institutionnalisée est une réalisation sélective de valeurs culturellement reconnues, avec des restrictions spécifiques s'appliquant dans certaines situations. Les ordres sociaux donnent réalité à des attentes de comportement normatives, en spécifiant leurs valeurs en fonction de conditions d'application concrètes et en les intégrant à des intérêts donnés.

Max Weber, lui, se fondait sur une anthropologie dualiste selon laquelle les sujets d'action sont confrontés à des besoins à la fois intérieurs et extérieurs, aspirant à des biens aussi bien idéels que matériels. Talcott Parsons part lui aussi d'orientations axiologiques et de dispositions relatives aux besoins, orientations et dispositions qui demandent à être accordées les unes aux autres. Indépendamment d'hypothèses de ce type, fondées sur une théorie de la personnalité, on peut développer un concept d'institution analogue à partir du problème formel que pose la coordination de l'action. (p. 81)

Le consensus axiologique de Durkheim :

Dans chaque situation, un acteur dispose de plus de possibilités qu'il ne peut réaliser dans l'action. Or, si en fonction de ses propres attentes de succès, tout participant d'une interaction choisissait chaque fois l'une des alternatives offertes parmi l'ensemble des options qui s'offrent à lui, c'est un conflit permanent qui résulterait de la rencontre contingente entre sélections indépendantes, conflit qui ne saurait être stabilisé par le fait que les intéressés, à travers les attentes qu'ils escomptent les uns des autres, s'adaptent réflexivement les uns aux autres afin de prendre leur décision chaque fois personnelle dans l'attente d'une décision anticipée des autres acteurs. La rencontre contingente entre différents intérêts attendus et entre différents calculs du succès ne donnent pas encore naissance à un ordre social.

Pour expliquer la formation et la stabilité des modèles de comportement, Durkheim a par conséquent postulé l'existence à la fois d'un consensus axiologique préalablement établi et d'une orientation des intéressés en fonction de valeurs intersubjectivement reconnues. Il faut dès lors expliquer comment

des acteurs dont les décisions sont libres se laissent d'une façon générale, lier par des normes, autrement dit comment ils se laissent obliger par celles-ci, et se trouvent réaliser les valeurs correspondantes. Si douce que soit la contrainte exercée par ces exigences normatives, pour que les acteurs ne l'éprouvent pas comme une force imposée de l'extérieur, il faut qu'ils en fassent une contrainte morale, autrement dit qu'ils la transforment en motivation personnelle. Durkheim s'efforce d'opérer une traduction sociologique de l'autonomie kantienne qui fonde l'engagement vis-à-vis d'un ordre suprapersonnel sur un discernement personnel et donc sur autre chose qu'une simple liberté de choix.

Ce qui est requis, c'est une relation symétrique entre l'autorité morale des normes en vigueur, et le contrôle de soi ancré dans les structures de la personnalité. Comme le dit Parsons, des valeurs intériorisées doivent correspondre à celles qui sont institutionnalisées. Les destinataires des normes ne seront suffisamment motivés pour accepter une obéissance moyenne à celles-ci que s'ils ont intériorisé les valeurs qui y sont incarnés [Ce qui est une inversion du projet kantien, puisque, à travers l'ouverture du débat critique politique, c'est la conformité de l'ordre légal institutionnel à la systématisme rationnelle de la loi morale qui est visée. Cette inversion apparaît dès que la correspondance des normes institutionnalisées et des valeurs « intérieures » ne s'exprime plus seulement en termes de symétrie, mais en termes de « transformation » des premières dans les secondes à travers un processus d'intériorisation. En d'autres termes, toute « traduction » sociologique de l'autonomie kantienne court le risque d'une perversion radicale, à la limite du non-sens. Cette inversion est ainsi capitale, puisque, en un sens, c'est elle qui peut légitimer, ou plutôt inférer, en tant qu'inversion, les velléités soi-disant kantiennes du troisième Reich. La suite du texte de Habermas poursuit par ailleurs le fil de cette inversion : « Certes, en règle générale l'intériorisation, qui apporte un fondement motivationnel aux orientations axiologiques des acteurs, n'est pas un processus dénué de répression. Mais il en résulte une autorité inhérente à la conscience morale qui, pour l'individu, s'accompagne de la conscience de son autonomie.» (p. 82)]

« L'ordre légitime » de Max Weber :

Correspond à cela la conception de Max Weber, selon laquelle les ordres sociaux ne seront durables qu'en tant qu'ordres légitimes. « A notre sens, la « validité » d'un ordre signifie quelque chose de plus qu'une simple régularité dans le déroulement de l'activité sociale, conditionnée par une coutume ou par une situation commandée par l'intérêt. » (Economie et Société). La « coutume » repose ici sur une habitude sourde, pour ainsi dire mécanique, tandis que « l'action fondées sur un ordre légitime » requiert une orientation consciente en fonction d'une entente considérée comme valide : « Nous entendons par « entente » le fait qu'une activité qui s'oriente d'après les attentes que suscite le comportement d'autrui possède une chance « valant » empiriquement de voir ses attentes se réaliser, pour la raison qu'il existe objectivement une probabilité selon laquelle les autres considéreront pratiquement eux aussi ces attentes comme significativement « valables » pour leur comportement, malgré l'absence de tout accord préalable. (...) Nous appellerons « activité en entente » (Einverständnishafteln) l'activité communautaire qui s'oriente (et tant qu'elle s'oriente) dans son développement d'après cette sorte de chances d' « entente ». »

Certes, Weber affirme ici que les motivations permettant d'attendre le comportement des autres sont indifférentes. Mais ces motivations incluent à tout le moins aussi la supposition justifiée d'un ordre légitime ; et celui-ci repose sur un consensus axiologique, en ce sens que les idées ou les valeurs qui s'y incarnent doivent être intersubjectivement reconnues.

« Nous désignons d'une part le contenu significatif d'une relation sociale par le concept d'« ordre » uniquement dans le cas où l'activité se guide (en moyenne ou approximativement) sur des « maximes » qu'on peut expliciter. Nous parlerons d'autre part de « validité » de cet ordre uniquement lorsque l'orientation effective de l'activité selon ces maximes se fait pour le moins aussi (c'est-à-dire dans une mesure importante) pour la raison qu'elles sont considérées comme valables d'une manière ou d'une autre pour l'activité, qu'elles soient obligatoires ou exemplaires. (...) L'ordre que l'on respecte uniquement pour des motifs rationnels en finalité est généralement beaucoup plus instable que si l'orientation se fait purement et simplement en vertu de la coutume, en raison du caractère routinier d'un comportement ; c'est même là, de toutes les espèces d'attitudes intimes, la plus courante. Néanmoins cet ordre est encore incomparablement moins stable que celui qui s'affirme grâce au prestige de l'exemplarité et de l'obligation, je veux dire de la légitimité. »

Lorsque l'action est fondée sur un ordre légitime, l'entente réciproque supposée se rapporter au fait que « à côté des autres motifs, l'ordre apparaît au moins à une partie des agents comme exemplaire ou obligatoire, et par conséquent comme devant valoir. » D'un autre côté, un ordre légitime ne repose pas seulement sur une entente normative, ancrée à l'intérieur du psychisme grâce à l'intériorisation des valeurs correspondantes. Dans la mesure où sa validité n'est pas fondée par l'autorité religieuse ou, de façon purement morale, par une foi axiologique rationnelle, et donc garantie par des sanctions internes correspondantes (soit la crainte de perdre telles valeurs sotériologiques, soit la pudeur ou le sentiment de culpabilité), ainsi que par la faculté de s'obliger soi-même, elle a besoin de garanties externes. Dans ces cas, l'attente de légitimité inhérente à un ordre social est stabilisée par la convention ou par le droit. On sait que Weber parle de « convention » lorsque la validité sociale est garantie de façon externe, par une « désapprobation générale et pratiquement sensible » à l'égard de tout comportement déviant ; il parle en revanche de « droit » lorsqu'un comportement de conformité moyenne aux normes est garanti par la menace d'appliquer des sanctions externes, formulée par une « instance chargée d'exercer la contrainte ». L'entente que l'on peut supposer dans le cadre de l'action fondée sur un ordre légitime s'appuie sur un alliage de raisons et de mobiles empiriques, les raisons se distinguant les unes des autres selon qu'elles se déduisent de récits mythiques, de visions du monde religieuses ou de doctrines métaphysiques, ou qu'elles sont d'origine profane et naissent d'un usage de la raison pratique, fondé soit sur une orientation pragmatique et rationnelle en finalité, soit sur l'éthique, soit encore sur la morale. (p. 83)

Ambivalence des institutions, congruence des discours :

Cette base mixte de la validité de l'entente, qui assure à un ordre sa validité sociale et par là la possibilité de s'attendre à une obéissance factuelle moyenne, reflète la nature ambivalente de toute institution. Les intérêts ne peuvent être satisfaits durablement au moyen d'attentes de comportement généralisées, que si ces intérêts s'associent à des idées justifiant des prétentions à la validité normative ; inversement, les idées ne peuvent s'imposer empiriquement que si

elles s'associent à des intérêts qui leur confèrent une force leur permettant de les réaliser. [Chez Kant, cette force est également thématifiée dans sa nécessité ; mais, pour Kant, cette thématification ne peut s'effectuer qu'au sein du questionnement plus vaste des conditions subjectives d'efficacité de la raison telles qu'elles sont interrogées dans l'opuscule de 1786. Transférer cette force dans l'ordre des motivations empiriques, c'est, comme la précédente inversion le suggérait, jouer la carte de l'idéalisme allemand — si ce n'est celui de Hegel, du moins celui de Schiller.]

Du point de vue de la méthode, on peut en tirer la conclusion que les ordres légitimes peuvent être analysés aussi bien à partir « du haut » qu'à partir « du bas » ; une sociologie reconstructive doit rendre compte des deux points de vue à la fois. C'est également de cette manière que le discours sociologique traitant du droit peut se rattacher au discours philosophique traitant de la justice, tout en franchissant les limites.

L'analyse reconstructive, à laquelle il s'agit de procéder du point de vue du participant juge ou citoyen, vise les contenus sémantiques incarnés dans le substrat normatif, autrement dit ces idées et ces valeurs à partir desquelles on peut expliquer la prétention à la légitimité ou la validité idéale d'un système juridique (ou encore de normes isolées). L'analyse empirique, à laquelle il s'agit de procéder du point de vue de l'observateur, vise l'ensemble composé à la fois de la croyance en la légitimité, des intérêts, des sanctions et des circonstances, et vise donc la logique des situations d'action qui expliquent la validité empirique et la réalisation factuelle des attentes de comportement institutionnalisées par le droit. Max Weber fait une distinction analogue entre le point de vue du juriste et le point de vue du sociologue. Selon lui, l'un a affaire au contenu sémantique objectif des propositions juridiques, l'autre à une pratique juridiquement réglementée pour laquelle « entre autres les représentations que les hommes se font de la « signification » et de la « validité » de certaines propositions juridiques jouent un rôle important. » (Essai sur la théorie de la science)

C'est sur cette même distinction que Weber ouvre sa sociologie du droit. Le juriste se demande « ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande en revanche ce qu'il en advient en fait dans la communauté : en effet, la chance existe que les hommes qui participent à l'activité communautaire (...) considèrent subjectivement que certaines prescriptions doivent être observées et se comportent en conséquence, c'est-à-dire qu'ils orientent leur activité conformément à ces prescriptions. » (p. 84)

Aspects formel matériel de la rationalisation du droit : la dissociation féconde :

A côté de la différenciation progressive des domaines matériels du droit, Weber observe la rationalisation du droit, à la fois du point de vue de la réalisation généralisante et systématisante des programmes et des voies judiciaires, et du point de vue de la transformation des bases de la validité cognitive du droit. Voici comment Schluchter résume l'analyse réalisée de façon immanente du point de vue juridique : « Nous étions partis des distinctions faites par Weber entre, d'une part, un droit révélé, un droit traditionnel, un droit déduit et un droit édicté, et, de l'autre, une rationalisation formelle et une rationalisation matérielle du droit.

Notre thèse était que Weber avait distingué entre un aspect formel et un aspect matériel du droit et discuté la rationalisation du droit, certes inégalement, de ces deux points de vue. Il doit donc y avoir aussi bien une rationalisation des voies judiciaires qu'une rationalisation de la base juridique, l'une et l'autre étant liées du point de vue de l'histoire empirique mais devant être distinguées d'un point de vue analytique. Pendant que la procédure juridique se logicise, la base de validité du droit devient abstraite et universelle. De principes qui transcendent le droit, elle passe en même temps à des principes immanents au droit et ainsi devient profane. » (Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus, (1979) [Mais s'agit-il ici d'une seule et même rationalité ?])

Dans notre contexte, seul importe l'aspect méthodologique qui veut que la sociologie du droit dépend elle aussi d'une reconstruction exigeante des conditions de validité sur lesquelles repose cette « entente fondatrice de la légalité » qui est présupposée dans les systèmes du droit moderne. On voit en effet, de ce point de vue, que le droit devenu positif et la différenciation consécutive entre droit et morale sont l'aboutissement d'un processus de rationalisation qui détruit, certes, les garanties métasociales de l'ordre juridique, mais ne fait nullement disparaître l'aspect pour nous indisponible de la prétention à la légitimité inhérente au droit. En minant le « règne double » du droit sacré et du droit profane, et par là la hiérarchie légale, le désenchantement des visions religieuses du monde n'a pas que des conséquences destructrices ; il entraîne également une réorganisation de la validité juridique en faisant passer en même temps les concepts fondamentaux de la morale et du droit à un niveau de fondation postconventionnel. La distinction entre normes d'action et principes d'action, le concept d'une génération des normes sur la base de principes et d'un accord librement consenti sur des règles normativement obligatoires, la conception de la force instauratrice du droit dont disposent les personnes juridiques dans leur autonomie privée, etc., sont à l'origine d'une idée de normes positivement instaurées et donc transformables, mais en même temps critiquables et nécessitant une justification. Luhmann a ramené la positivité du droit à cette formule trop courte, selon laquelle « le droit n'est pas seulement édicté (autrement dit choisi) en vertu d'une décision, mais il est en vigueur en vertu d'une décision (et donc de façon contingente et transformable). » (Rechtssoziologie, (1983)). En effet, la positivité du droit postmétaphysique signifie également que les ordres juridiques ne peuvent plus être construits et développés qu'à la lumière de principes rationnellement justifiés et donc universalistes.

Max Weber tient compte de ce lien interne entre principe d'édition et principe de justification, établi au niveau de la théorie de l'action, lorsqu'il fait l'analyse de l'action régulée par le droit (l'action menée en fonction de la société à la différence de l'action menée en fonction de la communauté), en partant du modèle de l'association à but déterminé, fondée sur une édition du droit dont on a convenu rationnellement. On y suppose en effet l'existence d'une entente fondée sur la légalité, qui réunit en elle, d'une manière idéale-typique, les deux éléments ; en effet, l'édition est valide, d'une part parce qu'elle a été positivement instaurée en accord avec le droit en vigueur de l'association, et, de l'autre, parce qu'on en a convenu rationnellement. La rationalité spécifique d'une telle édition réside dans le fait que les membres de la communauté ne se soumettent à la contrainte des règles sanctionnées par l'Etat qu'en fonction d'un consensus fondé. A vrai dire, Weber est convaincu que, si les ordres légaux peuvent être considérés comme légitimes, ce n'est pas seulement en fonction de la supposition d'une telle entente obtenue de façon rationnelle, mais encore « en

vertu d'un octroi , sur la base d'une domination de l'homme sur l'homme et d'une obéissance valant comme légitimes. »

Or, dans la mesure où la domination légale ne peut à son tour être considérée comme légitime qu'en vertu de sa forme juridique, une telle alternative appelle une explication. La base paradoxale de la validité de la « domination légale » n'est sans doute pas seulement due à un emploi peu clair du concept de rationalité, (Cf. Théorie de l'agir communicationnel) mais aussi à la manière singulièrement réductrice dont Weber traite le droit moderne dans les limites de sa sociologie de la domination. Bien qu'il explique la rationalisation du droit à partir de ses aspects internes et dispose des moyens analytiques pour reconstruire les bases de la validité du droit moderne, celles-ci restent néanmoins, dans l'ombre projetée par son scepticisme axiologique, des fonctions que le droit remplit pour l'organisation et l'exercice de la domination légale, l'une et l'autre étant définies par la compétence. Pour Weber, les types du droit sont, d'une façon générale, le fil directeur de l'étude des types de la domination légitime ; le droit moderne est ici placé dans le contexte fonctionnel de la domination bureaucratique de l'Etat rationnellement organisé, à tel point que la fonction propre du droit, celle de contribuer à l'intégration sociale, ne trouve pas l'attention qu'elle mérite.

Selon Weber, l'Etat de droit ne tire pas, en dernière instance, sa légitimation de la force démocratique dans laquelle se déroule la formation de la volonté politique, mais seulement des prémisses d'un exercice de la domination politique sous forme juridique, autrement dit de la structure abstraite qu'ont les lois en tant que règles ou de l'autonomie des juristes (Jurisprudenz), ainsi que du fait que l'administration soit liée par la loi et structurée de façon « rationnelle » (les fonctions ici exercées étant continues et fixées par écrit, l'organisation des services publics fondés sur la compétence, la structure de l'administration hiérarchique, les fonctionnaires disposant d'une formation spécialisée, la fonction et la personne étant séparées, l'instance administrative à son tour séparée des moyens dont dispose l'administration, etc.). Chez Weber, on découvre ainsi une image spécifiquement allemande de l'Etat de droit, complétée par la domination élitiste des partis politiques. (p. 88)

La « communauté sociétale » de Parsons :

C'est une autre image qui se dessine lorsque, comme Parsons, on considère l'Etat de droit moderne du point de vue d'une juridicisation du pouvoir politique s'effectuant dans les limites structurelles définies par les bases rationnelles de validité qui fondent le droit moderne, et permettant au mode de légitimité démocratique, ancré à la fois dans la société civile, dans l'espace public politique et dans le statut du citoyen, de se mettre en ?uvre. Parsons appelle le domaine central à partir duquel chaque système social différencié est censé se développer, la « communauté sociétale » (societal community). Celui-ci comprend tous les domaines d'action spécialisés dans l'intégration : d'un côté, les pratiques symboliques qui (tels les rites, le culte religieux, les cérémonies nationales) assurent la solidarité sociale ; de l'autre, les institutions au second degré qui (comme la morale et le droit) régulent des conflits d'action répondant à des types déterminés, et entrent donc en action au moment des perturbations qui menacent la stabilité des attentes de comportement institutionnalisées au premier degré. La morale et le droit représentent quelque chose comme des cautions se substituant aux opérations d'intégration sociale de tous les autres ordres institutionnels. Dès les sociétés tribales, on voit se développer une telle

structure normative autoréférentielle, à travers les pratiques archaïques du droit que sont l'arbitrage, l'oracle, la diffidation, la vendetta, etc. Le droit est un ordre légitime devenu réflexif par rapport au processus de son institutionnalisation. En tant que tel, il constitue le cœur d'un système communautaire qui, de son côté, est la structure de la société dans son ensemble.

Les trois stades de l'évolution sociale du droit :

A la différence de Weber, Parsons observe l'évolution sociale du droit sous l'aspect de sa propre fonction, qui consiste à assurer la solidarité sociale, et non sous l'aspect de sa contribution à la formation de la domination. Dans les sociétés antérieures à la civilisation développée, le droit ne s'est pas encore dissocié des autres structures normatives et reste diffus. Ce n'est qu'avec le passage des sociétés tribales aux civilisations développées que se forme un droit partiellement autonome. Cette étape de l'évolution est caractérisée par un type d'organisation étatique dans lequel le droit et le pouvoir politique forment une synthèse remarquable. D'une part l'Etat permet d'institutionnaliser les procédures d'exercice et d'application du droit qui sont antérieures et supérieures aux parties en conflit ; d'autre part l'Etat ne se constitue qu'en tant que hiérarchie juridiquement définie de fonctions et se légitime en même temps par la forme juridique de l'exercice du pouvoir administratif. Un droit sanctionné par l'Etat et un pouvoir politique exercé sous forme juridique s'appellent ainsi l'un l'autre. C'est à ce niveau seulement que peuvent se développer les éléments bien connus du système juridique, c'est-à-dire les normes juridiques ou les programmes décisionnels qui se rapportent aux futurs cas possibles et qui assurent par anticipation les prétentions, fondées en droit, des normes juridiques secondaires, permettant d'établir et de modifier les normes de comportement primaires, une organisation de l'exercice de la justice qui transforme les prétentions fondées en droit en droits d'agir en justice et, enfin, une mise à exécution du droit sur laquelle s'appuie la menace de sanctions, etc.

De la communauté sociétale à la société civile :

Dans la mesure où c'est seulement le droit fondé sur l'existence d'un Etat qui prend les traits d'un système juridique, la décision de Max Weber, en fonction de sa stratégie théorique, de comprendre le droit comme une partie du système politique, est en un sens convaincante. Ce qui l'est moins, c'est l'opération supplémentaire, suggérée par Luhmann, qui consiste à soustraire le droit, tel qu'il s'est différencié à l'époque moderne, au domaine de la politique et à en faire un sous-système autonome à côté de l'administration, de l'économie, de la famille, etc. Parsons qui, comme Durkheim, pense que le développement du droit est lié à l'évolution du système communautaire, part d'un autre point de vue. Dans les sociétés modernes, ce système prend la forme d'une société civile qui se dissocie en outre de l'économie capitaliste. De son précurseur qu'est la communauté sociétale la société civile hérite le rôle de représentant de l'intégration sociale dans son ensemble.

Le passage du droit traditionnel à une justification rationnelle :

Sous les noms de généralisation des valeurs et d'inclusion, Parsons traite plutôt accessoirement les aspects internes du passage du droit traditionnel à une

justification rationnelle et à un statut positif ; à l'universalisme moral des bases de validité du droit moderne correspond ainsi l'inclusion progressive de tous les membres de la société à l'association des personnes juridiques libres et égales. Parsons évoque le développement du droit surtout sous ses aspects externes. Le début des Temps modernes est dominé par le processus structurant qu'est la différenciation d'un système économique régulé à travers le médium de l'argent et dissocié d'un ordre de la domination politique qui, à son tour, prend la forme d'un système régulé par le pouvoir administratif. Ces deux formations de sous-systèmes signifient en même temps que la société civile se dissocie aussi bien de l'économie que de l'Etat. Les formes traditionnelles de la communauté se modernisent pour donner naissance à une société civile qui, sous le signe du pluralisme religieux, prend également ses distances avec les systèmes d'action culturels. Ces processus de différenciation donnent lieu à un besoin d'intégration d'un type nouveau, auquel le droit devenu positif réagit de trois manières.

1) Les media de régulation que sont l'argent et le pouvoir administratif sont ancrés dans le monde vécu à travers l'institutionnalisation juridique des marchés et des organisations bureaucratiques.

2) En même temps, les contextes d'interaction, dans lesquels les conflits surgis pouvaient jusqu'alors être surmontés éthiquement, que ce soit sur la base de l'habitude, de la loyauté ou de la confiance, sont soumis au droit, autrement dit formellement réorganisés de façon à permettre aux intéressés, en cas de conflit, de faire valoir leurs prétentions fondées en droit.

3) Le complément nécessaire de cette juridicisation à laquelle sont soumis tous les rapports sociaux est l'universalisation du statut du citoyen, institutionnalisé par le droit public. Le noyau de cette citoyenneté est constitué par les droits de participation politique, droits exercés dans les nouvelles formes de communication de la société civile, dans un tissu d'associations volontaires protégé par les droits fondamentaux, ainsi que dans les formes de communication d'un espace public créé par les mass media.

De la citoyenneté à l'enseignement :

Etant donné que la forme positive du droit résulte irrésistiblement de la rationalisation des bases de sa validité, le droit moderne ne peut stabiliser les attentes de comportement d'une société complexe, constituée de mondes vécus structurellement différenciés et de sous-systèmes fonctionnellement autonomes, que si, en tenant lieu d'une communauté sociétale qui s'est à son tour transformée en société civile, il peut maintenir l'héritage de l'exigence de solidarité sous la forme abstraite d'une exigence crédible de légitimité.

Les systèmes juridiques modernes honorent cette promesse au moyen de la généralisation et de la concrétisation du statut de citoyen. Dans le contexte du développement d'une société civile comme base des processus, à la fois publics et inclusifs, au moyen desquels se forment l'opinion et la volonté des sociétaires juridiques librement associés, Parsons souligne enfin l'importance de l'égalisation des chances d'accès à l'éducation et d'une façon générale, de l'émancipation du savoir culturel par rapport aux structures de classe. "Le foyer de la nouvelle phase est la révolution de l'enseignement, qui, en un sens, fait la synthèse des thèmes des révolutions industrielle et démocratique: égalité des chances et égalité de citoyenneté."

Avec ce concept d'une "révolution de l'enseignement", Parsons évoque également les conditions politico-culturelles d'un espace public politique susceptible de résonance, conditions auxquelles Rawls s'intéresse à juste titre,

dans la mesure où les critères des processus de légitimation conformes à l'Etat de droit dépendent d'autant plus des processus de communication publique non organisés, que l'exigence de légitimité des systèmes juridiques modernes est effectivement honorée par une égalité réelle des citoyens.

Le droit comme traduction de la solidarité: Parsons et Marshall

Parsons comprend le droit moderne comme une courroie de transmission permettant de traduire la solidarité — et donc les structures exigeantes de la reconnaissance réciproque que nous connaissons dans nos conditions de vie concrètes, sous une forme abstraite mais qui dispose néanmoins d'une force d'obligation — dans les rapports d'une société complexe devenus anonymes et médiatisés par le système. Sa référence empirique est cette expansion des droits civils que T.H. Marshall a étudiée à propos de l'exemple anglais.

La division, proposée par Marshall, entre droits civils, droits politiques et droits sociaux est conforme à une classification juridique bien connue. Selon cette classification, les droits libéraux défensifs protègent a personne juridique privée contre les interventions illégales de l'Etat dans la vie, la liberté et la propriété; les droits de participation politique permettent au citoyen actif de participer au processus démocratique par lequel se forment l'opinion et la volonté; enfin, les droits sociaux de partenariat garantissent au sujet de l'Etat providence un revenu minimal et la sécurité sociale. Marshall défend la thèse selon laquelle c'est dans cet ordre que le statut du citoyen des sociétés occidentales s'est progressivement élargi et consolidé au cours des deux ou trois derniers siècles.

Critique de Parsons et Marshall par Habermas: le nivellement de la rationalisation

L'évolution, dans l'ensemble linéaire, que Marshall; et Parsons associent à leur conception de la citoyenneté, vaut tout au plus pour ce que les sociologues, en généralisant, appellent "l'inclusion". Dans une société de plus en plus différenciée du point de vue fonctionnel, un nombre de plus en plus important de personnes acquièrent des droits de plus en plus larges leur permettant d'accéder et de participer à des sous-systèmes de plus en plus nombreux, qu'il s'agisse de marchés, d'entreprises et d'emplois, de fonctions, de tribunaux ou d'armées permanentes, d'écoles et d'hôpitaux, de théâtres et de musées, d'associations politiques ou de moyens publics de communication, de partis, d'organisations autogestionnaires ou de parlements. Pour l'individu, les participations à des organisations se multiplient ainsi, en même temps que s'élargissent ses marges d'option. Mais cette vision d'un progrès linéaire est due à une description qui reste neutre quant aux accroissements tout comme aux pertes en autonomie. Elle reste aveugle quant à l'utilisation effective d'une citoyenneté active permettant à l'individu d'agir dans le sens d'une transformation démocratique de son statut.

En effet, seuls les droits de participation politique fondent la position juridique, réflexive et autoréférentielle du citoyen. En revanche, les droits garantissant la liberté négative et les droits sociaux de partenariat peuvent être accordés de façon paternaliste. l'Etat de droit et l'Etat providence sont en principe possible sans démocratie.

En effet, même là où les trois catégories de droits sont institutionnalisées, ces droits défensifs et ces droits sociaux de partenariat restent ambigus. Les droits libéraux qui, historiquement se sont cristallisés autour de la position sociale du propriétaire privé, peuvent être compris, d'un point de vue fonctionnel, comme

l'institutionnalisation d'un système économique régulé par le marché, tandis que, d'un point de vue normatif, ils garantissent certaines libertés subjectives d'ordre privé. D'un point de vue fonctionnel, les droits sociaux signifient la création de bureaucraties nécessaires à l'Etat providence, tandis que d'un point de vue normatif, ils garantissent les droits compensatoires à une juste participation à la richesse sociale. Certes, les libertés subjectives et les assurances sociales peuvent également être comprises comme la base juridique de cette autonomie sociale qui seule permet un exercice effectif des droits politiques. Mais il s'agit alors de rapports empiriques et non pas de rapports conceptuellement nécessaires. En effet, les droits garantissant la liberté et la participation aux richesses sociales peuvent tout aussi bien signifier l'abandon, au profit d'un retrait dans la vie privée, d'un rôle de citoyen qui se réduit alors aux rapports d'un allocataire aux administrations chargées de la prévoyance et de l'assistance.

Le syndrome de la privatisation du citoyen et l'exercice de son rôle du point de vue intéressé d'un allocataire gagnent en probabilité, dès lors que l'économie et l'Etat, institutionnalisés à travers les mêmes droits, développent une autonomie systémique et ainsi ne laissent aux citoyens que le rôle périphérique de simples membres d'une organisation. Le système de l'économie et de l'administration ont tendance à ignorer leurs environnements et à n'obéir qu'à leurs propres impératifs qui sont ceux de l'argent et du pouvoir administratif. Ils font éclater le modèle d'une communauté juridique qui se détermine elle-même à travers la pratique commune des citoyens. C'est le statut même des citoyens des démocraties de masse ayant pris la forme de l'Etat providence qui renferme la tension entre, d'une part, un élargissement de l'autonomie privée et civique et, de l'autre, la normalisation de la jouissance passive de droits accordés de façon paternaliste, telle qu'elle a été analysée par Foucault.

Une sociologie qui souhaite rester sensible à des tensions de ce type n'a, par conséquent, pas le droit de renoncer à une reconstruction rationnelle des droits civiques du point de vue interne du système juridique. Dans les concepts fondamentaux de sa théorie du système, même Parsons nivelle ce que Max Weber a reconstruit sous le nom de rationalisation du droit. Il traite, en effet, de l'"inclusion" et de la "généralisation des valeurs" comme des dimensions dans lesquelles le contenu normatif d'une conception du droit fondée sur l'idée d'intégration sociale, telle qu'elle a pris corps dans l'Etat de droit moderne, disparaît derrière les hypothèses fondamentales, en apparence seulement neutres, quant aux différents niveaux de l'intégration systémique.

Propédeutique à la fondation du droit :

1) Pour prévenir de tels nivellements, je reconstruirai d'abord (...) la conception de la citoyenneté du point de vue de son contenu normatif, en analysant le système des droits et les principes de l'Etat de droit. Ce faisant, j'essaierai d'éviter une ambiguïté répandue dans les discours philosophiques traitant de la justice et qui nous est suggérée par nos façons de parler du "droit" et des "droits". Nous parlons de "droits" à la fois au sens moral et au sens juridique.

J'aimerais, au contraire, distinguer d'emblée entre droit et morale, et ne pas me contenter, comme Rawls, d'une distinction entre justice politique et morale, l'une et l'autre se situant au même niveau d'exigences de validité purement normatives. Par "droit", j'entends le droit moderne édicté qui prétend à la fois à une fondation systématique et à une interprétation et à une mise en exécution obligatoires. Le droit ne représente pas seulement, comme la morale postconventionnelle, une forme de savoir culturel, mais constitue en même

temps une composante du système des institutions sociales. Le droit est à la fois un système de savoir et un système d'action. On peut le concevoir aussi bien comme un texte fait de propositions et d'interprétations normatives, que comme un ensemble de régulateurs d'action. Dans la mesure où les mobiles et les orientations axiologiques sont liés à l'intérieur du droit en tant que système d'action, les propositions juridiques ont une efficacité pratique immédiate que n'ont pas les jugements moraux. D'un autre côté, les institutions juridiques se distinguent des ordres institutionnels primitifs par leur rationalité comparativement plus élevée; car elles incarnent un système de savoir ayant la forme d'une doctrine élaborée, autrement dit un système de savoir articulé, élevé à un niveau scientifique et lié à une morale fondée sur des principes.

2) Le concept de monde vécu, tel que l'introduit la théorie de la communication, rompt lui aussi avec l'idée d'un tout composé de parties. Le monde vécu se constitue d'un tissu d'actes de communication qui se ramifient à travers les espaces sociaux et les temps historiques, actes qui se nourrissent de traditions culturelles et d'ordres légitimes tout en dépendant des identités d'individus socialisés. C'est pourquoi le monde vécu n'est pas une macro-organisation constituée de membres, ce n'est pas une association ou une union formée par des individus qui se rassemblent, ni un collectif composé de ses adhérents. Les individus socialisés ne pourraient pas même s'affirmer en tant que sujets, s'ils n'étaient pas à même de s'appuyer sur les rapports de connaissance réciproque articulés sur les traditions culturelles et stabilisés par les ordres légitimes (et inversement). La pratique quotidienne de la communication, dans laquelle le monde vécu trouve assurément son centre, tire son origine à la fois de la reproduction culturelle, de l'intégration sociale et de la socialisation, autrement dit de leur jeu combiné. La culture, la société et la personne se présupposent réciproquement.

3) Font partie du droit toutes les communications fondées sur le droit; dans ce cadre, les règles juridiques se rapportent réflexivement à l'intégration qui est effectuée de façon directe dans le cours de l'institutionnalisation. Mais le code juridique ne garde pas seulement le contact avec le médium du langage ordinaire par lequel passent les opérations d'entente assurant l'intégration sociale du monde vécu; il traduit également les messages qui en proviennent dans une forme sous laquelle ils restent intelligibles pour les codes spéciaux de l'administration régulée par le pouvoir et pour l'économie régulée par l'argent. En ce sens, le langage du droit, à la différence de la communication limitée à la sphère du monde vécu, peut remplir la fonction d'un transformateur opérant dans le cycle communicationnel entre système et monde vécu, tel qu'il se déroule à l'échelle de la société dans son ensemble.

Chapitre III. Reconstruction du droit

1. Le système des droits.

Droit moderne et droits subjectifs:

Dans la compréhension moderne du droit, le concept de droit subjectif joue un rôle central. Il correspond au concept de la liberté d'action subjective: les droits subjectifs fixent les limites dans lesquelles un sujet est en droit d'affirmer librement sa volonté. Et, de fait, ils définissent d'égales libertés d'action pour tout individu ou sujet de droit en tant qu'il est compris comme porteur de droits.

1) Article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789: "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

2) Principe universel du droit selon Kant: est conforme au droit toute action qui peut ou dont la maxime peut laisser coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout le monde d'après une loi universelle.

3) Rawls, premier principe de la justice: "Chaque personne doit avoir un droit égal au système de le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système pour tous."

Spécificité des droits du citoyen:

D'un côté, ces droits du citoyen ont, en tant qu'ils sont des droits subjectifs, la même structure que celle qu'ont tous les droits qui aménagent à l'individu les sphères de son libre arbitre. Si l'on fait abstraction des différences liées aux modalités d'usage propres à ces droits, rien n'empêche qu'on interprète les droits politiques comme des libertés d'action subjectives qui obligent simplement à un comportement légal et laissent donc ouverts les motifs pour lesquels on adopte un comportement conforme à la règle. Mais, d'un autre côté, la procédure législative se doit de confronter ceux qui prennent part à son déroulement, aux attentes normatives inhérentes à l'orientation vers le bien commun puisqu'elle ne peut, elle-même, tirer sa puissance de légitimation que du processus en vertu duquel les citoyens s'entendent sur les règles de leur vie en commun. Dans les sociétés modernes, le droit ne peut, d'ailleurs, remplir sa fonction de stabilisateur des attentes de comportement que s'il conserve une cohérence avec la force d'intégration sociale qui est à l'oeuvre dans l'activité communicationnelle.

Variations allemandes : vers une structure intersubjective de l'ordre juridique

1) Chez Savigny, le "droit au sens subjectif" est supposé être légitime per se, car c'est lui, procédant de l'inviolabilité de la personne, qui garantit au libre exercice de la liberté individuelle un "domaine où régner de manière indépendante". (1840)

2) Il en va de même chez Puchta, chez qui le droit est aussi essentiellement droit subjectif: "le droit est la reconnaissance de la liberté qui est due, de manière égale, aux hommes en tant qu'ils sont des sujets ayant la faculté de vouloir" (1965?). Selon cette conception, les droits subjectifs sont des droits négatifs qui protègent la latitude d'action individuelle en fondant la prétention exigible à ce

qu'on s'abstienne d'atteindre de manière illicite à la liberté, à la vie, à la propriété.

A la fin du XIX^e siècle, on acquit toutefois une conscience de plus en plus vive du fait que le droit privé ne pouvait se légitimer à partir de lui-même qu'aussi longtemps que l'autonomie privée du sujet de droit trouvait un fondement dans l'autonomie morale de la personne. Dès l'instant où le droit en général perdait sa justification idéaliste, et en particulier la possibilité de s'appuyer sur la théorie morale kantienne, le noyau normatif de la "capacité individuelle à exercer une emprise" était du même coup privé de sa gangue normative d'une liberté de vouloir, dès l'origine, légitime et méritant protection. La seule force de légitimation résidait dans ce lien que Kant, à l'aide du principe du droit, avait noué entre le libre arbitre et la volonté autonome de la personne. Ce lien étant déchiré, le droit ne pouvait plus, dans son acception positiviste, s'affirmer que comme la forme qui confirme telles décisions ou telles compétences en vertu d'une force d'obligation factuelle.

3) Depuis Windscheid, les droits subjectifs sont tenus pour des reflets d'un ordre juridique déléguant aux individus un pouvoir de volonté dont il est l'incarnation objective. "Le droit est une faculté de vouloir ou un espace laissé au règne d'une volonté, conférés par l'ordre juridique."

4) Plus tard, l'interprétation utilitariste d'Ihering selon qui la substance du droit serait non la volonté, mais l'utilité, sera intégrée dans la définition suivante: "Le droit subjectif est conceptuellement un pouvoir juridique qui est conféré à l'individu par l'ordre juridique, un moyen de satisfaire selon ses fins des intérêts humains." (1888) La référence à la satisfaction et à l'intérêt permettait l'extension des droits subjectifs privés aux droits en général.

5) La conception kelsenienne caractérise l'autre extrémité de la doctrine du droit privé dont Savigny fournissait le point de départ. Kelsen ne détache pas seulement le concept juridique de personne de la personne morale, il le détache aussi de la personne physique dans la mesure où un système juridique devenu pleinement autonome doit pouvoir s'accommoder des fictions qu'il a lui-même créées; ainsi que le dira Luhmann après un nouveau tournant naturaliste, il relègue les personnes physiques dans son environnement. Avec les droits subjectifs, c'est l'ordre juridique lui-même qui crée un lieu logique pour le sujet de droit en tant qu'il est le porteur de ces droits. En découplant la personne morale et la personne physique du système du droit, la doctrine juridique s'est ouvert la voie à une conception purement fonctionnaliste des droits subjectifs. La doctrine des droits subjectifs passe le relais à un fonctionnalisme systémique qui, au moyen de décisions méthodologiques, se débarrasse de toute considération normative.

6) Le changement de statut du droit privé qui se produisit sous le régime nazi suscita, après 1945, des réactions qui s'élevèrent à l'encontre de la "disgrâce" dans laquelle le droit objectif avait fait entrer le droit subjectif qui avait du même coup été évidé de son contenu moral; ces réactions reposaient sur une justification morale. Il reste que la restauration, au nom du droit naturel, du lien entre une autonomie privée et une autonomie morale n'était plus désormais convaincante. L'ordolibéralisme ne réactualisait qu'une compréhension des droits subjectifs tronquée par l'individualisme, à tel point qu'elle appelle tout bonnement une interprétation fonctionnaliste du droit privé, pouvant servir de cadre à l'économie capitaliste. "L'idée de droit subjectif maintient en vie la conception selon laquelle le droit privé, et la protection juridique qu'il fonde, sert en dernière instance à préserver la liberté de l'individu dans la société, la liberté

individuelle étant l'une des idées fondamentales pour la grâce de quoi le droit privé existe." (H. Coing, 1959)

7) Contre une interprétation fonctionnaliste de cette conception, L. Raiser a, en fin de compte, tenté de corriger l'approche individualiste en s'appuyant sur le droit social, et de rendre de cette manière au droit privé son contenu moral. Ces droits fondamentaux, restreints ici aux libertés d'action classiques doivent, de même qu'auparavant, garantir "l'affirmation de soi et la responsabilité individuelle de la personne dans la société"; mais des droits sociaux doivent les compléter: "La reconnaissance de ces statuts juridiques (dans le cadre du droit privé) est importante du point de vue éthique et politique, mais l'est tout autant, du même point de vue, le fait d'intégrer aussi juridiquement l'individu dans les contextes d'influence qui, régulés comme structures d'ordre, l'enserment, le mettent en relation avec autrui, et donc d'instaurer et de garantir des institutions juridiques dans lesquelles l'individu "prend statut de membre". Raiser rappelle ainsi le sens intersubjectif des droits subjectifs que les lectures individualistes ont rendu méconnaissable; ceux-ci reposent en effet sur la reconnaissance réciproque de sujets de droit coopérant.

8) Mais avec les droits subjectifs, le présupposé que Raiser aimerait corriger, selon lequel les sociétaires juridiques seraient isolés, n'est pas nécessairement impliqué. Les sujets de droit qui se ménagent réciproquement les mêmes droits sont pour ainsi dire alliés, en vertu d'une union personnelle, aux personnes privées qui font de ces droits un usage stratégique et s'affrontent les unes les autres comme adversaires, pour autant il n'y a pas identité: "Un droit, après tout, n'est ni un fusil ni un one-man show. C'est une relation et une pratique sociale, et sous l'un ou l'autre de ces aspects essentiels, il s'agit d'une expression de connexité. Les droits sont des propositions publiques, incluant des obligations envers les autres, mais aussi des exigences légitimes à faire valoir contre eux. En apparence, du moins, ils sont une forme de coopération sociale, cela ne fait aucun doute et, en dernière analyse, ils restent quoi qu'il en soit une forme de coopération." (F. Michelman, *Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World*, 1986)

9) Le concept de droits subjectifs ne réfère pas en lui-même à des individus atomistiques et aliénés se dressant dans un esprit possessif les uns contre les autres. Comme éléments de l'ordre juridique, ils présupposent au contraire la collaboration des sujets entre eux, qui, dans leurs droits et dans leurs devoirs, en tant que ceux-ci réfèrent à la réciprocité, se reconnaissent comme des sociétaires juridiques libres et égaux. Cette reconnaissance mutuelle est constitutive d'un ordre juridique dont se déduisent des droits subjectifs exigibles. En ce sens, il y a cooriginarité des droits subjectifs et du droit objectif. On se méprend lorsqu'on comprend le droit objectif dans un optique étatiste car il ne peut que procéder que les sujets se consentent mutuellement. Une adjonction additionnelle de droits sociaux ne suffit pas à mettre en évidence la structure intersubjective des rapports de reconnaissance qui sous-tend l'ordre juridique en tant que tel. C'est la méconnaissance de cette structure qui a, dans la même mesure, déterminé à la fois les débuts idéalistes et les prolongements positivistes de la doctrine du droit civil allemand.

Déplacement du questionnement:

La manière dont s'est déroulée cette discussion cache toutefois le véritable problème tenant au statut central des droits subjectifs privés, à savoir qu'on ne parvient pas à expliquer d'où le droit positif tire sa légitimité. Certes, dans le

processus d'institution démocratique du droit réside la source de toute légitimité, et ce processus en appelle quant à lui à principe de la souveraineté populaire. Mais le positivisme de la loi n'introduit pas ce principe de telle sorte que demeure préservé le contenu moral propre des droits subjectifs: la protection de la liberté individuelle sur laquelle insiste Coing. D'une manière ou d'une autre, le sens intersubjectif des libertés d'action subjectives menacées par le droit fait défaut, et par là même un lien entre l'autonomie de la personne privée et celle du citoyen qui fasse droit aux deux aspects de manière non réductrice.

Hobbes et la justice matérielle du Souverain:

1) Kant n'a pas répondu de manière tout à fait univoque à la question concernant la légitimation des lois universelles, qui pourraient fonder un système de l'égoïsme bien ordonné. Dans sa doctrine du droit, le rapport entre les principes de la morale, du droit et de la démocratie (le principe de la démocratie étant ici entendu comme ce qui pour Kant constitue le mode républicain de gouvernement) est en fin de compte resté inélucidé. Ces trois principes expriment tous, chacun à sa manière, la même idée d'auto-législation. C'est avec ce concept d'autonomie que Kant a réagi à la tentative avortée de Hobbes visant à justifier l'instauration d'un système de droits civils sans le recours à des raisons morales, sur la seule base de l'intérêt égoïste avverti des participants. Si l'on se retourne vers Hobbes dans une perspective kantienne, une lecture s'impose qui voit plutôt en Hobbes le théoricien d'un Etat de droit bourgeois sans démocratie que l'apologiste d'un absolutisme sans frein.

2) Selon Hobbes, le souverain ne peut, en effet, donner ses ordres que dans le langage du droit moderne. Le souverain garantit à l'intérieur un ordre qui assure, selon des lois universelles, aux personnes privées des lois subjectives: "Car ceux qui gouvernent l'Etat ne peuvent point contribuer davantage à la félicité publique, qu'en éloignant les troubles des guerres civiles ou étrangères, afin que chacun puisse jouir en repos des biens qu'il s'est acquis par son industrie." (De Cive, XIII, 6) Pour Hobbes, chez qui le statut des citoyens (celui de sujets) est sans conteste doté de droits privés, la question de la légitimation ne peut naturellement pas se régler au sein d'un ordre juridique déjà fondé, ni donc en passant par les droits du citoyen ou par les procédures de législation démocratique. Elle doit être sur-le-champ résolue avec la constitution de la force publique; on pourrait dire qu'elle est résolue d'un trait, ou mieux, qu'elle est par là vouée à la disparition. Hobbes entend bien montrer qu'une société constituée dans une perspective absolutiste se justifie dans sa totalité comme un ordre instrumental, à partir des délibérations menées par tous les participants, selon une rationalité en fonction d'une fin.

Par là, c'est la tâche consistant à fonder normativement l'exercice de la domination politique dans le respect de la forme juridique, qui devait apparaître superflue. La tension entre la factualité et la validité, qui réside dans le droit lui-même, se dissout dès lors qu'il est possible de présenter per se la domination juridiquement constituée comme la voie par laquelle un système de l'égoïsme ordonné ayant l'aval de tous les participants, se maintient. Ce qui apparaît comme moralement exigé, en effet, procède alors spontanément des actions guidées par l'intérêt, conduites par des égoïstes rationnels, ou, comme le dira Kant, par un "peuple de diables". La fondation utilitariste de l'ordre civil qu'engendre le droit privé (de sorte que "plusieurs jouissent d'une entière et

longue prospérité") confère à la souveraineté d'un prince qui, pour des raisons conceptuelles, ne peut commettre aucun tort, une justice matérielle.

L'erreur de Hobbes: l'insertion subreptice de la perspective sociale

Mais Hobbes ne peut pas se contenter de montrer pourquoi un tel ordre satisfait les intérêts des participants de manière équitable dans l'a posteriori. Il lui faut également expliquer pourquoi un tel système pourrait de la même manière être préféré dès l'état de nature par un quelconque sujet isolé, agissant rationnellement en fonction d'une fin. Or puisque Hobbes attribue aux partenaires à l'état de nature la même attitude orientée vers la réussite que celle que le droit privé attribue à ceux auxquels il s'adresse, on comprend aisément qu'il ait recours, pour construire l'acte de socialisation originaire, à cet instrument du droit privé qu'est le contrat (à savoir au pacte de souveraineté que tous concluent en faveur d'un souverain qu'ils instituent).

Ce faisant, il est une circonstance que Hobbes à vrai dire ne prend pas en compte. Les sujets qui se définissent chacun par ses propres préférences, opèrent leurs décisions dans une perspective qui est celle de la première personne du singulier; or cette perspective n'est pas celle à partir de laquelle les parties à l'état de nature sont censées s'engager dans un examen des circonstances duquel résulterait un abandon de leur liberté naturelle d'action (potentiellement conflictuelle avec celle des autres mais illimitée) contre une liberté rendue compatible avec des lois universelles mais limitée, liberté qui serait justement celle offerte par le droit privé. Un passage rationnellement motivé de la situation de conflit permanent propre à l'état de nature à une coopération s'appuyant sur la contrainte et incluant un renoncement réciproque et partiel à la liberté ne serait, en effet, concevable par des sujets à l'état de nature qu'à deux conditions:

1) Il faudrait en premier lieu qu'ils puissent comprendre ce que signifie d'une façon générale une relation sociale fondée sur le principe de réciprocité. Les sujets de droit privé qui n'existent que virtuellement à l'état de nature n'ont, en effet, encore appris, avant toute socialisation, ni à adopter la perspective d'autrui, ni à se considérer eux-mêmes à partir de la perspective d'une seconde personne. Ce n'est qu'alors que leur propre liberté pourrait ne plus leur apparaître directement comme une liberté naturelle butant sur des oppositions factuelles, mais au contraire une liberté constituée à travers la reconnaissance mutuelle.

2) En second lieu, il faudrait que les parties contractantes puissent aussi se distancier de leur liberté naturelle par l'adoption de cette perspective sociale propre à la première personne du pluriel dans laquelle Hobbes et ses lecteurs se placent toujours implicitement, mais dont sont privés les sujets à l'état de nature. Si l'on s'en tient aux prémisses hobbesiennes, leur est refusé précisément le point de vue auquel il faudrait avoir accédé pour seulement être en mesure de juger si la réciprocité de la contrainte qui limite selon des lois universelles l'arbitraire de chacun est dans l'intérêt équitable de tous et peut être voulue, par conséquent, par tous les participants.

3) En fait, là où il a recouru à la règle d'or (*Quod tibi fieri non vis, alteri non feceris*) comme à une loi naturelle; , Hobbes a incidemment reconnu le type de raisons morales qui entrent par là en jeu. Cette manière d'imprégner l'état de nature par la morale est toutefois contradictoire avec les présupposés naturalistes inhérents au but démonstratif que Hobbes s'est fixé, à savoir justifier

l'érection d'un système de l'égoïsme bien ordonné à partir de la seule vision qu'auraient tous les individus de leur intérêt égoïste.

[On peut soulever l'hypothèse selon laquelle s'opère ici un croisement des finalités sous-tendant les textes de Hobbes et Habermas. En effet, prise sans abstraction du contexte dans lequel Hobbes a formulé sa doctrine, l'objection de Habermas porte à faux. Il est en effet plus probable que Hobbes tente d'élaborer une théorie politique apte à restaurer un ordre social rendu instable par les turbulences politiques de son époque (et que, par conséquent, il s'adresse certes au public moralement minimal d'égoïstes rationnels, mais néanmoins socialement suffisant d'individus déjà formés à la perspective sociale), que de retrouver la genèse véritable du système politique par le biais d'une argumentation fondée sur une probité archéologique. Cependant, cette abstraction de la part proprement contextuelle de la doctrine hobbesienne, si elle restreint la portée de la critique, n'en révèle pas moins le ressort téléologique de la "lecture" habermassienne: la finalité même de cette lecture est de produire la nécessité de faire intervenir dès l'origine la dimension proprement sociale et intersubjective dans le procès d'institution (et de légitimation) de la structure politique. En ce sens, on peut formuler l'hypothèse selon laquelle Habermas ne s'autorise l'omission de la finalité propre du texte hobbesien que pour le réinscrire dans un procès critique visant à démontrer l'aspect irréductiblement intersubjectif, ou du moins social, de toute institutionnalisation d'une forme politique. Ce que confirme par ailleurs le fait que, selon Habermas, Hobbes comble cette "lacune méthodologique" par la réinscription d'une dimension morale comme élément fondamental dans le procès même de l'érection du système de l'égoïsme bien ordonné. Le manque intersubjectif se comble par une surcharge normative; or, selon Habermas, (et ceci est l'objet même de la section dans laquelle prend place la critique de Hobbes) seule la dimension intersubjective est capable d'assumer pleinement la conjonction des droits subjectifs et du principe de la souveraineté populaire, c'est-à-dire encore de rendre compte, en dernière instance, de la légitimité du droit positif.]

Prolongement: la justice naturelle selon O. Höffe

Mutatis mutandis, Otfried Höffe poursuit lui aussi la même visée démonstrative que Hobbes. Pour lui, en effet, la justice consiste dans les limitations de liberté posées comme universelles par voie distributive et donc équitablement avantageuses pour toutes les parties: "Du fait de l'avantage qu'elle présente pour toutes les parties, la justice naturelle n'a besoin pour s'instaurer d'aucun sens moral, d'aucune justice personnelle. Elle peut se satisfaire de l'intérêt égoïste comme principe de motivation." (La justice politique, PUF 1991)

L'objection de Kant à Hobbes: la spécificité du contrat instituant la société civile

Kant a vu que les droits subjectifs ne pouvaient quant à eux être fondés en recourant une nouvelle fois à un modèle emprunté au droit privé. A l'encontre de Hobbes, il soulève une objection convaincante, à savoir qu'il n'aurait pas tenu compte de la différence structurelle qu'il y a entre une figure de légitimation du contrat de socialisation et un contrat privé. On doit en effet attendre, de la part des parties contractantes à l'état de nature, une attitude autre que simplement égocentrique: "Le contrat qui institue une constitution civile est d'un type si particulier que (...) il se distingue pourtant essentiellement de tous les autres

dans le principe de son édification." Alors qu'habituellement les parties concluent un contrat "dans une fin quelconque" le contrat social est "en soi une fin". Il fonde, en effet, "le droit des hommes [à vivre] sous des lois de contrainte publiques par lesquelles ce qui appartient à chacun peut être défini et garanti contre toute intervention d'autrui."

Si l'on suit Kant, les parties ne s'unissent pas sur l'investiture d'un souverain à qui ils abandonnent la compétence législative; le contrat social a bien plutôt la spécificité de n'avoir, tout simplement, aucun contenu spécial mais de représenter en soi-même le modèle d'une socialisation régie par le principe du droit. Il fixe de manière performative les conditions sous lesquelles les droits acquièrent une validité légitime. En effet, "le droit est la limitation de la liberté de chacun à la condition de son accord avec la liberté de tous, dans la mesure où celle-ci est possible d'après une loi générale."

Kant, le contrat social, les droits de l'homme et la souveraineté populaire.

Sous cet aspect, le contrat social sert à institutionnaliser l'unique droit "inné", qui est de disposer de libertés d'action subjectives égales pour tous. Ce droit de l'homme originel, Kant estime qu'il se fonde dans la volonté autonome des individus qui, en tant que personnes morales, disposent préalablement de la perspective sociale d'une raison examinatrice de la loi, raison à partir de laquelle ils peuvent ne plus seulement justifier par la prudence leur sortie d'une situation de libertés non garanties, mais la fonder moralement. [Cf. Geoffrey Bennington: la sortie de l'état de nature selon Kant est à la fois une nécessité et une obligation.]

Du même coup, Kant constate qu'il est nécessaire de différencier l'unique droit de l'homme en un système de droits à travers lequel tant "la liberté de chaque membre de la société en tant qu'homme" que "l'égalité de celui-ci avec tout autre en tant que sujet" recouvrent un aspect positif. Cela advient sous la forme des "lois publiques" qui ne peuvent prétendre à la légitimité que pour autant qu'elles sont des actes de la volonté publique exprimée par des citoyens unis et autonomes. "Mais pour cela il n'y a pas d'autre volonté possible que celle du peuple tout entier (étant donné que tous décident au sujet de tous et par conséquent chacun pour son propre sujet): car il n'y a qu'envers soi-même que personne ne peut commettre d'injustice". Puisqu'il faut que la question de la légitimité des lois garantissant la liberté trouve une réponse dans le cadre du droit positif, le contrat social permet que règne le principe du droit en liant la formation de la volonté politique du législateur aux conditions d'une procédure démocratique: sous ces conditions, en effet, les résultats qui aboutissent conformément à la procédure expriment per se la volonté unanime ou le consensus raisonnable de tous les participants. C'est ainsi que s'entrecroisent, dans le contrat social, le droit (moralement fondé) des hommes à des libertés subjectives égales et le principe de souveraineté populaire.

Le problème de la concurrence entre droits de l'homme et souveraineté populaire:

Les droits de l'homme, fondés dans l'autonomie morale des individus, n'acquièrent un aspect positif qu'à travers l'autonomie politique du citoyen. Il semble que le principe du droit constitue un moyen terme entre le principe moral et le principe démocratique. Or le rapport qu'entretiennent ces deux principes n'est pas d'une clarté absolue.

Kant, c'est certain, introduit le concept d'autonomie, qui supporte toute la construction, à partir du point de vue pour ainsi dire privé de l'individu jugeant moralement; toutefois, il explicite ce concept dans la formule de la loi qui ressort de l'impératif catégorique, pour sa part, en s'aidant du modèle emprunté à Rousseau d'une "législation" publique, réalisée démocratiquement. Conceptuellement, le principe moral et le principe démocratique s'élucident réciproquement; l'architecture de la Doctrine du droit ne fait que dissimuler cette situation. Si cela est juste, le principe du droit ne constitue pas un chaînon intermédiaire entre le principe moral et le principe démocratique, mais n'est que le revers du principe démocratique. Ce manque de clarté quant à la relation entre ces trois principes, je le ferai remonter au fait que, chez Kant comme chez Rousseau, il existe entre les droits de l'homme fondés moralement et le principe de souveraineté populaire une relation de concurrence inavouée.

Excursus: brève histoire de la tension entre les deux principes

1) Se reflète encore, dans les doctrines du droit naturel classique en vigueur jusqu'à une époque tardive du XIX^e siècle, et en particulier dans les doctrines aristotéliennes ou chrétiennes d'inspiration thomiste, un ethos caractéristique d'une société globale qui traverse toutes les classes sociales de la population et qui fait s'imbriquer les différents ordres sociaux les uns dans les autres. Dans la dimension verticale des composantes du monde vécu, cet ethos veillait à ce que, d'un côté, les institutions et les modèles axiologiques culturels et, de l'autre, les orientations pratiques et les mobiles inscrits dans les structures de la personnalité se recouvrent de manière satisfaisante. Et, sur le plan horizontal des ordres légitimes, il liait entre eux les différents membres normatifs de la morale sociale, de la politique et du droit. Au cours des développements que j'interprète comme une rationalisation des mondes vécus, cette imbrication a volé en éclats.

2) A la fin du XVIII^e siècle, ce que l'on appelait l'"éthique" depuis Aristote va prendre un sens nouveau, subjectiviste. Et il en est ainsi, dans une même mesure, pour les vies individuelles comme pour les traditions et les formes de vies partagées intersubjectivement. Que ce soit en relation ou en réaction à une littérature autobiographique croissante de la confession ou d'introspection, de Rousseau à Sartre en passant par Kierkegaard, un type de réflexion s'élabore qui transforme les attitudes à l'égard de sa propre vie. Pour le dire rapidement, on a vu de plus en plus se substituer aux prescriptions exemplaires en vue d'une vie vertueuse, et à une conduite réussie, conforme à un modèle à imiter, l'exigence abstraite d'une appropriation consciente et autocritique, l'exigence d'une prise en charge responsable pour chacun de sa propre biographie en ce qu'elle a d'individuel, d'irremplaçable et de contingent. L'intériorité radicalisée est lestée d'une tâche, celle d'une compréhension de soi dans laquelle s'entrecroisent la connaissance de soi et la décision existentielle.

2') Ce n'est pas seulement la conduite de la vie personnelle mais tout autant la tradition culturelle qui obéit de plus en plus à un régime d'auto-compréhension. De Schleiermacher à Gadamer en passant par Droysen et Dilthey, on a vu se développer en rapport et en réaction aux sciences historiques de l'esprit une problématisation ayant pour objet l'appropriation de chacune de nos traditions intersubjectivement partagées. En lieu et place des auto-interprétations religieuses ou métaphysiques c'est désormais l'histoire qui devient le médium à travers lequel les civilisations et les peuples forment l'assurance de leur identité. C'est au cours du XIX^e siècle que, sous le signe d'une fraternisation entre

l'historicisme et le nationalisme, s'est forgée la première forme d'identité post-traditionnelle. Des lectures pluralistes de traditions ambivalentes dans leur principe débouchent encore continuellement sur des débats d'auto-compréhension qui font apparaître de manière évidente qu'on attend des parties en conflit qu'elles décident en conscience à partir de quelles continuités elles veulent vivre et quelles traditions elles veulent écarter ou préserver. Et dans la mesure où les identités collectives ne peuvent se développer que sous la forme d'une conscience publique décentrée, les débats éthico-politiques qui tendent à aller au fond des choses deviennent non seulement possibles mais encore inévitables.

3) L'irruption de la réflexion dans les biographies et dans les traditions culturelles favorise l'individualisme des projets de vie personnels et un pluralisme des formes de vie collective. Mis en même temps les normes de la vie en commun deviennent elles aussi réfléchies, et c'est par là que s'instaurent des orientations axiologiques universalistes. Dans les théories philosophiques relatives à ces questions se reflète, depuis la fin du XVIII^e siècle, une conscience transformée de la norme. Les maximes, les stratégies et les règles d'action ne se légitiment plus par la seule invocation de leur contexte traditionnel. En distinguant les actions autonomes des actions hétéronomes, on révolutionne tout bonnement la conscience de la norme. Du même coup, le besoin de justification s'accroît, et on ne peut plus le satisfaire que sous les conditions d'une pensée post-métaphysique, à travers les débats moraux.

3') Ceux-ci visent au règlement impartial des conflits pratiques. A la différence des considérations éthiques qui sont orientées vers le telos de ce qui est, pour moi ou pour nous, une vie bonne, les considérations morales réclament une perspective délestée de tout égo- ou ethnocentrisme. Lorsqu'il se situe au niveau de fondation post-traditionnel, l'individu se forge une conscience morale guidée par des principes et oriente son action en fonction de l'idée d'autodétermination. Or, à ce que l'on appelle, dans le domaine de la conduite de la vie personnelle, l'autolégislation ou l'autonomie morale, correspondent les variantes de la liberté politique interprétées sous l'égide du droit rationnel, c'est-à-dire,; dans le cadre de la constitution d'une société juste, l'autolégislation démocratique.

4) A mesure que les traditions culturelles et les processus de socialisation deviennent réfléchis, la logique des questions éthiques et morales qui réside dans les structures de l'activité orientée vers l'intercompréhension devient consciente. N'étant plus couvertes par des images religieuses ou métaphysiques du monde imperméables à la critique, les orientations pratiques ne peuvent plus être obtenues qu'à partir d'argumentations, c'est-à-dire à partir des formes mêmes de réflexion propres à l'activité communicationnelle. La rationalisation du monde vécu se mesure à l'extension avec laquelle les potentiels de rationalité résidant dans l'activité communicationnelle et libérés par la discussion pénètrent et fluidifient les structures du monde vécu. A ce mouvement de problématisation, les processus de formation individuels et les systèmes culturels du savoir n'opposent en comparaison qu'une moindre résistance. Dès l'instant où la logique propre des problématiques éthiques et morales s'est imposée, aucune proposition visant à se substituer aux idées normatives qui dominent les Temps modernes ne peut plus à la longue se justifier.

5) Or de ces considérations résulte une conséquence qui, dans notre contexte, possède un intérêt particulier: à mesure que la "culture" et les "structures de la personnalité" sont de cette manière soumises à un investissement idéaliste, le droit, auquel ont été dérobées ses assises sacrées, est à son tout mis sous pression. La troisième composante du monde vécu, la "société" comme ensemble

des ordres légitimes, se concentre d'autant plus, nous l'avons vu, dans le système juridique que celui-ci se voit chargé de remplir les fonctions d'intégration caractéristiques d'une société globale. Les modifications qui viennent d'être esquissées pour les deux autres composantes peuvent expliquer pourquoi, de plus en plus, les ordres juridiques modernes ne peuvent se légitimer qu'à partir de sources qui n'entrent pas en contradiction avec les idéaux de vie et les idées de justice post-traditionnel puisque ceux-ci sont préalablement devenus des critères pour la culture et la conduite de vie personnelle; les raisons susceptibles de légitimer le droit se doivent d'être en accord, sous peine de dissonance cognitive, avec les principes moraux de justice universelle et de solidarité ainsi qu'avec les principes éthiques qui sous-tendent une conduite de vie dont on a formé sous sa propre responsabilité le sujet conscient, que ce soit à titre individuel ou collectif.

6) Ce n'est donc pas un hasard si les droits de l'homme et le principe de souveraineté populaire constituent les seules idées à la lumière desquelles le droit moderne peut encore être justifié. Car ce sont là les deux idées que tend à produire la condensation des contenus qui sont, pour ainsi dire, de reste lorsque a été passée au filtre des fondations post-traditionnelles la substance normative que recèle un ethos ancré dans les traditions religieuses et métaphysiques. A mesure que les problématiques morale et éthique se différencient l'une de l'autre, la substance normative filtrée par la discussion trouve sa conformation dans les deux dimensions de l'autodétermination et de la réalisation de soi.

7) Ainsi, les traditions politiques que, conformément à un débat qui se déroule actuellement aux Etats Unis, j'appellerai pour simplifier "libérale" et "républicaine", conçoivent, d'un côté, les droits de l'homme comme l'expression d'une autodétermination morale, et, de l'autre, la souveraineté du peuple comme l'expression d'une réalisation éthique de soi.

L'alternative américaine: libéralisme moral contre républicanisme éthique volitif

Frank Michelman observe, dans la tradition constitutionnelle américaine, une tension entre l'empire des lois, impersonnel et fondé sur des droits de l'homme innés, et l'auto-organisation spontanée d'une communauté qui se donne à elle-même ses propres lois à travers la volonté souveraine du peuple (Law's Republic). Il n'en reste pas moins que cette tension peut être résorbée à partir de chacune des parties. Les "libéraux" conjureront le danger d'une "tyrannie de la majorité" et postuleront la préséance des droits de l'homme qui garantissent les libertés prépolitiques de l'individu et posent des limites à la volonté souveraine du législateur politique. En revanche, le défenseur d'un humanisme républicain insistera sur la valeur propre, non instrumentalisable, de l'auto-organisation des citoyens de sorte que, pour une communauté qui est dès le départ politique, les droits de l'homme ne peuvent avoir valeur d'obligation qu'en tant qu'éléments hérités de sa propre tradition et appropriés en conscience. Tandis que, selon la tradition "libérale", les droits de l'homme s'imposent à l'intuition morale comme quelque chose de donné et d'ancré dans un état de nature fictif, selon une conception républicaine, la volonté éthico-politique d'un collectif qui se réalise lui-même, n'est autorisé à rien reconnaître qui ne corresponde à son projet de vie dans son authenticité. Dans un cas, c'est le composant moral qui prend le dessus, dans l'autre, c'est le moment éthique et volitif.

Contre l'alternative: Rousseau, Kant et l'interprétation réciproque des principes.

Kant et Rousseau se sont donné comme but de penser dans le concept d'autonomie la réunion de la raison pratique et de la volonté souveraine de telle manière que l'idée des droits de l'homme et le principe de la souveraineté populaire s'interprètent réciproquement. Globalement, Kant propose plutôt une version libérale de l'autonomie politique, et Rousseau une version républicaine.

1) Kant La progression de la fondation en raison de la morale vers le droit

Kant obtient le "principe universel du droit" à partir de l'application du principe morale aux "relations externes" et commence sa doctrine du droit avec ce droit dont dispose tout homme "en vertu de son humanité", à savoir le droit à des libertés subjectives, pourvues de prérogatives contraignantes. Ce droit originel règle "le tien et le mien interne"; de son application au "tien et au mien" externe résultent les droits privés subjectifs. Ce système des droits auquel tout homme peut prétendre de manière "inaliénable" et "qu'il ne peut jamais abandonner quand bien même il le voudrait", se légitime, avant qu'il ne soit différencié par des lois publiques, à partir de principes moraux, et donc indépendamment de l'autonomie politique du citoyen, qui ne se constitue quant à elle qu'avec l'apparition du contrat social. Il apparaît donc que les principes du droit privé reçoivent, dès l'état de nature, la validité de droits moraux, et que, par conséquent, les "droits naturels" protégeant l'autonomie privée de l'homme précèdent la volonté du législateur souverain. Dans cette perspective, la souveraineté de la "volonté unie et concordante" des citoyens est limitée par des droits de l'homme moralement fondés. Il est vrai que Kant n'a pas interprété la dépendance de la souveraineté populaire par rapport aux droits de l'homme comme une limitation, puisqu'il partait de l'idée selon laquelle personne, dans l'exercice de son autonomie civile, ne pourrait être en accord avec des lois qui iraient à l'encontre de son autonomie privée garantie par le droit naturel. Mais il faudrait alors que l'autonomie politique s'explique à partir d'une cohérence interne de la souveraineté populaire avec les droits de l'homme. C'est précisément là ce qu'est censée produire la construction du contrat social. Cela étant, le cheminement qui fait progresser la fondation en raison de la morale vers le droit empêche que, dans la construction de la doctrine kantienne du droit, le contrat social occupe la place centrale qu'il occupe de fait chez Rousseau.

[Cette objection n'en est peut-être pas une, puisque la raison pour laquelle l'individu ne peut vouloir une loi allant à l'encontre de son autonomie privée est la même que celle pour laquelle il lui est interdit, en tant qu'individu, d'aliéner ces mêmes droits. Le principe de la relation entre ces droits et la souveraineté populaire serait ainsi la raison elle-même en tant que principe d'universalité, se déclinant à la fois selon l'impératif catégorique concernant l'individu, et selon le principe universel du droit concernant la communauté. Dans cette optique, souveraineté et droits de l'homme ne seraient que l'expression ambivalente d'un même principe, comme tel ni individuel ni communautaire, mais purement universel, leur conjonction s'effectuant à la fois comme origine (fondation morale du droit dans la subjectivité universelle) et comme fin, puisque la réalisation effective de l'impératif catégorique trouve son achèvement dans l'édification d'une communauté politique rationnelle (réalisation de la morale dans un système intersubjectif cosmopolitique). Et il est tout à fait possible de dire que, pour Kant, le médium proprement politique entre rationalité subjective et ordre politique rationnel n'est autre que l'intersubjectivité rationnelle, dont la procédure démocratique de législation est l'expression. On pourrait alors dire

que, chez Kant, la souveraineté populaire est soumise aux droits inaliénables en ce sens qu'elle ne peut que prendre leur parti (la raison veut la liberté), mais également que ces droits sont soumis à l'expression de la souveraineté populaire en cela que seule celle-ci est à même de les instituer au sein de, et comme ordre politique effectif (la liberté est la réalisation effective de la raison). L'acte de concrétion n'est alors autre que le procès critique législatif lui-même, lequel réside, chez Kant, sans doute moins dans un acte électoral que dans une délibération publique conduite rationnellement, semblable à celles que le spectacle de la Révolution a occasionnées dans les pays limitrophes (et au-delà) au travers des prises de position publiques qui constituent tout à la fois un élan, une revendication positive indiquée par l'idée républicaine, et une critique constructive de l'ordre établi. Cette lecture représente moins une objection lancée à l'encontre de la doctrine habermassienne que l'octroi d'une assise kantienne à cette même doctrine, assise dont on peut se demander si Habermas ne se débarrasse pas un peu rapidement lorsqu'il écrit, parlant de Kant et de Rousseau: "Aucune de ces deux conceptions ne perçoit la force de légitimation résidant dans des discussions qui concourent à la formation de l'opinion et de la volonté, et dans lesquelles les forces d'obligation illocutoires qui sont à l'oeuvre dans l'usage du langage orienté vers l'intercompréhension, peuvent être mises à profit pour réunir volonté et raison, et pour parvenir à des convictions sur lesquelles tous les individus peuvent s'accorder sans contrainte."]

Mais il faudrait alors que l'autonomie politique s'explique à partir d'une cohérence interne de la souveraineté populaire avec les droits de l'homme. C'est précisément là ce qu'est censée produire la construction du contrat social. Cela étant, le cheminement qui fait progresser la fondation en raison de la morale vers le droit empêche que, dans la construction de la doctrine kantienne du droit, le contrat social occupe la place centrale qu'il occupe de fait chez Rousseau. [En cohérence avec ce que nous avons dit, on peut proposer l'idée selon laquelle la critique de Habermas est ici indissociable d'une lecture de Kant cherchant à thématiser le droit, tel qu'il est explicité dans la Métaphysique des Moeurs, de manière relativement indépendante, non pas par rapport au thème de l'impératif moral, mais à ceux qui composent le "politique" comme tel, lequel se constitue bien plus comme un lieu de convergence entre morale, droit et histoire (voire même esthétique), que comme un développement du domaine juridique (et c'est en ce sens que Lyotard, contre Duflo, peut trouver l'exposition du politique selon Kant partout ailleurs que dans la MM.)]

2) Rousseau: l'inscription des droits fondamentaux dans la volonté souveraine

Rousseau, partant de la constitution de l'autonomie civile, produit a fortiori une cohérence interne entre la souveraineté populaire et les droits de l'homme. Puisque la volonté souveraine du peuple ne peut s'exprimer que dans la langue des lois universelles et abstraites, ce droit à d'égales libertés subjectives que Kant posait en préalable en tant que droit moralement fondé pour tout homme à prendre part à la formation de la volonté politique, est dès le départ inscrit en elle. C'est pourquoi chez Rousseau l'exercice de l'autonomie politique n'est plus sous réserve de droits innés; le contenu normatif des droits de l'homme entre au contraire dans le mode d'accomplissement de la souveraineté populaire elle-même. La volonté unie des citoyens est liée à travers le médium des lois universelles et abstraites à une procédure de législation démocratique qui exclut per se tous les intérêts non universalisables et n'admet que les règles garantissant des libertés subjectives égales pour tous. Selon cette idée, l'exercice

conforme à la procédure de la souveraineté populaire garantit du même coup la substance des droits originels de l'homme tels qu'ils sont posés par Kant. Mais Rousseau donne de l'idée d'autolégislation une interprétation plus éthique que morale, et conçoit l'autonomie comme réalisation de la forme de vie dont un peuple concret se dote en conscience. C'est une chose bien connue, Rousseau se représente la constitution de la souveraineté populaire par la voie du contrat social comme un acte, pour ainsi dire, existentiel de socialisation, à travers lequel les individus isolés et agissant en vue de la réussite de leur projet se transforment en citoyens dédiés au bien commun et donc en éléments d'une communauté éthique. En tant que membres d'un corps collectif, ceux-ci se fondent dans le macro-sujet d'une pratique législative qui a rompu avec les intérêts particuliers des personnes privées qui sont, quant à elles, simplement soumises aux lois. Rousseau pousse au plus haut la demande éthique qui pèse sur le citoyen en vertu même de la conception républicaine de la communauté. Il compte sur des vertus politiques qui seraient ancrées dans l'ethos d'une communauté susceptible de former un ensemble, une communauté plus ou moins homogène, intégrée par le biais de traditions culturelles communes. Sans cela, une seule autre possibilité s'offrirait, la contrainte étatique: "moins les volontés particulières se rapportent à la volonté générale, c'est-à-dire les moeurs aux lois, plus la force réprimante doit augmenter. Donc le Gouvernement, pour être bon, doit être relativement plus fort à mesure que le peuple est plus nombreux." (CS, III, 1)

2') Le problème de la validité des commandements universels

Si la pratique d'autolégislation doit vivre de la sorte, de la substance éthique d'un peuple déjà parvenu à un accord sur ses orientations axiologiques, Rousseau se trouve dans l'impossibilité d'expliquer comment une médiation non répressive peut être introduite entre l'orientation supposée des citoyens vers le bien commun et les centres d'intérêts socialement différenciés qu'entretiennent les personnes privées, et donc entre la volonté générale normativement construite et l'arbitraire des individus [comment former cet arbitraire au passage à la citoyenneté]. Il faudrait pour cela un véritable point de vue moral à partir duquel pourrait être examiné ce qui, au-delà de ce qui est bien pour nous, est dans l'intérêt équitable de chacun. Il est en fin de compte inévitable, lorsque la souveraineté populaire est conçue dans une perspective éthique, que s'égaré le sens universaliste du principe juridique [tyrannie de la majorité].

Il est manifeste que le contenu normatif du droit originel ne peut pas se loger dans la grammaire des lois universelles et abstraites, comme Rousseau en fait l'hypothèse. Le sens de l'égalité de contenu juridique que recèle l'exigence du droit moderne et qui importe tant à Rousseau ne peut pas être expliqué de manière satisfaisante par les propriétés logico-sémantiques des lois universelles. La forme grammaticale des commandements universels ne dit rien de leur validité. Le sens qu'il y a à prétendre qu'une norme est dans l'intérêt équitable de tous, ressortit bien plutôt à l'acceptabilité rationnelle: toutes les personnes concernées d'une façon ou d'une autre devraient pouvoir être en accord avec elle pour de bonnes raisons. Et, pour faire apparaître cela, il n'y a que le recours aux conditions pragmatiques qui régissent les discussions dans lesquelles, sur la base des informations appropriées, la seule contrainte qui s'impose est celle du meilleur argument. Rousseau pressent déjà, dans les propriétés logico-sémantiques de ce qui est voulu, le contenu normatif du principe de droit, qu'il ne pourrait dégager qu'à partir de ces conditions pragmatiques, lesquelles

établisent comment est formée la volonté politique. La cohérence interne entre recherchée entre la souveraineté du peuple et les droits de l'homme réside donc dans le contenu normatif d'un mode d'exercice de l'autonomie politique, dont on ne peut encore savoir à travers la forme seule des lois universelles s'il est assuré, cela n'est à vrai dire discernable qu'à travers la forme communicationnelle qui est celle des discussions concourant à la formation de la volonté et de l'opinion.

Solution : la fondation de la légitimité du droit sur l'arrangement communicationnel.

Si les discussions (et, comme nous le verrons, les négociations, dont les procédures sont fondées en raison par voie de discussion) constituent le lieu où peut se former une volonté raisonnable, c'est donc en fin de compte sur un arrangement communicationnel que repose la légitimité du droit: en tant que participants à des discussions rationnelles, les sociétaires juridiques doivent, en effet, pouvoir examiner si une norme contestée trouve ou peut trouver l'adhésion de toutes les personnes qui seraient d'une façon ou d'une autre concernées. Par conséquent, la cohérence interne recherchée entre la souveraineté populaire et les droits de l'homme consiste en ceci que le système des droits précise les conditions sous lesquelles les formes de communication nécessaires à une instauration du droit politiquement autonome peuvent donner lieu de leur côté à une institutionnalisation du droit. Le système des droits ne peut être ramené ni à une lecture morale des droits de l'homme, ni à une lecture éthique de la souveraineté populaire puisque l'autonomie privée des citoyens ne doit ni dominer leur autonomie politique ni être dominée par elle. Les intuitions normatives que nous rattachons aux droits de l'homme et à la souveraineté populaire ne sont pleinement prises en compte dans le système des droits que lorsque nous considérons que le droit à d'égales libertés subjectives d'action ne doit être ni simplement imposé, en tant que droit moral, comme une limite extérieure au législateur souverain, ni instrumentalisé, en tant que réquisit fonctionnel, à des fins qui sont les siennes. La cooriginarité de l'autonomie privée et de l'autonomie publique ne se manifeste que dès l'instant où nous déchiffrons au moyen de la théorie de la discussion cette figure de pensée qu'est l'autolégislation et en vertu de laquelle les destinataires sont en même temps les instigateurs du droit. La substance des droits de l'homme réside donc dans les conditions formelles qui président à l'institutionnalisation de droit de ce type de discussions qui concourent à la formation de l'opinion et de la volonté, et dans lesquelles la souveraineté du peuple prend une forme juridique.

Relation du droit à la morale (1) :

Je partirai de l'hypothèse selon laquelle, si l'on se place au niveau d'une fondation en raison postmétaphysique, les règles juridiques et les règles morales se différencient les unes des autres en même temps à partir de la morale sociale traditionnelle, pour alors se présenter de front, comme deux types de normes pratiques distincts mais complémentaires. Il s'ensuit qu'il est alors nécessaire de concevoir le concept d'autonomie à un degré d'abstraction tel qu'il puisse adopter chaque fois, en relation avec l'un ou l'autre type de normes pratiques, une forme spécifique — en l'occurrence d'un côté, en tant que principe moral, et, de l'autre en tant que principe démocratique. (p. 121)

Kant : les lois juridiques comme limitations

Dans son Introduction à la MM, Kant procède autrement. Il part du concept fondamental qu'est la loi morale de la liberté et accède, de là, aux lois juridiques par limitation. La théorie morale fournit les concepts premiers : volonté et arbitre, action et motivation, obligation et inclination, loi et législation sont les concepts qui servent d'abord à définir le jugement et l'action dans leur dimension morale. Mais dans la Doctrine du droit, ces concepts fondamentaux connaissent des limitations, et ce, dans trois dimensions. Selon Kant, le concept de droit ne se rapporte pas, en premier lieu, à la volonté libre mais à l'arbitre de ceux à qui il est destiné ; il s'étend ensuite au rapport extérieur qu'une personne entretient vis-à-vis d'une autre, et, enfin, il se présente doté d'une prérogative contraignante à laquelle chacun est fondé à recourir contre quelqu'un d'autre dans les cas d'abus. Sous ces trois aspects, le principe juridique limite le principe moral. Une fois cette limitation posée, la législation morale se reflète dans la législation juridique, la moralité dans la légalité, les devoirs de vertu dans les devoirs juridiques, etc. (p. 122)

Le dédoublement platonicien : le droit comme médiation

Sous-tendant cette construction, il y a l'idée platonicienne selon laquelle l'ordre juridique représente dans le monde phénoménal l'ordre intelligible d'un « règne des fins ». Du reste, indépendamment des hypothèses métaphysiques d'arrière-plan qui existent chez Kant, survit, dans le fait de dédoubler en droit positif et droit naturel le droit en général, un héritage platonicien, à savoir l'intuition selon laquelle la communauté des sujets moralement responsables — la communauté illimitée de la communication que l'on trouve de Josiah Royce à Appel — par le médium du droit entre dans les limites du temps historiques et de l'espace social et acquiert en tant que communauté juridique une forme concrète localisée dans l'espace et dans le temps.

Cette intuition n'est pas fautive à tout point de vue, car un ordre légitime ne peut être légitime que s'il ne contredit pas les principes moraux. Demeure inscrite dans le droit positif, à travers les éléments qui constituent la légitimité de la validité juridique, une référence à la morale. Mais cette référence morale ne doit pas nous conduire à placer la morale au-dessus du droit comme s'il existait une hiérarchie normative. L'idée d'une hiérarchie des lois appartient au monde du droit prémoderne. La morale autonome et le droit positif qui demande à être fondé en raison entretiennent bien plutôt une relation de complémentarité. (p. 122)

[Ce qui n'est pas nécessairement contraire au point de vue kantien, si l'on tient que le politique est le lieu où se conjoignent validité et légitimité dans l'ordre de la légalité. Le primat de la raison pratique ne se détache alors que dans sa dépendance à la priorité de la raison théorique, le cognitif et le normatif se conditionnant toujours l'un l'autre. Le lieu où politique et juridique tendent à se confondre peut ainsi être considéré comme le lieu de la décision juridique en tant que décision juste, laquelle se diffracte à la fois dans l'ordre du juridique proprement dit, à travers le verdict (et il serait intéressant d'examiner sous cet angle la relation établie par le droit moderne entre le président du tribunal et le jury dans un procès d'assises), et dans l'ordre du politique, dans le processus démocratique de délibération. La décision juridico-politique est alors le lieu par excellence du jugement réfléchissant, puisqu'elle se situe tout entière dans le domaine du déterminable, comme simultanément en soi décidable (il existe une

décision juste), légitimement « recherché », et théoriquement irréfutable. Il reste que la dimension politique semble plus forte que la réflexion juridique, puisque la réflexion se réfléchit alors pour ainsi dire elle-même (propre du procès critique), puisque la délibération politique consiste essentiellement, ou du moins en premier lieu, dans son propre examen — la délibération étant alors procès critique d'institutionnalisation. La question serait alors de savoir si le juridique comme tel peut être assimilé à un sous-genre du politique.]

La relation de la morale au droit (2) :

D'un point de vue sociologique, tous deux se sont différenciés à partir de cet ethos propre aux sociétés globales, au sein duquel droit traditionnel et éthique de la loi étaient encore imbriqués l'un dans l'autre. C'est avec l'ébranlement des fondements sacrés de ce tissu mêlant droit, morale et moralité sociale que s'enclenchent les processus de différenciation. Au plan du savoir culturel, les questions juridiques se séparent des questions morales et éthiques ; au plan des institutions, c'est le droit positif qui se sépare des mœurs et des coutumes, lesquelles n'ont plus de valeur que comme simples conventions.

Certes, les questions morales et juridiques renvoient aux mêmes problèmes. Il s'agit tout à la fois de savoir comment les relations interpersonnelles peuvent s'ordonner de manière légitime, comment les actions peuvent être coordonnées en fonction de normes justifiées, et comment les conflits pratiques peuvent, sur l'arrière-plan de règles et de principes normatifs reconnus intersubjectivement, être résolus de manière consensuelle. Cela étant, si elles réfèrent aux mêmes problèmes, elles le font chacune de manière différente. (p. 123)

Différence 1 : savoir culturel et force d'obligation

En dépit de leur référence commune, morale et droit se distinguent en premier lieu par le fait que la morale post-traditionnelle ne représente qu'une forme de savoir culturel alors que le droit acquiert en même temps, au plan institutionnel, une force d'obligation. Le droit est non seulement un système symbolique, mais encore un système d'action.

La relation de la morale au droit (3) :

Cette conception informée empiriquement selon laquelle les ordres juridiques complètent co-originaires une morale devenue autonome, ne s'accorde plus avec l'idée platonisante d'une sorte de relation de duplication entre droit et morale — comme s'il ne s'agissait que de la même figure géométrique projetée sur un plan de présentation différent. Nous ne devons pas comprendre les droits fondamentaux qui apparaissent sous la forme positive de normes constitutionnelles comme de simples projections de droits moraux, pas plus que nous ne devons comprendre l'autonomie politique comme une simple projection de l'autonomie morale. Ce sont les normes universelles d'action qui simplement se ramifient en règles morales et en règles juridiques. D'un point de vue normatif, l'hypothèse qui correspond à cela est celle selon laquelle l'autonomie civile et l'autonomie morale sont co-originaires et qu'elles peuvent être expliquées à l'aide d'un principe économe de la discussion, exprimant le sens des exigences postconventionnelles qui appellent une fondation en raison. A l'instar du niveau postconventionnel de fondation lui-même — niveau auquel la

moralité sociale substantielle est décomposée en ses parties — ce principe a certes un contenu normatif puisqu'il explicite le sens de l'impartialité des jugements pratiques. Il se trouve toutefois à un degré d'abstraction qui, vis-à-vis de la morale et du droit, est encore neutre, en dépit de ce contenu normatif ; il se réfère en effet à des normes d'action en général.

Enoncé du principe de discussion (D) :

D : Sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles.

« Valides » : se réfère à des normes d'action et aux énoncés normatifs généraux qui leur correspondent ; il exprime un sens non spécifique de la validité normative qui, relativement à la distinction entre morale et légitimité est encore indifférent.

« Normes d'action » : attentes de comportement généralisées, tant sur le plan temporel et social que sur le plan matériel.

« Personne concernée » : quiconque est touché dans ses intérêts par les conséquences que, de manière prévisible, une pratique générale réglée par des normes est susceptible d'entraîner.

« Discussion rationnelle » : toute tentative de s'entendre sur des prétentions problématiques à la validité, pour autant qu'elle est menée dans des conditions de communication qui permettent, au sein d'un espace public qui s'est constitué grâce à des obligations illocutoires, que soient librement plaidés et exposés thèmes et contributions, informations et raisons . L'expression se réfère aussi indirectement à des négociations dès lors que celles-ci sont régulées par une procédure fondée sur la discussion. (p. 124)

[Trois questions : ceci revient à introduire un concept de validité « antérieur » à la différenciation entre légalité et légitimité, la validité des normes d'action se posant alors comme archi-validité ; la question est peut-être alors de savoir quel « sens » autre que purement formel on peut donner à cette expression ; d'un point de vue kantien, cela ne reviendrait-il pas à rétrocéder en amont de la distinction entre raison pratique et raison théorique ? Il n'est pas sûr que nous puissions saisir le sens de la validité abstraction faite de son inscription au sein d'un cadre normatif (logique, moral, pragmatique...) donné.

De plus, le concept de discussion rationnelle revient à réduire strictement le champ de la décidabilité a priori des règles juridiques. Si l'ordre juridique doit dès lors assurer dans l'effectivité la possibilité de ces discussions (comme le veut Kant), ce même ordre ne peut pourtant être institué positivement que par la dynamique propre de ces discussions. La question est alors de savoir comment peuvent originairement, non pas s'établir (Habermas s'inscrit dans le cadre « sociologique » d'un cadre politique donné, celui des sociétés modernes, et de telles discussions peuvent légitimement être supposées dans ce cadre précis), mais s'institutionnaliser, en tant que procédure systématique, ces discussions. Ne faut-il pas avoir recours à une somme de facteurs interdépendants (histoire, économie, éducation, esthétique, géographie, etc.) ?

Enfin, on retrouve ici la vieille trichotomie de l'universel, de la raison et du langage. Mais si la « susceptibilité d'intérêt » prend en charge l'indétermination numérique caractéristique du champ d'objets concernés par l'application effective d'une règle pratique, en revanche il faudrait peut-être éclaircir le sens du conditionnel « pourraient » : si la garantie des conditions de possibilité de la discussion rationnelle peut être considérée comme une règle politico-juridique a

priori (en ce qu'elle n'est que la reconnaissance effective de la validité du principe de discussion), en revanche l'accord des personnes susceptibles d'être concernées est strictement indécidable par une instance autre que la discussion rationnelle publique elle-même. La question est alors de savoir à quoi tient la différence entre la formulation D) et la formulation D' : Sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre se sont mises d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles.]

Différence 2) : le type de raisons

Pour permettre une saisie suffisamment abstraite de «D », il est essentiel que le type des thèmes et des contributions et que le genre des raisons, qui, selon le cas, vont « compter », ne soit pas, a fortiori, limité ; Le principe moral en effet ne se dégage qu'une fois qu'a été spécifié le principe général de discussion pour les normes d'action qui ne peuvent être justifiées que du point de vue d'une prise en compte équitable des intérêts. Le principe démocratique résulte, de son côté, d'une spécification correspondante, pour celles des normes d'action qui se présentent sous une forme juridique et peuvent être justifiées avec des raisons pragmatiques, éthico-politiques et morales — et pas seulement des raisons morales.

Différence 3) : le système de référence.

Le type de raisons résulte de la logique dans laquelle s'inscrit selon le cas la problématique. Lorsqu'il s'agit de problématiques morales, l'humanité ou, disons, une supposée république de citoyens du monde constitue le système de référence nécessaire pour fonder en raison les ensembles de règles qui sont dans l'intérêt équitable de tous. Les raisons décisives doivent en principe pouvoir être acceptées par quiconque. Lorsqu'il s'agit de problématiques éthico-politiques, la forme de vie de la communauté politique à chaque fois posée comme « nôtre » constitue le système de référence pour fonder en raison les ensembles de règles qui valent comme expression d'une auto-compréhension collective et consciente. Les raisons décisives doivent en principe pouvoir être acceptées par l'ensemble des participants qui partagent « nos » traditions et « nos » grandes évaluations. Quant à l'opposition des intérêts, elle nécessite un équilibre rationnel entre attitudes axiologiques et domaines d'intérêts concurrents. C'est à cette fin que l'ensemble des groupes sociaux ou subculturels immédiatement impliqués constitue le système de référence nécessaire aux négociations en vue de compromis. Ceux-ci, pour autant qu'ils soient intervenus dans des conditions de négociations loyales, doivent en principe pouvoir être acceptés par toutes les parties — voire, le cas échéant, pour des raisons différant d'une partie à l'autre.

[Le principe D, appliqué au domaine juridique, pourrait alors être considéré comme l'institutionnalisation d'un accord à l'amiable dont le bon déroulement est garanti. Le danger serait alors que, face au constat du fait que la solution acceptable par tous n'est pas satisfaisante pour moi, en tant qu'individu particulier, je valide « officiellement » la norme d'action (en tant qu'est celle qui me convient le mieux parmi celles que peut accepter l'ensemble de la communauté à laquelle j'appartiens), mais que parallèlement je tente de me soustraire à son application. Car, dans ce cas, le droit en tant que système d'action peut certes m'inciter fortement à me plier à la norme édictée (calcul des intérêts et des chances), mais, ce faisant, il risque de sectionner le

lien qui me relie à mon discours officiel. Le fait d'ancrer, comme le fait Habermas, la réflexion au sein d'un ordre stable, permet de repousser l'éventualité d'une rupture du lien social. Mais cette stabilité donnée comporte en revanche le risque de considérer l'ordre juridique établi comme une entité qui m'est strictement étrangère, quoique je participe à son instauration, et ceci, en tant que l'absence du danger que pourrait représenter mon suffrage pour le maintien de la collectivité me fait oublier la responsabilité qui est la mienne dans le processus législatif (de nos jours, l'absentéisme électoral est indissociable du fait que les membres de la collectivité considèrent le système républicain comme définitivement établi) . Je peux par exemple choisir de voter une loi, pour la raison que je suis dans une position très favorable au fait de se soustraire à son application. Ceci n'entame pas la validité de la loi, mais risque en revanche de renforcer la distance qui existe entre mon suffrage et ma disposition propre. Ce qui fait apparaître deux choses : la première, est que la pleine légitimité de la norme repose, non seulement sur l'accord des individus susceptibles d'être concernés, mais également sur le fait que ces individus apportent leur suffrage en ayant à l'esprit le bien de la communauté, et non seulement leur intérêt propre. La deuxième, est que, si ce souci communautaire est absent, le suffrage ne peut apparaître que comme un facteur aggravant, puisque le droit devient alors un simple facteur parmi d'autres, avec lequel je peux ruser : la solidité des institutions, ajoutée à la menace de sanctions, me font oublier la responsabilité qui est la mienne dans le maintien de la collectivité, le calcul risque d'ingérer les considérations normatives — c'est-à-dire en fait que mon suffrage est de moins en moins représentatif d'un intérêt que je porterais à la communauté. Ce danger avait été pressenti par Humboldt, pour lequel les décisions relatives à l'Etat dans son entier accusaient une trop forte distance entre le sujet et l'objet du suffrage, distance se renforçant elle-même à travers le sentiment d'une hétérogénéité radicale de l'Etat par rapport à l'individu. Pour Humboldt, en dernière instance, la délibération nationale ne peut déboucher que sur l'individualisme rusé et aigri. Par ailleurs, l'alternative humboldtienne, c'est-à-dire la valorisation des délibérations locales, n'est pas absente du propos de Habermas, lequel prend de manière récurrente l'exemple de l'accord effectué au sein d'une association locale, en vue d'un intérêt commun, pour illustrer la conjonction des raisons éthico-politiques, pragmatiques et morales. La question est alors de savoir si, au sein d'un système juridique reposant sur le principe de discussion, une réévaluation de la délibération locale n'est pas nécessaire pour que le « sentiment social » sous ses diverses formes, sur lequel repose en définitive la pleine légitimité de la norme édictée, soit davantage renforcé que dissout par le procès délibératif ; serait également à prendre en compte le rôle de l'enseignement en tant qu'éducation (plus encore qu'instruction) civique. En bref, la distance entre l'objet du suffrage et le sujet du suffrage risque d'accuser la distance entre raison « pratique » et raison pragmatique, distance sur la réduction de laquelle repose la légitimité de la norme édictée ; ce qui n'est qu'une reformulation du problème rousseauien concernant la jonction du citoyen et de la personne privée.]

Différence 4) : le niveau de référence

Pour dégager les critères discriminants permettant de distinguer le principe démocratique du principe moral, je partirai du fait que le principe démocratique doit établir une procédure d'institution légitime du droit. Ce principe dit en effet que seules peuvent prétendre à une validité légitime les lois juridiques qui sont à

même, dans un processus d'institution du droit par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique, de trouver l'adhésion de tous les sociétaires juridiques. Il élucide, en d'autres termes, le sens performatif de la pratique d'autodétermination mise en œuvre par des sociétaires juridiques qui se reconnaissent les uns les autres comme membres libres et égaux d'une association qu'ils ont librement approuvée. C'est pourquoi le principe démocratique se place à un autre niveau que le principe moral.

Tandis que ce dernier fonctionne comme règle d'argumentation destinée à trancher rationnellement les questions morales, le principe démocratique, quant à lui, pose déjà, comme un préalable le fait que la décision rationnelle touchant les questions pratiques est possible, tout comme le sont toutes les fondations en raison quoi s'opèrent dans les discussions (et dans les négociations réglées de manière procédurale), auxquelles se doit la légitimité des lois. Le principe démocratique ne fournit aucune réponse à la question de savoir si, et de quelle manière, les affaires politiques en général peuvent être traitées par la discussion. La présupposition étant faite qu'une formation rationnelle de l'opinion et de la volonté politiques est possible, le principe démocratique se borne à dire la manière dont celle-ci peut être institutionnalisée — à savoir au moyen d'un système de droits qui assure à chacun une égale participation à ce processus d'institution du droit et dont les présupposés de communication sont du même coup garantis. Alors que le principe moral opère au niveau de la constitution interne d'un jeu déterminé d'argumentation, le principe démocratique renvoie, quant à lui, au niveau de l'institutionnalisation externe — c'est-à-dire en prise avec l'effectivité de l'action — de la participation équitable aux discussions contribuant à former l'opinion et la volonté, démarche qui s'accomplit dans les formes communicationnelles ayant été elles-mêmes juridiquement garanties.

Différence 5) : normes juridiques et normes d'action

Tandis que le principe moral s'étend à toutes les normes d'action qui ne peuvent être justifiées que par des raisons morales, le principe démocratique n'est compatible qu'avec des normes juridiques. Ces règles n'ont pas leur origine dans le fonds des interactions simples, plus ou moins spontanées, que le quotidien nous fournit. La forme juridique que ces formes revêtent n'a pu se constituer qu'au fur et à mesure de l'évolution sociale. En regard des règles d'interaction spontanées qui peuvent être évaluées à partir du seul point de vue moral, les normes juridiques ont un caractère artificiel — elles forment une classe de normes pratiques produite intentionnellement, et réflexive puisque applicable à elle-même. En cela, le principe de démocratie doit non seulement fixer une procédure d'institution légitime du droit, mais encore commander la création du médium juridique lui-même. Du point de vue du principe de la discussion, il faut que soient justifiées les conditions que les droits en général doivent satisfaire pour être à même, à la fois, de se prêter à la constitution d'une communauté juridique et servir de médium d'auto-organisation à cette communauté. Il est par là-même nécessaire qu'en même temps que le système des droits soit créé le langage dans lequel une communauté pourra se comprendre en tant qu'association volontaire de sociétaires juridiques, libres et égaux.

Le système des droits doit donc non seulement institutionnaliser une formation rationnelle de la volonté politique mais encore garantir le médium lui-même dans lequel celle-ci pourra trouver son expression en tant que volonté générale des sociétaires juridiques librement associés. (p. 128)

Le droit complète l'inefficacité pratique de la morale rationnelle :

La morale rationnelle est spécialisée dans les questions de justice et observe tout sous le projecteur de l'universalisabilité, dont la lumière est vive mais le halo étroit. Elle a comme telos l'évaluation impartiale des conflits pratiques ayant une portée morale, elle rend, par conséquent, possible un savoir qui doit certes être utile à l'orientation dans l'action mais qui d'emblée ne dispose pas encore à l'action juste.

Naturellement, la morale culturellement flottante renvoie aussi à des actions possibles, mais elle n'entretient pour ainsi dire d'elle-même aucun contact avec les mobiles qui dotent les jugements moraux d'une force propulsive du point de vue de la pratique, et avec les institutions qui veillent à ce que les attentes morales justifiées soient effectivement satisfaites [Cf. Hegel, Péguy, Schiller / devoir, formule ; la question de savoir à quelles conditions un agir est conforme au devoir ne doit pas occulter le fait que l'agir est un devoir]. La référence pratique d'une morale telle que celle-là qui se replie dans le système culturel demeure virtuelle tant qu'elle n'est pas actualisée par ceux qui agissent d'une manière motivée, eux-mêmes. Ceux-ci doivent être, pour cela, disposés à agir en conscience. Une morale rationnelle dépend donc par là même de processus de socialisation favorables qui font naître des instances de conscience qui lui correspondent, à savoir des formations du sur-moi qui sont en accord avec elle. Outre la faible force de motivations des bonnes raisons, elle n'obtient d'efficacité pratique que dans l'ancrage par intériorisation des principes moraux dans le système de la personnalité. [Kant : la société juste conditionne l'advenir d'une communauté morale. Mais, en retour, la force de l'impératif moral (sous toutes ses formes) conditionne l'advenue d'une société juste (exemple : l'enthousiasme suscité par le spectacle de la Révolution en tant que présentation indirecte de l'idée républicaine)].

Une morale demeurerait limitée dans son efficacité si elle ne pouvait accéder aux mobiles de ceux qui agissent, par une autre voie que celle de l'»intériorisation, et, en l'occurrence, par la voie de l'institutionnalisation d'un système juridique qui complète, dans l'efficacité pratique, la morale rationnelle. Le droit est deux systèmes à la fois : un système de savoir et un système d'action. On peut aussi bien le comprendre comme un texte constitué de propositions et d'interprétations normatives que comme une institution, c'est-à-dire comme un ensemble de régulations pratiques. Dans la mesure où, dans le droit comme système d'action, orientations axiologiques et mobiles sont intriquées, les propositions juridiques acquièrent une efficacité pratique immédiate, qui fait défaut aux jugements moraux en tant que tels. D'un autre côté, les institutions juridiques se distinguent des agencements institutionnels spontanés par leur rationalité comparativement plus grande : un système de savoir, doctrine élaborée couplée à une morale régie par des principes, y trouve en effet une forme stable. Se trouvant donc, de cette manière, établi en même temps aux niveaux de la culture et de la société, le droit peut compenser les faiblesses d'une morale rationnelle, avant tout présente comme savoir. (p. 131)

Le droit déleste d'exigences cognitives :

La morale rationnelle se borne à fournir une procédure permettant de juger de manière impartiale des questions litigieuses. Elle n'est pas capable d'établir un catalogue d'obligations [hormis en tous cas quelques impératifs

immédiats, comme ne pas tuer, ne pas voler et ne pas mentir (vie, propriété, vérité, que l'on pourrait d'ailleurs traduire en termes de rupture du lien social : agression, propriété, confiance) ; on pourrait y ajouter le fait d'être charitable (comme assistance aux personnes en difficulté), qui se laisse socialement traduire en termes de solidarité, le fait de ne pas pervertir (vertu, bien), qui entraîne les quatre derniers, et de ne pas se révolter (qui brise la condition sociale de la moralité) ; le cas de l'inceste et du viol sont plus ambigus moralement (ils sont universalisables), s'ils sont plus significatifs socialement (Cf. Changeux, Fdts Ntrls de l'Éthique)], ni même de distinguer une série de normes hiérarchiquement ordonnées, mais attend des sujets qu'ils forgent un jugement qui leur soit propre. Dans les cas qui dépassent les problèmes de fondation des normes (principes obligeant au respect égal de chacun, à la loyauté, à la franchise, etc.), il faut à la fois découvrir et décrire les caractéristiques pertinentes de la situation à la lumière de prétendants normatifs concurrents mais non encore déterminés, et de l'autre, choisir, interpréter et appliquer la norme qui chaque fois s'avère appropriée en fonction d'une description la plus complète possible de la situation. Bien souvent, les problèmes de justification et d'application surmontent la capacité analytique de l'individu. C'est la factualité de la mise en œuvre du droit qui va absorber cette indétermination cognitive. Le législateur politique décide quelles normes ont une valeur juridique, et les cours de justice règlent le conflit d'interprétation relatif à l'application des normes valides mais diversement interprétables d'une manière à la fois compréhensible et définitive pour les individus. Les procédures législatives parlementaires, la pratique de la décision de justice institutionnalisée, et le travail accompli professionnellement sur une doctrine du droit qui précise les règles et systématisent les décisions, impliquent un soulagement, pour l'individu, du poids que représente, du point de vue cognitif, la formation d'un jugement moral propre.

Le droit déléste d'exigences motivationnelles :

Dans les situations de conflit, l'individu est d'un côté supposé être prêt en général à chercher une solution consensuelle (c'est-à-dire entrer dans les discussions ou à les mener en prenant parti), de l'autre il est supposé trouver la force d'agir selon ses intuitions morales, éventuellement même contre ses intérêts. L'acteur en tant qu'auteur des commandements est donc supposé trouver un accord avec lui-même, en tant que destinataire de ces mêmes commandements. C'est là un phénomène que la factualité de la mise en œuvre du droit va résorber. En menaçant de sanctions, le droit coercitif va si bien au-devant des attentes normatives que les destinataires peuvent se limiter au calcul prudent des conséquences. [Ce qui rejoint le problème que nous avons précédemment soulevé ; ainsi qu'il est montré dans les utopies négatives (1984), l'omniprésence d'un ?il judiciaire est indissociable de la déresponsabilisation des individus.]

En outre, du problème de la faiblesse de la volonté découle un autre problème, relatif à l'exigibilité ; chacun est en droit d'attendre que tous observent les normes valides : les normes valides ne sont donc exigibles que lorsque l'on peut les opposer à un comportement déviant.

Le droit déléste d'exigences organisationnelles :

De ceci résulte un troisième problème, celui de l'imputabilité des obligations ; c'est un problème qui se pose en particulier eu égard aux devoirs positifs qui souvent requièrent des efforts de coopération ou des prestations d'organisation. Il y a ainsi un contraste ostensible entre le devoir sans équivoque que chacun a d'empêcher que son voisin meurt de faim, et le fait que des millions d'habitants du monde industrialisé permettent que des centaines de milliers d'autres périssent dans les régions défavorisées du tiers monde. Même l'aide caritative ne peut être réalisée qu'en empruntant des canaux organisés. Plus la conscience morale adopte des orientations axiologiques universalistes, et plus se creusent les décalages entre, d'un côté, des exigences morales incontestées, et, de l'autre, les contraintes organisationnelles et les résistances au changement. Ainsi ces exigences morales, qui ne peuvent être satisfaites que moyennant des chaînes anonymes d'action et des dispositifs organisationnels, ne trouvent-elles de destinataires non équivoques qu'au sein d'un système de règles qui puissent être appliquées à elles-mêmes. Il n'y a que le droit qui, d'emblée, soit réflexif ; il contient des règles secondaires qui servent à la production de règles primaires destinées à la régulation du comportement. Il peut définir des compétences juridictionnelles et fonder des organisations — bref, il peut produire un système d'imputations, qui renvoie non seulement à des personnes juridiques naturelles mais encore à des sujets de droit fictifs tels que les corporations et les institutions.

Le droit comme réponse à un besoin d'organisation moderne :

Mais le droit n'est pas seulement indiqué pour reconstruire des complexes d'institutions quasi-naturelles que la perte d'une légitimation suffisante a fait dépérir. Au fil de la modernisation sociale, survient un besoin d'organisation d'un genre nouveau qui ne peut être géré que de manière constructive. Les domaines traditionnels d'interaction tels que la famille ou l'école voient leur substrat institutionnel transformé par le droit, tandis que la constitution juridique crée des systèmes d'action formellement organisés tels que les marchés, les entreprises et les administrations. L'économie capitaliste régulée par l'argent ou la bureaucratie politique organisée en fonction des compétences naissent grâce au médium de leur institutionnalisation juridique.

Le droit comme lieu d'extension des domaines d'action de la morale

Une morale rationnelle qui obtiendrait son efficacité par les procédés de socialisation et la conscience des individus serait condamnée à n'avoir qu'un faible rayon d'action. Or, en passant par un système juridique auquel elle est rattachée de l'intérieur, la morale peut rayonner sur tous les domaines d'action, y compris ceux qui, rendus autonomes sous forme de système, concernent les interactions régulées par un médium et soulagent les acteurs de toutes attentes morales autres que celles supposant une obéissance généralisée au droit.

Le statut des libertés subjectives :

Nous pouvons donc comprendre l'autonomie privée d'un sujet de droit essentiellement comme la liberté négative qui consiste à pouvoir se retirer de l'espace public des obligations illicites réciproques pour se replier sur une position d'observation mutuelle et d'influence réciproque. L'autonomie privée va aussi loin qu'il se peut tant que le sujet de droit n'a pas à se justifier et qu'il ne

doit fournir pour ses plans d'action aucune raison publiquement acceptable. Les libertés subjectives autorisent qu'on se place en dehors de l'activité communicationnelle, et qu'on refuse les obligations illocutoires ; elles fondent une sphère privée qui libère des charges que suppose la liberté communicationnelle avec ses exigences et ses concessions réciproques.

La constitution co-originale du code et du mécanisme du droit :

La genèse logique des droits trouve son point de départ dans l'application du principe de discussion au droit — constitutif pour la forme juridique en tant que telle — aux libertés subjectives d'action, et son terme avec l'«institutionnalisation juridiques des conditions préalables à un exercice de l'autonomie politique ayant recours à la discussion, grâce auquel il devient possible de conférer rétrospectivement la forme juridique à l'autonomie privée qui était initialement posée de manière abstraite. D'où, le principe démocratique ne peut se manifester que comme le cœur d'un système des droits. La genèse logique de ces droits forme un processus circulaire dans lequel le code du droit et le mécanisme destiné à le produire se constituent originairement.

L'équilibre des autonomies comme condition d'un droit légitime :

L'idée d'autolégislation par les citoyens requiert en effet que ceux qui sont soumis au droit en tant que destinataires se pensent aussi comme auteurs du droit. Seule une mise en œuvre politiquement autonome du droit permet aussi à ses destinataires d'avoir une compréhension correcte de l'ordre juridique dans son ensemble. En effet, un droit légitime n'est compatible qu'avec un mode de contrainte juridique qui ne détruit pas les motifs rationnels qu'il y a d'obéir au droit. Dans sa dimension contraignante, le droit ne doit pas forcer ses destinataires, il doit les laisser libres, au cas par cas, de renoncer à l'exercice de leur liberté communicationnelle et de ne pas prendre position sur l'exigence de légitimité du droit, il doit, autrement dit, leur permettre, dans un cas d'espèce, de passer vis-à-vis du droit de l'attitude performative à l'attitude objectivante de l'acteur qui se détermine arbitrairement et sur la base d'un calcul d'utilité. On doit pouvoir obéir aux normes juridiques par l'exercice de son discernement.

Typologie des droits fondamentaux :

Avec le concept de forme juridique, qui stabilise les attentes sociales de comportement, et avec le principe de la discussion, à la lumière duquel la légitimité des normes d'action peut être d'une manière générale mise à l'épreuve, nous avons à notre disposition les moyens suffisants pour introduire in abstracto ces catégories de droits qui, en fixant le statut des personnes juridiques, engendrent le code juridique lui-même.

1) Des droits fondamentaux qui résultent du développement politiquement autonome, du droit à l'étendue la plus grande possible de libertés subjectives d'action égales pour tous.

Le principe kantien du droit coïncide avec ce droit universel aux mêmes libertés. En effet, il se borne à stipuler qu'un code juridique devrait être institué sous la forme de droits subjectifs légitimement partagés, garantissant la protection de l'autonomie privée dont doivent jouir les sujets de droit. A vrai dire, le code juridique n'est pas encore complètement institutionnalisé avec ces seuls droits. Il

lui faut, en effet, être applicable dans le cadre d'une communauté juridique déterminée et établir des droits qui puissent être exigés par les uns contre les autres.

2) Des droits fondamentaux résultant du développement, politiquement autonome, du statut de membre dans une association volontaire de sociétés juridiques.

Les règles de droit, à la différence des règles morales, ne déterminent pas normativement les interactions possibles entre des sujets capables de parler et d'agir en général, mais les ensembles d'interaction au sein d'une société concrète. Cela est d'emblée consécutif de la positivité du droit, c'est-à-dire de la factualité de son instauration et de son exercice. Les normes juridiques renvoient aux décisions d'un législateur historique, elles se rapportent à une juridiction géographiquement délimitée et à une collectivité de sociétés juridiques socialement délimitable, et par conséquent à une sphère spécifique de validité. L'institution d'un code juridique réclame, par conséquent, des droits qui règlent l'appartenance à une association déterminée de sociétés juridiques et permettent par là même de différencier les membres des non-membres, les citoyens des étrangers. Si l'on applique le principe de la discussion, il s'ensuit que tout un chacun doit être protégé d'une déchéance de ses droits d'appartenance qui serait prononcée unilatéralement, mais qu'il doit avoir le droit de renoncer à son statut de membre.

3) Des droits fondamentaux résultant de la manière immédiate de l'exigibilité des droits et du développement, politiquement autonome, de la protection juridique individuelle.

L'institutionnalisation juridique du code du droit requiert, en fin de compte, la garantie des recours juridiques par lesquels chaque personne qui se sent lésée dans ses droits peut faire valoir ses revendications. On peut, à la lumière du principe de discussion, justifier en raison des droits fondamentaux de justice garantissant à toute personne une égale protection juridique, une même capacité à exiger une audience judiciaire, une égale mise en application du droit et donc une égalité de traitement devant la loi, etc.

Ces trois catégories de droits résultent de la seule application du principe de la discussion au médium du droit en tant que tel, c'est-à-dire aux conditions de juridicité d'une socialisation horizontale en général. Ils ne doivent pas encore être pris pour des droits défensifs libéraux puisqu'ils ne règlent que des rapports entre citoyens librement associés, et ce avant même qu'une quelconque force publique, organisée selon le droit objectif et dont les citoyens devraient craindre les intrusions, n'existe. En fait, ces droits fondamentaux ne font que garantir l'autonomie privée de sujets juridiques, dans la mesure où ceux-ci, s'étant réciproquement reconnus dans leur rôle de destinataires des lois, se dotent par là même d'un statut sur la base duquel ils peuvent exiger des droits et les faire valoir les uns contre les autres. Ce n'est qu'au stade suivant que les sujets de droit acquièrent aussi le rôle d'auteurs de leur ordre juridique :

4) Par des droits fondamentaux à participer à chances égales aux processus de formation de l'opinion et de la volonté constituant le cadre dans lequel les citoyens exercent leur autonomie politique et à travers lequel ils instaurent un droit légitime.

Dans la genèse des droits, le point de vue était celui du théoricien, qui disait aux citoyens les droits qu'ils devraient se reconnaître mutuellement s'ils voulaient régler de manière légitime leur vie en commun par les moyens du droit positif. Il nous faut maintenant effectuer le changement de perspective qui est nécessaire

dès lors que les citoyens doivent être en mesure d'appliquer de leur propre chef le principe de la discussion. En effet, ils n'accèdent à l'autonomie en tant que sujets de droit que dès l'instant où ils se comprennent et se comportent comme les auteurs des droits auxquels ils veulent se soumettre en tant que destinataires. A vrai dire, en tant que sujets de droit, ils ne sont plus libres de choisir le médium dans lequel ils peuvent réaliser leur autonomie. Ils n'ont désormais plus le choix du langage auxquels ils veulent recourir : le code juridique est préalablement donné comme le seul langage dans lequel ils peuvent exprimer leur autonomie. L'idée d'auto-législation doit trouver sa validité dans le médium du droit lui-même. C'est pourquoi il est nécessaire que les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent juger à la lumière du principe de discussion si le droit qu'ils posent est légitime, soient, de leur côté, garanties juridiquement. C'est à cela que servent les droits politiques fondamentaux ménageant la participation aux processus de formation de l'opinion et de la volonté. Les droits politiques fondamentaux égaux pour tous résultent d'un accès symétrique à la juridicité de la liberté communicationnelle de tous les sociétaires juridiques ; or celle-ci exige, de son côté, que la formation de la volonté et de l'opinion au moyen de la discussion s'effectue sous des formes telles qu'elle permette un exercice de l'autonomie politique préservant les droits des citoyens.

5) Par des droits fondamentaux à l'octroi de conditions de vie qui soient assurées au niveau social, technique et écologique, dans la mesure où cela peut s'avérer nécessaire, dans les conditions données, à la jouissance à égalité de chance des droits civiques énumérés de 1) à 4).

La solidarité entre souveraineté populaire et droits de l'homme :

Cette solidarité implique la co-originarité des autonomies privée et politique. La latitude de l'autonomie politique dont jouit le citoyen n'est pas plus limitée par les droits moraux ou naturels qui n'attendraient que d'entrer en vigueur, que l'autonomie privée de l'individu n'est simplement instrumentalisée au profit d'une raison souveraine. Il n'y a rien qui préexiste à la pratique d'autodétermination des citoyens en dehors, d'un côté, du principe de discussion qui réside tout simplement dans les conditions d'une socialisation communicationnelle, et, de l'autre, du médium du droit. Ce dernier est requis lorsqu'il devient nécessaire, dans le processus législatif, d'implémenter le principe de la discussion au moyen de droits égaux à la communication et à la participation, en tant que principe démocratique.

Pris simplement pour eux-mêmes, ni le principe de la discussion ni la mise en forme juridique des rapports interactifs ne suffisent à fonder un quelconque droit. Le principe de la discussion ne peut adopter la forme d'un principe démocratique qu'en passant par le médium du droit, tous deux s'imbriquant l'un dans l'autre et se constituant en un système de droits qui amène l'autonomie publique et l'autonomie privée dans une relation de présupposition mutuelle. Inversement, tout exercice de l'autonomie politique signifie à la fois une interprétation et un développement, par un législateur historique, de ces droits qui, par principe, ne peuvent être pleinement saturés. Le principe selon lequel toute manifestation de la force publique procède du peuple, doit être chaque fois spécifié, selon les circonstances, sous la forme des libertés d'opinion et d'information, d'assemblée et d'association, de croyance, de conscience ou de confession religieuse, sous la forme de droits de participation aux élections et

aux scrutins, à militer dans les partis politiques ou des mouvements de citoyen, etc.

Dans les actes constitutifs consécutifs à une interprétation du système de droits qui, effectuée par les citoyens, a une force d'obligation juridique, ceux-ci font un usage proprement originel de l'autonomie politique, laquelle se constitue, dès lors, d'une manière qui est performativement autoréférentielle. C'est ainsi que l'on peut comprendre les sections qui, dans les constitutions historiques, sont relatives aux droits fondamentaux comme des versions contextualisées de ce même système de droits.

En garantissant de manière équivalente les deux autonomies publique et privée, le système de droits donne un caractère opératoire à cette tension entre factualité et validité que nous avons d'abord rencontrée comme une tension entre positivité et légitimité du droit. Ces deux moments se combinent à la fois dans la pénétration de la forme juridique et du principe de discussion, et dans le visage de Janus que prend le droit qui, d'un côté, est tourné vers ses destinataires et, de l'autre, vers ses auteurs. D'un côté le système de droits libère l'arbitre — guidé par l'intérêt — des sujets individuels lorsque ceux-ci agissent en vue de leur succès : il le canalise par des lois contraignantes qui rendent compatibles les libertés d'action subjectives, octroyées de manière égalitaire ; de l'autre, il mobilise et unifie les libertés communicationnelles dont on présume qu'ils sont orientés vers le bien commun, grâce à la pratique constitutionnelle.

Ici perce à nouveau la tension entre validité et factualité, à travers le fait, à première vue paradoxal, qu'il revient aux droits politiques fondamentaux d'institutionnaliser l'usage public des libertés communicationnelles sous la forme de droits subjectifs. Le code juridique ne laisse pas d'autre choix ; les libertés communicationnelles et participatives doivent être formulées dans un langage qui laisse les sujets de droit autonomes, libres à la fois dans leur volonté d'en faire usage et dans la manière dont ils en feront usage. Il revient à l'arbitre des destinataires de décider s'ils veulent ou non engager leur volonté libre en tant qu'auteurs, d'envisager un changement de perspective en passant d'une perception orientée vers le succès d'intérêts propres à une intercompréhension concernant des normes susceptibles d'entraîner l'adhésion, et de faire un usage public de leur liberté communicationnelle.

Sémantique analytique et pragmatique des droits : l'équivoque normative

Nous perdons de vue cette différence lorsque nous nous limitons à l'analyse sémantique des droits. Si une personne détient un droit, celle-ci est alors en position d'exiger ce qui correspond à ce droit, et peut faire valoir cette exigence auprès d'autres personnes. A ce niveau analytique, on peut distinguer les droits négatifs des droits positifs, mais ainsi on n'accède pas encore à ce que la forme juridique a de spécifique. Ce n'est qu'en accédant au niveau pragmatique que nous apercevons ces aspects de la légalité que nous avons analysés en nous rattachant aux notions kantienne de « libre arbitre », de « rapporte extérieur » et de « prérogatives contraignantes ». Sous ces aspects, la référence équivoque au destinataire des droits subjectifs par rapport à l'usage public des libertés communicationnelles se révèle : c'est en effet qu'il doit être possible de prendre ces autorisations aussi à leur valeur nominale, autrement dit, de les comprendre comme la concession de libertés subjectives d'action. A la différence de la

morale, le droit ne peut pas créer l'obligation que les droits subjectifs soient pris en compte dans une visée intercompréhensive, quand bien même les droits politiques du citoyens exigent précisément ce type d'usage public. Il reste que le fait de cette équivocité a lui aussi un caractère tout à fait normatif.

La persistance de la Constitution comme interprétation permanente :

Ce système des droits n'est toutefois pas préalablement donné au législateur constitutionnel comme un droit naturel. Ce n'est que par l'interprétation dans une certaine optique constituante qu'on prend tout simplement conscience de ces droits. Et, de fait, en proposant leur version du système des droits découverte du point de vue de leur situation, les citoyens explicitent simplement le sens même de l'entreprise dans laquelle ils sont déjà engagés lorsqu'ils ont décidé de régler par la voie légitime du droit leur vie en commun. Une telle entreprise ne présuppose rien de plus qu'une compréhension intuitive du principe de discussion et le concept de forme juridique. C'est pourquoi parler du système des droits signifie dans le meilleur des cas parler de ce sur quoi s'accordent les diverses explicitations de la manière dont une pratique se comprend elle-même selon les circonstances. « Notre » introduction théorique des droits fondamentaux apparaît elle aussi après coup comme un artifice. [Cf. Humboldt] Nul ne peut prétendre avoir accès à un système des droits au singulier, indépendamment des interprétations qui s'offrent déjà à lui historiquement. « Le système des droits, cela n'existe pas dans sa pureté transcendante. Le caractère des fondations constitutionnelles qui souvent scellent la réussite des révolutions politiques, offre l'image trompeuse d'une « fixation » de normes statiques, arrachées au temps et résistant au changement historique. La priorité que la technique juridique accorde à la Constitution sur les simples lois est inhérente au système des principes caractérisant l'Etat de droit ; mais elle ne signifie qu'une fixation relative du contenu de normes constitutionnelles. Toute Constitution est un projet qui n'acquiert de persistance que sur le mode d'une interprétation permanente de la Constitution, continuellement menée à tous les niveaux de l'instauration du droit.

Synthèse des deux derniers paragraphes : l'habitus de la liberté comme condition

A vrai dire, l'émergence de la légitimité à partir de la légalité n'apparaît comme un paradoxe que si l'on part de la prémisse selon laquelle le système juridique doit être représenté comme un processus circulaire qui reflue récursivement en lui-même et s'autolégitime. Ce que contredit déjà l'évidence : sans les initiatives d'une population accoutumée à la liberté, les institutions juridiques de la liberté se désintègrent. On ne peut précisément pas contraindre une population à la spontanéité, fût-ce par le droit ; c'est aux traditions de la liberté qu'elle se régénère et dans les relations associatives d'une culture politique libérale qu'elle se conserve. La compréhension du système des droits à l'aide de la théorie de la discussion attire le regard vers deux aspects ; d'un côté, on observe que le poids de la légitimation de l'instauration du droit faisait porter sur les qualifications du citoyen passe désormais dans le processus juridiquement institutionnalisé présidant à la formation de l'opinion et de la volonté par la discussion. Et, de l'autre, on constate que l'accès de la liberté communicationnelle à un statut juridique signifie aussi que le droit doit s'ouvrir des sources de légitimation desquelles il ne peut pas disposer.

Chapitre IV Reconstruction du droit

2. Les principes de l'Etat de droit.

Le pouvoir politique comme stabilisation de l'acte autoréférentiel :

La légitimité des droits et la légitimation des processus d'édition sont une chose, la légitimité d'un ordre de domination et la légitimation de l'exercice du pouvoir politique en sont une autre. Les droits fondamentaux reconstruits au moyen d'une expérience fictive sont constitutifs pour toute association de sujets de droit libres et égaux ; ces droits reflètent la socialisation horizontale des citoyens, pour ainsi dire à l'état naissant. Mais à certains points de vue essentiels, l'acte autoréférentiel par lequel l'autonomie civile accède à une institutionnalisation juridique est incomplet ; en effet, il ne peut pas se stabiliser lui-même. L'instant de la concession réciproque des droits reste un événement métaphorique ; il peut être rappelé et ritualisé, mais non rendu permanent sans la création ou l'utilisation fonctionnelle d'un pouvoir d'Etat. Si tant est que l'imbrication de l'autonomie privée et de l'autonomie publique, telle qu'elle est réalisée dans le système des droits, doive durer, le processus de juridicisation ne peut pas se limiter, d'une part, aux libertés d'action subjectives des particuliers et, de l'autre, aux libertés communicationnelles des citoyens. Il doit immédiatement s'étendre au pouvoir politique, déjà présumé par le biais du médium juridique, auquel l'édition du droit tout comme sa mise en œuvre effective doivent leur caractère factuellement obligatoire. La constitution co-originale et l'imbrication conceptuelle du droit et du pouvoir politique donnent naissance à un besoin de légitimation plus large, à savoir la nécessité de canaliser en termes juridiques le pouvoir qu'a l'Etat de sanctionner, d'organiser et d'appliquer les lois. C'est là même l'idée de l'Etat de droit.

L'Etat comme condition de passage des droits au droit.

Tant que nous le considérons sous l'angle de la fonction qui lui est propre — celle de stabiliser les attentes de comportement —, le droit se présente comme un système de droits au pluriel. A vrai dire, ces droits subjectifs ne peuvent entrer en vigueur et être imposés que par le fait d'organisations qui prennent des décisions ayant force d'obligation collective. Inversement, c'est à la forme juridique qu'elles ont revêtue que ces décisions doivent leur force d'obligation collective. Le lien interne entre droit et pouvoir politique se reflète dans les implications du droit subjectif que nous avons rencontrées et qui touchent le droit objectif.

L'Etat comme condition d'application des droits 1.

Le droit à l'égalité des libertés d'action subjectives se concrétise dans des droits fondamentaux qui, en tant que droits positifs, s'accompagnent de menaces de sanctions et que l'on peut donc faire valoir contre les transgressions de normes

ou les intérêts s'opposant à leur réalisation. En ce sens, ils présupposent le pouvoir de sanction d'une organisation disposant des moyens d'employer légitimement la force afin de faire respecter les normes juridiques. C'est l'aspect sous lequel l'Etat, en quelque sorte pour « couvrir » son pouvoir de commander, tient à sa disposition une force stationnée dans les casernes.

L'Etat comme condition d'application des droits 2.

Le droit pour tout membre de jouir d'une égalité de droits dans le cadre d'une association volontaire de sociétaires juridiques présuppose l'existence d'une communauté limitée dans l'espace et dans le temps, à laquelle s'identifient ses membres et à laquelle ils peuvent imputer leurs actions en tant que parties d'un même contexte d'interaction. Une telle communauté ne peut se constituer en tant que communauté juridique que si elle dispose d'une instance centrale autorisée à agir au nom de tous. Ce qui implique l'affirmation de soi au nom de laquelle l'Etat emploie sa capacité à organiser et à s'organiser lui-même pour maintenir, vis-à-vis de l'intérieur comme de l'extérieur, l'identité de sa vie communautaire juridiquement organisée.

L'Etat comme condition d'application des droits 3.

Le droit à une protection juridique individuelle trouve une forme concrète dans les droits fondamentaux dans lesquels se fondent les exigences d'une justice indépendante qui juge de manière impartiale. En ce sens, ces droits fondamentaux présupposent que soit établi un système judiciaire, organisé par l'Etat qui, pour trancher les litiges, puisse recourir à un pouvoir de sanction, ainsi que, pour préserver et développer le droit, à la capacité d'organisation dont dispose l'Etat.

L'Etat comme condition d'application des droits 4.

Le droit à une édicton politiquement autonome du droit se concrétise dans les droits fondamentaux qui fondent les mêmes prétentions pour tous à une égale participation aux processus démocratiques de législation. Ces processus doivent eux-mêmes être institués au moyen d'un pouvoir organisé sous forme étatique. De plus, ayant le statut du pouvoir législatif, la formation de la volonté politique dépend d'un pouvoir exécutif capable de mettre en œuvre et d'implémenter les programmes chaque fois adoptés. D'où l'aspect central sous lequel l'Etat se différencie en tant qu'institution exerçant bureaucratiquement un pouvoir légal. Le pouvoir de l'Etat ne prend une forme institutionnelle solide qu'à travers l'organisation administrative de la fonction publique.

L'Etat comme condition des droits 5.

La dynamique de cette action réflexive se trouve encore accélérée par les droits de partage qui fondent les prétentions à la réalisation des conditions sociales, culturelles et écologiques pour bénéficier à chances égales aussi bien des droits de disposer de la liberté individuelle que de ceux qui permettent de participer à la vie politique.

Légitimité du pouvoir politique, légitimité du droit :

Ce qui rend l'exercice du pouvoir politique légitime n'est pas la forme juridique en tant que telle, mais seulement le respect du droit légitimement édicté. Or, au niveau post-traditionnel de justification, n'est considéré comme légitime que le droit susceptible d'être rationnellement accepté par tous les sociétaires juridiques qui ont formé leur opinion et leur volonté par le moyen de la discussion.

Différenciation de la souveraineté populaire et pouvoir administratif :

Dans l'Etat de droit conçu dans les termes d'une théorie de la discussion, la souveraineté du peuple ne s'incarne plus dans une assemblée concrètement identifiable de citoyens autonomes. Elle se retire dans les cycles communicationnels, pour ainsi dire sans sujets, des débats publics et des organismes. Ce n'est que sous cette forme anonyme, que le pouvoir rendu fluide par la communication peut lier le pouvoir administratif de l'appareil d'Etat à la volonté des citoyens. Nous verrons que, dans l'Etat de droit démocratique, le pouvoir politique se différencie, d'un côté, en pouvoir fondé sur la communication et, de l'autre, en pouvoir administratif. Dans la mesure où la souveraineté du peuple ne se concentre plus dans une collectivité, au sens de la présence physiquement perceptible des citoyens réunis ou de leurs représentants assemblés, mais s'affirme à travers une circulation de consultations et de décisions rationnellement structurées, la phrase selon laquelle il ne saurait y avoir de souverain dans l'Etat de droit ne peut guère être contestée.

La « double contingence » des interactions sociales :

Je pars, avec Parsons, de l'idée selon laquelle les interactions sociales, dont le tissu s'étend dans l'espace et dans le temps, sont soumises à une double contingence. Les acteurs attendent les uns des autres que chacun puisse en principe prendre une décision allant dans un sens ou dans l'autre. C'est pourquoi tout ordre social doté de modèles de comportement à peu près stables doit s'appuyer sur des mécanismes de coordination de l'action, en règle générale ceux de la coordination et de l'entente. Lorsque la coordination ne parvient pas à se réaliser, on voit surgir des séquences d'action anormales que les intéressés eux-mêmes éprouvent comme des problèmes. Ceux que rencontre la coordination se présentent sous deux formes caractéristiques. Il s'agit soit d'arbitrer un conflit provoqué par une incompatibilité entre différentes orientations pratiques individuelles, soit de choisir et de réaliser par la coopération certaines fins collectives. Dans le premier cas, les intéressés doivent se poser la question : « Selon quelles règles devons-nous vivre ensemble ? », dans l'autre la question : « Quelles fins souhaitons-nous réaliser et par quels moyens ? ». La liquidation des litiges renvoie à la stabilisation des attentes de comportement en cas de conflit, tandis que la formation de la volonté collective se rapporte au choix et à la réalisation effective des fins susceptibles de consensus. Parsons parle à ce propos de la « préservation des modèles » et de la « réalisation des fins. »

Le double rôle du droit :

Le droit ne se réduit nullement à des normes régulant le comportement, mais a pour fonction d'organiser et de réglementer le pouvoir étatique. Il fonctionne à la manière de règles constitutives qui garantissent non seulement l'autonomie

privée et publique des citoyens, mais encore génère des institutions, des procédures et des compétences d'Etat.

La justice comme condition de légitimité :

Du point de vue d'une analyse purement fonctionnaliste, le droit se contente de constituer un code du pouvoir et de remplir sa propre fonction. En le droit positif et le pouvoir politique, c'est un processus circulaire qui semble pouvoir s'établir et se stabiliser lui-même. Mais, en fait, en devenant profane au début des Temps modernes, le pouvoir a aussitôt permis de prendre conscience du fait que la forme juridique comme telle ne suffisait pas pour en légitimer l'exercice. Certes, le pouvoir politique ne doit son autorité normative qu'à cette fusion avec le droit précédemment présentée. Mais cette reconstruction montre également que le droit ne conserve sa force légitimante qu'aussi longtemps qu'il peut fonctionner comme source de justice. Or cette source se tarit dès lors que la raison d'Etat dispose du droit à son gré.

Justice et théorie de la discussion :

Avec le passage à la modernité, lorsque, perdant sa force d'obligation, la vision religieuse du monde se désintégra pour donner naissance à la puissance des croyances subjectives et pour priver ainsi le droit à la fois de sa dignité et de sa non-instrumentalité métaphysiques, le pouvoir politique ne pouvait plus se légitimer au nom d'un droit par nature légitime. La raison était appelée à remplacer une source de justice sacrée qui se tarissait.

C'est une toute autre perspective qui s'ouvre grâce au concept d'autonomie politique fondé sur une théorie de la discussion. Ce concept explique, en effet, pourquoi il faut mobiliser, pour créer le droit légitime, les libertés communicationnelles des citoyens. Selon une telle explication, la législation dépend de l'engendrement d'un tout autre type de pouvoir, à savoir ce pouvoir fondé sur la communication dont Hannah Arendt dit que personne ne le peut « posséder » : le pouvoir « jaillit parmi les hommes lorsqu'ils agissent ensemble et retombe dès qu'ils se dispersent. » (Condition de l'homme moderne). Suivant ce modèle, le droit et le pouvoir fondé sur la communication proviennent de façon co-originale d'une « opinion sur laquelle nombreux étaient ceux qui s'accordaient en public ». La version de l'autonomie politique que propose la théorie de la discussion appelle une différenciation dans le concept de pouvoir politique. Pour que la source de justice ne tarisse pas, il faut que le pouvoir de l'Administration d'Etat, constitué sous sa forme juridique, soit sous-tendu par un pouvoir d'édicter le droit, fondé sur la communication.

La force motivationnelle de la discussion :

Jusqu'ici, nous n'avons considéré l'usage public des libertés communicationnelles, dégagées de toute contrainte, que sous l'aspect cognitif qui permet la formation rationnelle de l'opinion et de la volonté ; la libre mise en débat des thèmes et des contributions, des informations et des raisons qui se rapportent au sujet en question a pour fonction de fonder une rationalité supposée des résultats obtenus conformément à cette procédure. Mais les convictions forgées par la discussion et intersubjectivement partagées ont en même temps une force de motivation. Même si celle-ci ne va pas au-delà de la force faiblement motivante des bonnes raisons, l'usage public des libertés

communicationnelles apparaît, sous cet aspect, comme un générateur de potentiels de pouvoirs.

Hannah Arendt : le pouvoir et la violence

Pour Hannah Arendt, à la différence de Max Weber, le phénomène fondamental du pouvoir ne réside pas, à l'intérieur des rapports sociaux, dans l'occasion qui est offerte de pouvoir imposer sa propre volonté face à des résistances, mais dans le potentiel d'une volonté commune formée au moyen d'une communication sans contrainte. Elle oppose le « pouvoir » et la « violence », autrement dit, la force consensuelle d'une communication qui vise l'entente, à la capacité d'instrumentaliser une volonté étrangère au service de ses propres fins : « Le pouvoir correspond à l'aptitude de l'homme, non seulement à agir et à faire quelque chose, mais à s'unir à d'autres et à agir de façon concertée. » (Sur la violence).

Un tel pouvoir fondé sur la communication ne peut se développer que dans des espaces publics intacts et ne peut surgir que dans les structures d'une intersubjectivité préservée telle qu'elle caractérise une communication sans pathologies. Il apparaît dans les contextes d'une formation de l'opinion et de la volonté qui, avec la liberté communicationnelle sans chaînes dont dispose tout un chacun, et qui consiste à « faire en toute chose un usage public de sa raison », fait valoir la force productive d'une « pensée élargie ». Celle-ci se caractérise en effet par le fait que l'on compare « son jugement aux jugements des autres, qui sont en fait moins les jugements réels que les jugements possibles » et que l'on se met « à la place de tout autre ».

L'association entre pouvoir communicationnel et génération d'un droit légitime :

Hannah Arendt ne conçoit le pouvoir politique ni comme un potentiel permettant de faire valoir ses propres intérêts ou de réaliser des fins collectives, ni comme le pouvoir administratif permettant de prendre des décisions engageant la collectivité, mais comme une force d'autorisation se manifestant à la fois dans la création d'un droit légitime et dans la fondation d'un certain nombre d'institutions, dans les ordres qui protègent la liberté politique, dans la résistance aux répressions qui menacent de l'extérieur ou de l'intérieur la liberté politique, et surtout dans les actes fondateurs de la liberté « qui créent de nouvelles institutions et de nouvelles lois ». Il se manifeste le plus purement au cours de ces instants où les révolutionnaires prennent le pouvoir qui se trouve dans la rue ; lorsqu'une population décidée à pratiquer la résistance passive s'oppose, à mains nues, à des chars étrangers ; lorsque, dans les mouvements de protestation, le « simple plaisir de l'action » fait irruption. C'est à chaque fois le même phénomène d'une association entre un pouvoir fondé sur la communication et la génération d'un droit légitime que H. Arendt détecte, dans les différents événements historiques, la force constituante de la Révolution américaine lui servant à chaque fois de modèle.

A la différence de ce que suggèrent les constructions du droit rationnel, l'opposition catégoriale entre « pouvoir » et « violence » situe le pouvoir du côté du droit. Dans les traditions du droit rationnel, le passage de l'état de nature à l'état de société était supposé se caractériser par le fait que les parties contractantes renonçaient aux libertés ancrées dans la force physique de chacun. Elles y cédaient leur liberté d'action illimitée à un pouvoir d'Etat qui rassemblait les potentiels de force anarchiques et dispersés et les employait pour imposer,

par la discipline, des libertés subjectives restreintes par la loi. Ici, le droit né de l'abandon de la violence avait pour fonction de canaliser une violence identifiée au pouvoir. La différenciation que Arendt opère entre pouvoir et violence supprime cette opposition. C'est par sa nature même que le droit s'allie à un pouvoir fondé sur la communication, générant un droit légitime.

Le problème de la conjonction entre pouvoirs communicationnel et administratif

Disparaît de ce fait la tâche classique de remplacer la source de justice tarie d'un droit naturel qui se légitimait lui-même, remplacement permettant à la violence purement factuelle d'acquérir l'autorité d'une violence dominante dotée d'un pouvoir légitime. Hannah Arendt est, bien au contraire, obligée d'expliquer, tout à la fois, comment l'union des citoyens, en constituant un pouvoir fondé sur la communication, édicte un droit légitime et comment, une fois de plus en termes juridiques, elle garantit précisément l'exercice de l'autonomie politique des citoyens. L'association conceptuelle entre législation et formation du pouvoir montre rétrospectivement pourquoi le système des droits, qui correspond à cette question, doit immédiatement apparaître en tant que droit positif, sans pouvoir revendiquer une validité antérieure fondée sur la morale ou sur le droit naturel.

Toutefois, avec le concept d'un pouvoir fondé sur la communication nous n'appréhendons que la genèse du pouvoir politique et non l'usage administratif d'un pouvoir déjà constitué, autrement dit le processus de l'exercice du pouvoir. Ce concept n'explique pas non plus la lutte pour les positions ouvrant accès au pouvoir administratif. Hannah Arendt souligne que, tout autant que la concurrence développée pour l'acquérir et le conserver, l'usage du pouvoir dépend de la formation et du renouvellement de ce pouvoir par le biais de la communication. A juste titre, elle oppose aux théories sociologiques qui considèrent que les phénomènes d'attribution du pouvoir et les phénomènes de concurrence pour s'en emparer, qu'aucun pouvoir politique ne peut élargir à son gré les sources de son pouvoir. Le pouvoir généré par la communication est une denrée rare que se disputent les organisations et que gèrent les détenteurs des fonctions, mais que nul ne peut produire : « Ce qui sape et finit par tuer les communautés politiques, c'est la perte de pouvoir et finalement l'impuissance : or, on ne peut emmagasiner le pouvoir et le conserver en cas d'urgence, comme les instruments de la violence : il n'existe qu'en acte. (...) Le pouvoir n'est actualisé que lorsque la parole et l'acte ne divorcent pas, lorsque les mots ne sont pas vides, ni les actes brutaux. » (Condition de l'homme moderne.)

Or la convergence des mots et des actes peut permettre de mesurer la légitimité d'une domination, mais celle-ci n'explique pas encore l'autre état que doit atteindre le pouvoir fondé sur la communication, avant de revêtir, sous la forme du pouvoir administratif, les fonctions qui lui confèrent le pouvoir à la fois de sanctionner, d'organiser et d'exécuter, fonctions dont dépend le système des droits et dont il présuppose l'existence.

[On pourrait peut-être condenser l'objection de Habermas à Arendt en disant que, dans le cadre de la théorie arendtienne, le pouvoir ne peut donner lieu, juridiquement parlant, qu'à des préambules de Constitution (Cf. Seconde République).]

Habermas : la distinction intra-politique et le droit comme médium

Le concept d'un pouvoir fondé sur la communication nous oblige à effectuer une distinction à l'intérieur même du concept de pouvoir politique. Dans son

ensemble, la politique ne peut pas coïncider avec la pratique de ceux qui parlent les uns avec les autres afin de parvenir à une action politiquement autonome. Si l'exercice de l'autonomie politique implique la formation discursive d'une volonté commune, il n'implique pas encore l'implémentation des lois que cette volonté édicte. A juste titre, le concept du politique s'étend aussi, à la fois à l'utilisation du pouvoir administratif à l'intérieur du système politique et à la concurrence développée pour accéder à ce système. La constitution d'un code du pouvoir signifie qu'un système administratif est régulé par le droit de prendre des décisions qui engagent la collectivité. C'est pourquoi je propose de considérer le droit comme le médium qui permet au pouvoir fondé sur la communication de se transformer en pouvoir administratif. En effet, une telle transformation a le sens d'un acte conférant les pleins pouvoirs dans le cadre de ce qu'autorise la loi. L'idée d'Etat de droit peut alors être interprétée, d'une façon générale, comme l'exigence de lier le système administratif régulé par le code du pouvoir, à un pouvoir législatif fondé sur la communication et de la dégager des interférences du pouvoir social, autrement dit de la force factuelle d'intervention des intérêts privilégiés. On interdit au pouvoir administratif de se reproduire lui-même, afin qu'il ne se régénère qu'en transformant un pouvoir donné, fondé sur la communication. En dernière instance, c'est ce transfert que doit réguler l'Etat de droit, à vrai dire sans toucher au code du pouvoir lui-même et donc sans intervenir dans la logique de l'autorégulation du système administratif. Du point de vue sociologique, l'idée d'Etat de droit n'éclaire que l'aspect politique d'un effort pour équilibrer les trois puissances de l'intégration sociale dans son ensemble, à savoir l'argent, le pouvoir administratif et la solidarité.

Sens cognitif et fonction pratique du principe de discussion :

Les droits autorisant la participation politique renvoient à l'institutionnalisation juridique d'une formation publique de l'opinion et de la volonté qui débouche sur des décisions relatives à des projets politiques et à des lois. Cette institutionnalisation est supposée s'accomplir au moyen de formes de communication qui, comme nous le découvrons maintenant, font valoir le principe de discussion, et ce, d'un double point de vue. D'abord, ce principe a un sens cognitif, à savoir celui de filtrer les contributions et les thèmes, les raisons invoquées et les informations, de façon à ce que les résultats obtenus acquièrent la présomption d'une acceptabilité rationnelle ; la procédure démocratique, quant à elle, a pour fonction de fonder la légitimité du droit.

Mais, dans l'espace public politique comme dans les organismes parlementaires, le caractère discursif de la formation de l'opinion et de la volonté a également un sens pratique, à savoir celui de créer des relations d'entente qui sont, dans le sens où le dit Hannah Arendt, dénuées de « violence » et qui déchaînent la force productive de la liberté communicationnelle. Fondé sur la communication, le pouvoir des convictions communes ne peut résulter que des structures d'une subjectivité non mutilée. Cette imbrication d'une édicition du droit mise en œuvre par la discussion et d'une formation du pouvoir fondée sur la communication s'explique en dernière instance par le fait que, justement, dans l'activité communicationnelle, les raisons constituent aussi des mobiles. Mais surtout cette imbrication devient nécessaire, parce que les communautés concrètes qui souhaitent régler leur vie commune par le moyen du droit, ne peuvent pas séparer, comme il serait possible de le faire dans la communauté idéalisée des personnes moralement responsables, les questions relatives aux normes qu'il s'agit de définir quant aux attentes de comportement, des questions relatives à

des fins collectives. C'est que les questions politiques se distinguent des questions morales.

A la différence de la morale, le droit ne régleme nte pas les contextes d'interaction en général, mais sert de médium de communication permettant à des communautés juridiques qui, au sein de leur environnement social, s'affirment dans des conditions historiques déterminées, de s'organiser elles-mêmes. Et tandis que la volonté libre d'un point de vue moral reste en quelque sorte virtuelle, ne disant que ce que tout un chacun pourrait rationnellement accepter, la volonté politique d'une communauté juridique, si elle est censée assurément s'accorder avec les idées morales, n'en est pas moins tout à la fois l'expression d'une forme de vie intersubjectivement partagée, d'intérêts donnés et de fins choisies de façon pragmatique. La nature des questions politiques fait que, dans le médium du droit, l'établissement des normes de comportement s'ouvre en quelque sorte à des fins collectives. L'éventail des raisons significatives pour la formation de la volonté politique s'élargit du même coup, des raisons éthiques et pragmatiques s'ajoutant en effet aux raisons morales. De ce fait, la formation de la volonté l'emporte sur celle de l'opinion.

La notion de justice dans les approches déontologiques en théorie morale :

A la limite, les approches déontologiques en théorie morale soustraient les commandements moraux à toute interprétation téléologique. Elles insistent à juste titre sur le fait que l'on se méprendrait sur le sens du devoir moral si l'on n'y voyait que l'expression du caractère désirable de certains biens. Nous « devons » obéir aux commandements moraux parce que nous reconnaissons leur justesse, et non pas parce que nous espérons réaliser par là des fins déterminées, serait-ce celles du bonheur personnel suprême ou du bien-être collectif. Les questions de justice concernent les exigences litigieuses qui s'affrontent dans les conflits entre personnes. Les normes valides nous permettent de les apprécier de façon impartiale. Quant aux normes elles-mêmes, elles doivent résister à un test d'universalisation qui examine ce qui est également bon pour tous. De même que le prédicat « vrai » désigne la validité de propositions assertoriques, le prédicat « juste » désigne la validité de ces propositions normatives universelles qui expriment des commandements moraux. C'est pourquoi la justice n'est pas une valeur parmi d'autres. Les valeurs sont toujours en concurrence avec d'autres valeurs. Elles précisent les biens que certaines personnes ou certains groupes déterminés désirent ou préfèrent sous certaines conditions. Si les valeurs peuvent être passagèrement placées dans un ordre transitif, ce n'est que du point de vue de ces personnes ou de ces groupes. Ainsi donc, si les valeurs prétendent à une validité relative, la justice prétend à une validité absolue ; les commandements moraux prétendent en effet à une validité pour tous et pour chacun. Les normes morales incarnent elles aussi des valeurs ou des intérêts, mais seulement des valeurs ou des intérêts universalisables compte tenu de la matière chaque fois en question. Cette prétention à la validité exclut que l'on interprète les commandements moraux en termes téléologiques, autrement dit par rapport à la préférence relative qui mérite d'être accordée à certaines valeurs ou certains intérêts.

Le dépassement de la justice dans le cas des normes juridiques.

Dans le cadre de la justification et de l'application des normes juridiques, une telle référence à des fins et à des biens collectifs entre effectivement en jeu ; les

normes juridiques ne se situent pas au même niveau d'abstraction que les normes morales. En règle générale, elles n'énoncent pas ce qui est également bon pour tous les hommes ; elles réglementent le contexte de vie des citoyens, membres d'une communauté juridique concrète. Il ne s'agit pas, dans ce cas, de réglementer, du point de vue de la justice, des conflits d'action qui se reproduisent de façon caractéristique. Le besoin en réglementation ne se réduit pas à des problèmes nécessitant un usage moral de la raison pratique. C'est que le médium du droit est sollicité pour des problèmes qui requièrent la poursuite coopérative des fins collectives et la protection des biens collectifs. C'est pourquoi les discussions relatives à la justification et à l'application en matière de droit doivent également inclure l'usage pragmatique et surtout l'usage éthico-politique de la raison pratique. Dès qu'une formulation rationnelle de la volonté collective vise à élaborer des programmes juridiques concrets, elle doit dépasser les frontières imposées aux discussions concernant la justice et inclure à la fois les problèmes concernant la vision éthique que les personnes ont d'elles-mêmes et l'équilibre des intérêts ; une vision de soi collective ne peut être authentique que dans l'horizon de la forme de vie dans laquelle on se trouve ; le choix des stratégies ne peut être rationnel que par rapport aux fins définies ; un compromis ne peut être équitable que par rapport à des intérêts donnés.

Accord et convention, devoirs naturels et obligations (Rawls) :

Assurément les normes morales qui réglementent une vie raisonnable, partagée par des sujets en général capables de parler et d'agir, ne sont pas seulement « découvertes » mais également construites. Toutefois, les normes juridiques au moyen desquelles nous donnons une forme rationnelle à une forme de vie concrète, font ressortir l'élément de la construction de façon plus nette. Plus les normes visent des formes et des conditions de vie déterminées, moins l'élément passif du discernement compte par rapport à l'élément actif du projet et de la mise en œuvre. Les raisons qui justifient les règles morales permettent d'établir un accord rationnellement motivé ; en revanche, la justification des normes juridiques permet de parvenir à une convention rationnellement motivée. Dans le premier cas, nous nous persuadons des devoirs que nous avons ; dans le second, des obligations que nous devrions accepter ou contracter. Dans ce contexte, Rawls distingue entre devoirs naturels et obligations : les obligations « résultent d'actes volontaires (...) Ensuite, le contenu des obligations est toujours défini par une institution ou une pratique dont les règles précisent ce qui est exigé. » En revanche, les devoirs naturels se caractérisent par le fait « qu'ils s'imposent entre les personnes, sans tenir compte de leurs relations institutionnelles ; ils s'imposent à tous en tant que personnes morales égales. » (Th. J.)

Tandis que la volonté moralement bonne s'identifie en quelque sorte à la raison pratique, même la volonté politique fondée en raison conserve un caractère contingent, car les raisons elles-mêmes ne sont valables que relativement à des contextes contingents. C'est encore pour cette raison que la communauté des convictions obtenues au moyen de la discussion par le Législateur politique s'exprime par la forme d'un pouvoir fondé sur la communication.

La nécessaire différenciation des types de discussion : Kriele

M. Kriele voit la fécondité de la théorie de la discussion dans le fait « qu'elle nous rend conscients de ce qui est déjà présupposé dans toute discussion, à savoir la possibilité de la raison, possibilité qui dépend du respect des règles de la

discussion. Cet accès à la conscience a par ailleurs une fonction politique ; il défend une forme d'État fondée sur la discussion — autrement dit l'État constitutionnel démocratique — contre les théories politiques qui soumettent ses fondements philosophiques à une mise en cause principielle. » Kriele pense « qu'une argumentation politique et juridique n'a de sens que si l'on présuppose cette idée », et ce même si les présuppositions idéalisantes de l'argumentation en général « ne peuvent pas être réalisées dans la pratique politique. » (Einführung in die Staatslehre).

En faisant cette restriction, Kriele rappelle qu'il ne faut pas identifier précipitamment la logique de la discussion aux procédures institutionnalisées de l'État de droit. Une application directe de l'éthique de la discussion ou d'un concept de discussion non élucidé au processus démocratique ne peut conduire qu'à des absurdités. Lorsque le principe de discussion est appliqué à des normes d'action qui peuvent se présenter sous forme juridique, des interrogations politiques de différents types entrent en jeu. A la logique de ces interrogations correspondent différents types de discussion et de négociation. Dans les délibérations traitant des projets politiques et des lois, la question fondamentale « Que devons-nous faire ? » se différencie selon la matière qu'il s'agit de régler. Tant que l'on n'a pas défini le problème dont il s'agit et l'aspect sous lequel il est susceptible d'être résolu, le terme « devoir » n'a pas de sens spécifique.

Les questions pragmatiques :

Les questions pragmatiques se posent du point de vue d'un acteur qui cherche des moyens appropriés permettant de réaliser des fins et des préférences données. Ces fins peuvent elles-mêmes faire problème ; il ne s'agit plus alors simplement de choisir les moyens rationnels en finalité, mais d'apprécier rationnellement les fins à la lumière de certaines valeurs acceptées. La considération des fins selon des orientations axiologiques et celle des moyens selon des critères rationnels en finalité débouchent sur des recommandations hypothétiques qui mettent en relation des causes et des effets selon certaines préférences axiologiques et selon certaines fins. De telles directives d'action ont la forme sémantique d'impératifs conditionnels. En dernière instance, elles empruntent leur validité au savoir empirique qu'elles ont intégré et sont fondées par des discussions pragmatiques. Les arguments ici déterminants sont ceux qui rapportent un savoir empirique à des préférences données et à des fins définies, et qui apprécient les conséquences des décisions alternatives (généralement prises dans l'incertitude) d'après des maximes sous-jacentes.

Les questions éthico-politiques :

Les questions éthico-politiques se posent du point de vue des membres d'une communauté qui, à propos de certaines questions vitales, souhaitent savoir quelle forme de vie ils partagent et en fonction de quels idéaux ils devraient projeter leur vie commune. La question éthico-existentielle posée à la première personne du singulier : qui suis-je, qui aimerais-je être, quelle forme de vie est bonne pour moi ? se répète à la première personne du pluriel — et change ainsi de sens. L'identité d'un groupe se rapporte aux situations dans lesquelles ses membres peuvent dire « nous » au plein sens du terme. Il ne s'agit pas d'une identité recourant à un Je grand format, mais d'un complément à celle-ci [Cf. Philonenko, le cogito plural]. La vision qu'une communauté historique a d'elle-

même en termes de culture politique entraîne d'importantes décisions axiologiques. Une telle vision de soi nous est révélée par une herméneutique qui se réapproprie de façon critique les traditions qui sont chaque fois les nôtres et sert ainsi à rétablir un accord intersubjectif sur les orientations authentiques de la vie et sur les convictions axiologiques. [Cf. philosophie allemande].

Aux questions éthico-politiques répondent des conseils cliniques qui s'appuient sur une reconstruction de la forme de vie à la fois rendue consciente et réappropriée de façon critique. On peut comprendre le sens impératif de ces conseils comme un devoir qui ne dépend pas de fins ou de préférences subjectives, mais qui indique les modes d'action qui, à longue échéance et dans l'ensemble, sont « bons pour nous ». De tels conseils sont justifiés dans le cadre de discussions éthiques. Les arguments déterminants sont ici ceux qui s'appuient sur des décisions axiologiques en fonction de la fin, pour nous absolue, d'une conduite de vie authentique.

Les questions morales :

Les deux premiers types de discussion permettent de justifier des programmes, dans la mesure où ils sont opportuns et dans l'ensemble bons pour nous. Mais une justification suffisante doit encore tenir compte d'un aspect supplémentaire, celui de la justice. Pour savoir si nous devons vouloir et accepter tel programme, nous devons par ailleurs savoir si la, pratique correspondante est également bonne pour tous. D'où un nouveau déplacement de la question : que devons-nous faire ? Dans le cas des questions morales, le point de vue téléologique disparaît entièrement au profit du point de vue normatif en fonction duquel nous examinons la manière dont notre vie commune peut être réglementée dans l'intérêt égal de tous. Une norme n'est juste que dans la mesure où tous souhaiteraient que chacun y obéisse dans des situations comparables. Les commandements moraux ont la forme sémantique d'impératifs catégoriques ou inconditionnels ; ce que l'on « doit » faire signifie ici que la pratique correspondante est juste. De tels devoirs se justifient dans des discussions morales. Les arguments déterminants sont ici ceux qui militent en faveur de l'idée selon laquelle les intérêts incarnés par les normes litigieuses sont absolument universalisables. La discussion morale élargit le point de vue ethnocentrique d'une collectivité déterminée, pour atteindre le point de vue global d'une communauté illimitée dont tous les membres se placent à la fois dans la situation et dans la vision que toute personne a du monde et de soi, pour pratiquer ensemble une adoption de rôle idéale au sens de George Herbert Mead.

Les discussions d'application :

Le principe d'universalisation oblige les participants de la discussion à examiner les normes litigieuses sur la base des cas dont on peut prévoir qu'il seront typiques, afin d'établir si elles pourraient trouver l'assentiment réfléchi de toutes les personnes concernées. Les règles morales ne résistent à ce test que sous une forme universelle, totalement décontextualisée ; c'est pourquoi elles ne s'appliquent, sans autre façon, qu'aux situations types qui ont été d'emblée prises en compte dans leur composante conditionnelle (si...). Or, dans la mesure où les discussions de fondation en raison ne peuvent prendre en compte par anticipation toutes les constellations possibles de cas futurs, l'application des normes requiert un éclaircissement argumenté autonome. Dans de tels

discussions d'application, l'impartialité du jugement ne s'affirme pas une fois de plus à travers un principe d'universalisation, mais à travers un principe d'adéquation. Je reviendrai sur cette suggestion de Klaus Günther, lorsque j'analyserai la pratique de la décision judiciaire.

La transformation progressive de la relation raison-volonté :

Dans la formation de l'opinion et de la volonté d'un Législateur politique, l'édition du droit est indissociable de la formation d'un pouvoir communicationnel. Nous pouvons nous expliquer ce lien à l'appui d'un modèle structuré en fonction d'une logique de l'argumentation modèle qui part de questions pragmatiques, qui progresse vers la clarification des questions morales en passant par la ramification en conclusion de compromis et discussion éthique, pour aboutir à un contrôle des normes juridiques. Dans une telle séquence, la constellation de la raison et de la volonté se transforme progressivement. Avec le déplacement du sens illocutoire de « devoir », des recommandations techniques ou stratégiques aux commandements moraux, en passant par les conseils cliniques, la conception de la volonté à laquelle s'adressent chaque fois ces impératifs change elle aussi.

1) Relativisé par rapport aux fins et aux valeurs données, le devoir des recommandations pragmatiques s'adresse au libre arbitre d'acteurs qui prennent des décisions intelligentes sur la base d'intérêts et d'orientations axiologiques présumés par hypothèses. Les intérêts et les orientations axiologiques eux-mêmes restent extérieurs aux discussions pragmatiques dans lesquelles on fonde le choix rationnel entre différentes options pratiques possibles. C'est pourquoi la validité des recommandations pragmatiques est indépendante du fait de savoir si les directives pour l'action sont effectivement adoptées et suivies. A l'intérieur de la discussion, il n'existe pas de relation entre raison et volonté, entre réflexion pratique et acceptation des résultats.

2) Relativisé par rapport au telos de ce qui est chaque fois notre vie bonne, le devoir-être des conseils cliniques s'adresse à la détermination d'une collectivité souhaitant s'assurer de l'authenticité de son mode de vie. A la différence de ce qui se passe pour les stratégies d'action conçues en fonction d'une rationalité fins-moyens, la genèse et la validité ne sont plus ici séparables. D'un côté, les idées qui se dégagent de la discussion changent à la fois la compréhension, élucidée par l'herméneutique, qu'un groupe a de soi-même, et son identité ; de l'autre, de telles décisions expriment aussi l'affirmation d'une forme de vie à la lumière des traditions réappropriées dans un esprit critique. Dans les discussions éthiques, la raison et la volonté se déterminent réciproquement ; ces discussions continuent en effet à faire corps avec le contexte qu'elles traitent. Au cours de l'explication herméneutique avec soi, ceux qui argumentent ne peuvent échapper à la forme de vie dans laquelle ils se trouvent de fait.

3) L'accès à des discussions morales requiert que l'on écarte tous les contextes normatifs qui existent de façon contingente. Le devoir catégorique des commandements moraux s'adresse à la volonté autonome d'acteurs qui acceptent de se déterminer rationnellement en fonction de ce qu'ils reconnaissent comme conforme à la volonté de tous. Selon la terminologie kantienne, la volonté autonome est de part en part imprégnée par la raison pratique. Nous pourrions dire que la volonté autonome a été absorbée par la raison. Mais cette volonté autonome paie pour sa rationalité le prix de ne pouvoir s'imposer, dans le monde social de l'action, qu'au moyen de la force plutôt faible des mobiles rationnels par lesquels elle accepte de se laisser déterminer. Dans

les consultations du Législateur politique, ce déficit motivationnel est cependant compensé par l'institutionnalisation juridique.

Les principes moraux comme avant dernière instance dans le domaine politique :

Comme la formation d'un compromis ne peut remplacer la discussion morale, la formation de la volonté politique ne peut être réduite à la formation d'un compromis. A peu de choses près, il en est de même pour les discussions éthico-politiques : leurs résultats doivent en effet être au moins compatibles avec des principes moraux. Une vision fondamentaliste privilégierait, par exemple, les décisions axiologiques à la lumière desquelles la préférence serait donnée aux réglementations non égalitaires. Ce n'est que dans les conditions d'une pensée post-métaphysique que les discussions éthico-politiques conduisent à des réglementations qui, par leur nature, sont d'un intérêt égal pour tous les membres de la communauté. Ainsi, c'est seulement la compatibilité de tous les programmes réalisés au moyen de discussions ou de négociations, avec la possibilité d'une justification morale, qui offre une garantie pour la prise en compte conséquente du principe de discussion.

Le point de vue juridique comme dernière instance :

La formation de la volonté politique aboutit à des décisions relatives à des programmes politiques et à des lois, qui doivent être formulées en termes juridiques. C'est ce qui requiert, au bout du compte, un contrôle des normes qui examine la compatibilité des nouveaux programmes avec le système juridique existant. En effet, le Législateur politique n'est autorisé à utiliser ses droits législatifs que pour justifier des programmes légaux compatibles avec le système des droits, pour autant qu'ils ne l'interprètent et ne le développent pas directement et qu'ils ne jurent pas avec l'ensemble des lois en vigueur. De ce point de vue juridique, toutes les décisions doivent subir un test de cohérence. En effet, ne serait-ce que pour des raisons de sécurité juridique, l'homogénéité du droit doit être préservée. Comme nous le verrons encore, il est par ailleurs possible de soumettre le contrôle des normes par le Législateur à la révision par un tribunal qui contrôle la constitutionnalité des lois adoptées.

Principe de la souveraineté populaire et principe parlementaire :

Le principe de la souveraineté populaire peut être considéré directement du point de vue du pouvoir. Il requiert alors que la compétence législative soit transférée à la totalité des citoyens qui, seuls, peuvent générer à partir d'eux-mêmes le pouvoir fondé sur la communication qui est inhérent à leurs convictions communes. Or, d'un côté, une décision sur les programmes politiques et les lois, décision à la fois fondée et ayant force d'obligation, suppose la consultation et la prise de décision dans un débat face à face. D'un autre côté, tous les citoyens ne peuvent se « rassembler » au niveau d'interactions simples et directes, pour mettre en œuvre d'un commun accord une pratique de ce type. La solution est alors offerte par le principe parlementaire consistant à créer des organismes qui délibèrent et décident.

Séparation de la Justice et de la Législation, soumission de la Justice au droit :

La compétence législative, qui appartient en principe aux citoyens dans leur totalité, est exercée par les organismes parlementaires qui justifient les lois selon une procédure démocratique. Les lois forment la base des prétentions juridiques individuelles ; celles-ci résultent de l'application à des cas isolés, soit de lois s'exécutant elles-mêmes, soit de lois implémentées par voie administrative. Du caractère exigible de ces prétentions résulte la garantie des voies judiciaires et le principe garantissant une vaste protection juridique de l'individu.

A vrai dire, la répartition des compétences relatives à la législation et à l'application du droit, sur deux pouvoirs étatiques, distincts à la fois du point de vue institutionnel et du point de vue personnel, ne va pas de soi. La classique Athènes ne présente qu'un exemple parmi de nombreux autres du fait que les assemblées populaires ou les parlements se réservent également des fonctions de juridiction. Certes, dès que l'élaboration de la doctrine du droit et le développement de l'exercice de la justice sous forme scientifique entraînent une large professionnalisation de la pratique décisionnelle des juges, une séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif s'impose pour des raisons pragmatiques. Mais du point de vue normatif comme du point de vue du système juridique, d'autres raisons sont prépondérantes.

D'une part, la différence au niveau de la logique de l'argumentation, entre justification et application des normes se reflète dans les formes de communication propres aux discussions de justification et d'application, qui doivent être juridiquement institutionnalisées de manière chaque fois différente. D'autre part, pour mettre ses décisions en application et pour exécuter le droit, l'appareil judiciaire a recours aux moyens répressifs de l'Etat, disposant lui-même d'un pouvoir administratif. Pour cette raison, la Justice doit être séparée de la Législation et empêchée de se programmer elle-même. C'est ce qui explique le principe qui assujettit l'appareil judiciaire au droit en vigueur.

Primat de la loi et principe de légalité de l'Administration :

C'est seulement grâce au principe de la légalité de l'Administration que l'on saisit le sens essentiel de la séparation des pouvoirs. Par-delà une différenciation fonctionnelle qui s'explique à partir de la division du travail prescrite par la logique de l'argumentation et qui répartit les tâches entre justification et application des normes, la différenciation institutionnelle qui s'exprime dans la constitution de pouvoirs étatiques distincts vise à lier l'emploi du pouvoir administratif au droit démocratiquement édicté, de telle façon que le pouvoir administratif ne se régénère qu'à partir du pouvoir qui est fondé sur la communication et engendré par les citoyens agissant d'un commun accord. C'est déjà de ce point de vue du pouvoir que nous avons considéré le lien qui assujettit à la loi un appareil judiciaire obligé de s'appuyer sur les travaux du pouvoir exécutif. Mais avant tout, c'est de ce même point de vue que se présente encore le rapport entre le pouvoir législatif et un pouvoir exécutif qui agit sous réserve de prescriptions légales. Par suite de cette réserve légale, les décrets, les règlements, les prescriptions et les mesures qui contredisent une loi existante sont nuls. Du point de vue cognitif, le primat de la loi légitimée par une procédure démocratique signifie que l'Administration n'a pas de prise sur les prémisses qui sont à la base de ses décisions. Du point de vue pratique, elle signifie que le pouvoir administratif n'a pas le droit d'intervenir dans les processus législatifs (ou judiciaires).

Le principe de séparation de l'Etat et de la société et l'Etat de droit libéral :

Dans la tradition du droit public allemand, le principe de la séparation de l'Etat et de la société a été interprété de façon faussement concrète dans le sens d'un Etat de droit libéral. Mais d'une façon générale, ce principe vise la garantie juridique d'une autonomie sociale accordant à tout un chacun une chance égale de faire usage, en tant que citoyen, de ses droits à la participation et à la communication politiques. Le modèle de l'Etat de droit bourgeois, qui se contente de garantir la sécurité extérieure et intérieure, abandonnant toutes les autres fonctions à une société économique largement affranchie de toute régulation étatique et qui se régule elle-même dans l'attente que les conditions de vie justes s'établissent spontanément à travers l'autonomie des individus assurée par le droit privé et grâce au libre jeu de leurs fins subjectives et de leurs décisions préférentielles — un tel modèle n'est nullement le seul qui soit conforme à ce principe.

Etat de droit, société civile et pouvoir social :

Dans sa version abstraite, le principe de la séparation de l'Etat et de la société requiert une société civile, et donc les structures d'associations et une culture politique suffisamment dissociées des structures de classe. Dans la mesure où il est problématique à ce point de vue, je reviendrai sur le rapport entre pouvoir social et démocratie. La société civile est obligée de compenser et de neutraliser la distribution inégale des positions du pouvoir social et des potentiels du pouvoir qui en résultent, afin que le pouvoir social ne se manifeste que pour autant qu'il permet — et ne limite pas — l'exercice de l'autonomie du citoyen. J'emploie l'expression « pouvoir social » en tant que critère de la possibilité, pour un acteur, de faire valoir dans les relations sociales ses propres intérêts, y compris contre la résistance d'autres personnes. Bien que ce soit d'une manière qui diffère du pouvoir administratif, le pouvoir social peut aussi bien permettre que limiter la formation du pouvoir fondé sur la communication. Dans le premier cas, le fait de disposer d'un pouvoir social signifie que les conditions matérielles nécessaires à un exercice autonome des libertés formellement égales d'agir ou de communiquer sont remplies. Dans le second cas, le fait de disposer d'un pouvoir social permet d'agir sur le processus politique, action qui, par delà la marge offerte aux citoyens pour disposer de leur droit à l'égalité, assure une priorité aux intérêts propres à ce pouvoir. C'est par de telles interventions que, par exemple, des entreprises, des organisations et des associations peuvent transformer leur pouvoir social en pouvoir politique, que ce soit directement par une action sur l'Administration ou de façon médiate, par des interventions régulatrices sur l'espace public politique.

Le principe de responsabilité démocratique :

Du point de vue de l'organisation, le principe selon lequel il s'agit d'empêcher une prise directe du pouvoir social sur le pouvoir administratif, trouve son expression dans le principe de responsabilité démocratique des détenteurs des fonctions politiques à l'égard des électeurs et des parlements. Les députés doivent périodiquement se présenter aux réélections ; à la responsabilité du gouvernement et des différents ministres, en ce qui concerne leurs propres décisions et celles des services qui dépendent de leurs instructions, correspondent les droits de contrôle et de révocation qui appartiennent aux députés.

L'autonomie du processus politique issu de la société civile et la justice sociale :

L'idée selon laquelle le pouvoir étatique pourrait, en tant que pouvoir neutre, s'élever au-dessus des forces sociales, a toujours été une idéologie. Mais un processus politique issu de la société civile doit lui aussi acquérir, vis-à-vis des potentiels de pouvoir ancrés dans la structure sociale (pouvoir des associations, mode de financement des parties) le degré d'autonomie qui est nécessaire pour empêcher le système administratif de ne plus être, dans son rôle de pouvoir exécutif ou de pouvoir de sanctionner, qu'un parti parmi les autres. C'est ainsi qu'existe, par exemple, le danger de voir l'Etat, en tant que participant d'arrangements corporatistes, abandonner la prétention à réaliser la justice sociale en exécutant le droit légitimement édicté. Y compris par rapport aux tendances nouvelles du droit pénal (comme la bargaining ou le « marchandage » — remplacement de la poursuite pénale étatique par des conventions privées —), la séparation de l'Etat et de la société garde toute son actualité.

La procédure juridique comme réponse à la permanence de la discussion :

En raison de leur contenu idéalisant, les présuppositions communicationnelles universelles des argumentations ne peuvent être honorées que de manière approximative. De plus, en l'absence de tout critère indépendant de la procédure, ce n'est que du point de vue des participants eux-mêmes qu'il serait possible de juger si les présuppositions communicationnelles très exigeantes sont chaque fois suffisamment honorées. Ne serait-ce que pour cette raison, la possibilité reste ouverte de réviser les conceptions provisoirement fondées, à la lumière de nouvelles informations et raisons. La procédure juridique compense ce faillibilisme en garantissant les décisions qui, tout à la fois, sont prises dans des délais précis, ne présentent aucune ambiguïté, et engagent. En effet, du point de vue d'un observateur, il est toujours possible d'établir par un contrôle que les normes de la procédure juridique ont été respectées. Ainsi, la force d'obligation sociale d'un résultat obtenu conformément à la procédure, force empruntée au code juridique, se substitue à une rationalité procédurale qui n'est assurée que de façon immanente, autrement dit par la forme même de l'argumentation. L'institutionnalisation juridique doit également greffer sur les discussions et leur rationalité procédurale incomplète, pour employer la formule de Rawls, une justice procédurale « quasiment pure ». Par ce moyen, la logique de l'argumentation n'est pas suspendue, mais employée pour générer des décisions ayant force de loi.

La règle de la majorité : un exemple de régulation des processus de consultation

Dans la mesure où la décision prise à la majorité ne constitue qu'une césure dans une discussion continue, fixant en quelque sorte le résultat intérimaire d'une formation de l'opinion au moyen de la discussion, la règle de la majorité conserve un lien interne avec la recherche de la vérité. A vrai dire, la décision prise à la majorité doit dans ce cas être prise en présupposant que les matières litigieuses ont fait l'objet d'une discussion qualifiée, précisément selon les présuppositions communicationnelles d'une discussion appropriée. Car c'est alors seulement que son résultat peut être considéré comme le résultat, rationnellement motivé mais faillible, d'une argumentation qui a été interrompue en raison de la nécessité, pour les institutions, de parvenir à une décision, mais

qui peut en principe être poursuivie. Les objections contre les décisions majoritaires qui entraînent des conséquences irréversibles s'appuient sur l'interprétation selon laquelle ceux qui sont mis en minorité ne donnent les pleins pouvoirs à la majorité que sous réserve ; ils souhaitent conserver la chance de conquérir à l'avenir la majorité au moyen d'arguments meilleurs et revoir la décision prise. Ainsi, lorsque l'on joint à une décision judiciaire de dernière instance le point de vue divergeant d'une minorité, c'est pour conserver des arguments qui, dans des cas analogues, pourraient convaincre la majorité d'un futur tribunal collégial. Du reste, les décisions majoritaires concernant les matières soumises à débat (sauf lorsqu'il s'agit de personnes) ne tirent nullement leur force légitimante du fait même que les majorités changent ; ce fait est toutefois une condition nécessaire pour que la règle majoritaire ne prive pas de sa force de légitimation un processus d'argumentation qui doit fonder la justesse des décisions faillibles. Il est par ailleurs indiqué de qualifier la majorité en fonction du sujet chaque fois abordé. D'une façon générale, les décisions majoritaires sont limitées par une protection des minorités, garantie par la Constitution ; car, dans l'exercice de leur autonomie politique, les citoyens ne doivent pas contrevenir au système des droits qui constituent cette même autonomie. En cas de compromis, la règle majoritaire joue un rôle différent ; en effet, dans les négociations, les résultats des votes sont des indices révélateurs de la répartition du pouvoir chaque fois donnée.

La procédure démocratique et le concept normatif d'espace public :

Pour équilibrer les intérêts par des moyens politiques, il faut choisir des délégués chargés de réaliser le compromis ; le mode de scrutin doit assurer une représentation et un regroupement équitables à la fois des intérêts en présence et des préférences. En revanche, les interrogations de l'identité collective et les justifications morales requièrent le choix de personnes devant participer à des discussions menées sous forme représentative ; au moyen du choix des personnes, le mode de scrutin doit assurer une inclusion de tous les points de vue interprétatifs qui sont chaque fois significatifs. De plus, la logique des discussions relatives à l'identité collective et à la justice produit des raisons normatives péremptoires plaidant pour une ouverture de la formation de l'opinion et de la volonté politiques — formation institutionnalisée mais qui, de par son caractère public obligatoire, demeure poreuse — sur les cycles informels de la communication politique générale.

Dans le cadre d'un débat sur les principes de l'Etat de droit, il s'agit ici de la signification qu'a, du point de vue du droit constitutionnel, un concept normatif d'espace public. Si elle obturait les sources spontanées des espaces publics autonomes ou si elle se fermait sur l'afflux des thèmes, des contributions, des informations et des raisons qui circulent librement dans une sphère pré-étatique structurée de façon égalitaire, la formation de la volonté politique, organisée dans les formes d'un pouvoir étatique législatif, détruirait la société civile, qui est pourtant la base de son propre fonctionnement rationnel. Le travail des organismes parlementaires doit se dérouler conformément aux paramètres définis par une opinion publique en quelque sorte dépourvue de sujet, qui ne peut évidemment pas se former dans le vide, mais devant l'arrière-plan d'une culture politique libérale. Si le système des droits explicite les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent se rassembler pour constituer une association de sociétaires juridiques libres et égaux, la culture politique d'une population exprime la manière dont elle conçoit intuitivement le système des droits dans le contexte

de vie historique qui est le sein. A condition d'être situés dans le contexte de l'histoire d'une nation de citoyens, de façon à former un alliage avec leurs mobiles et leurs mentalités, les principes de l'Etat de droit peuvent devenir la force motrice du projet, conçu de façon dynamique, de réaliser une association de personnes libres et égales. Dans le cadre d'un tel modèle de la communication, le rapport entre parlement et espace public se présente autrement que du point de vue classique d'une conception représentative ou plébiscitaire de la démocratie.

La théorie plébiscitaire :

Suivant le principe *stat pro ratione voluntas*, la théorie plébiscitaire part de l'idée volontariste qu'il existe une volonté populaire hypothétique exprimant chaque fois l'intérêt universel, mais, que, dans les conditions de l'autodétermination démocratique, cet intérêt converge avec la volonté populaire empirique.

La théorie représentative :

Inversant la formule hobbesienne *auctoritas non veritas facit legem*, la théorie représentative, en revanche, part de l'idée rationaliste selon laquelle l'intérêt commun hypothétique ne peut être trouvé qu'au moyen de la délibération et au niveau des organismes représentatifs, distincts de la volonté populaire empirique.

Carl Schmitt et l'idéal-typique du parlementarisme bourgeois :

Dans sa reconstruction de l'idéal-typique du parlementarisme bourgeois, Carl Schmitt a intégré ces deux conceptions d'une manière très particulière. Il comprend la force plébiscitaire d'une volonté populaire supposée homogène comme la racine d'où naît la formation de l'opinion et de la volonté politiques : « Le parlement de l'Etat de droit bourgeois est (...) l'endroit où se déroule une discussion publique des opinions publiques. Majorité et minorité, partis gouvernementaux et opposition cherchent à trouver la décision juste en échangeant des argumentations contraires. Tant que le parlement représente l'instruction et la raison de la nation, tant qu'il réunit en lui l'ensemble de l'intelligence du peuple, il peut se produire une véritable discussion, c'est-à-dire qu'un échange de discours publics opposés peut aboutir à créer une véritable volonté de tout le peuple, la volonté générale. Le peuple ne peut pas discuter lui-même (...), il ne peut qu'acclamer, élire, et répondre oui ou non aux questions qu'on lui pose. » (Théorie de la constitution). D'où, selon Carl Schmitt, l'idée de base du parlementarisme : « Le parlement représente la nation entière en tant que telle et en cette qualité, après une discussion publique et une décision publique, édicte des lois, c'est-à-dire des normes générales rationnelles et justes qui déterminent et régissent l'ensemble de la vie étatique. »

Marx et la non-restriction du débat public aux organismes parlementaires :

Curieusement, Carl Schmitt s'appuie ici sur un passage bien connu de Marx qui contredit sa propre thèse. En effet, Marx sait, bien entendu, que le libéralisme à ses débuts ne comptait nullement réserver le débat public aux organismes parlementaires : « Le régime parlementaire vit de la discussion, comment

pourrait-il interdire la discussion ? (...) Les joutes oratoires à la tribune provoquent le tintamarre des barres de presse, le club de discussion au Parlement se complète nécessairement par les clubs de discussion dans les salons et les cafés. (...) Le régime parlementaire s'en remet en tout à la décision des majorités. Pourquoi les grandes majorités extérieures au Parlement ne voudraient-elles pas décider à leur tour ? Quand, au sommet de l'Etat, vous jouez du violon, que peut-on attendre sinon que ceux qui sont en bas se mettent à danser ? » (Le dix-huit Brumaire de Louis-Bonaparte)

C'est pourquoi E. Fraenkel peut, à l'encontre de Carl Schmitt, souligner que non seulement au moyen d'arguments empiriques, mais déjà dans le cadre d'une théorie libérale du processus politique tel qu'il se déroule dans l'Etat de droit, que la formation de l'opinion et de la volonté au moyen de la discussion n'est nullement limitée aux parlements. Bien au contraire, des partis et des associations politiques, des organismes parlementaires et du gouvernement, les cycles communicationnels sont liés entre eux et agissent les uns sur les autres.

Habermas : le sens structuraliste du lien entre formation institutionnalisée et formation informelle

A vrai dire, l'idée précédente ne peut être développée que dans le cadre d'un modèle de communication qui abandonne la conception faussement concrète du peuple comme entité. Au contraire, c'est dans un sens structuraliste que ce modèle comprend le lien entre la formation institutionnalisée de l'opinion et de la volonté et la formation informelle de l'opinion dans des espaces publics culturellement mobilisés. Ce lien n'est rendu possible ni par l'homogénéité du peuple ou l'identité de la volonté populaire, ni par l'identité d'une raison à laquelle on attribue la faculté de simplement découvrir un intérêt homogène sous-jacent. Lorsque la souveraineté des citoyens s'affirme sous la forme fluide de la communication, au moyen du pouvoir qu'exercent les discussions publiques surgies dans des espaces publics autonomes mais qui s'incarnent dans les décisions des organismes législatifs dont la démarche est démocratique et qui ont une responsabilité politique, alors le pluralisme des convictions et des intérêts n'est pas réprimé mais libéré et reconnu à la fois dans les décisions majoritaires susceptibles de révisions et dans les compromis. En effet, l'unité de la raison parfaitement procéduralisée se retire dans la structure discursive des communications publiques. Elle n'accorde l'absence de contrainte, et par là une force légitimante, à aucun consensus qui n'aurait pas été établi sous réserve faillibiliste et sur la base de libertés communicationnelles anarchiquement déchaînées. Dans l'ivresse de cette liberté, il n'y a plus de points fixes en dehors de la procédure démocratique elle-même dont le sens est inhérent au système des droits.

La division des pouvoirs, la Justice et l'Administration :

La division des pouvoirs sous sa forme classique est justifiée par une différenciation des fonctions étatiques ; en effet, tandis que le Pouvoir législatif justifie et adopte des programmes généraux, tandis que la Justice résout, sur cette base légale, les conflits d'action, l'Administration a la compétence d'implémenter des lois qui ne sont pas auto-exécutives, mais qui demandent à être mises en œuvre. La Justice traite le droit en vigueur en tant que droit, à savoir du point de vue normatif de la stabilisation des attentes de comportement, en décidant dans chaque cas de ce qui est juste ou injuste et en faisant du

même coup autorité. L'exécution administrative met en œuvre le contenu téléologique du droit en vigueur, pour autant que celui-ci confère aux programmes politiques une forme légale, tout en régulant la réalisation administrative des fins collectives ; « L'Administration est le processus de réalisation des valeurs établies dans un monde de faits contingents ». (J-L. Mashaw, *Due process in the Administrative State*, 1985). Du point de vue de la division du travail, considérée selon la logique administrative, les discussions juridiques portent sur l'application des normes, tandis que la rationalité de l'activité administrative est assurée par des discussions pragmatiques.

L'exercice du pouvoir politique comme exercice de l'autonomie politique :

Si le droit est supposé être une source normative de légitimation et non simplement, sur le plan factuel, un moyen permettant d'organiser le pouvoir, le pouvoir administratif doit rester assujéti au pouvoir généré par la communication. Cet assujétissement du pouvoir administratif, dont la fonction est de réaliser des fins, au pouvoir générateur de droit, fondé quant à lui sur la communication, peut s'effectuer au moyen d'une séparation fonctionnelle des pouvoirs, parce que la tâche de l'Etat de droit démocratique consiste, non seulement à répartir le pouvoir politique de façon équilibrée, mais encore à lui enlever, à travers la rationalisation, l'aspect de la force. Il ne faut pas que la maîtrise juridique de la force politique spontanée soit comprise comme une discipline imposée à un pouvoir de la volonté qui serait contingent et dont la substance serait incontrôlable. Au contraire, une telle domestication dissout cette substance et la transfère dans une « domination des lois » où s'exprime uniquement l'organisation politiquement autonome de la communauté juridique. La clé du droit rationnel, qui opère avec l'idée rousseauiste et kantienne de l'autodétermination, est une association de la raison pratique et de la volonté souveraine, qui enlève au pouvoir politique tout aspect purement spontané, en ramenant l'exercice de ce pouvoir à celui de l'autonomie politique des citoyens.

Constitution et législation : la loi

C'est la raison pour laquelle le concept de loi constitue l'élément porteur des constructions de l'Etat de droit civil. Si la loi est conçue comme une norme générale que l'accord de la représentation populaire met en vigueur à travers une procédure caractérisée par le débat et l'examen public, elle réunit en elle les deux aspects, à savoir le pouvoir d'une volonté intersubjectivement formée et la raison inhérente à la procédure de légitimation. La loi démocratique est alors caractérisée par la « combinaison du caractère contingent du contenu des décisions judiciaires et du caractère non contingent de leurs présuppositions procédurales. » (I. Maus, *Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant*, 1990). Ce qui fait qu'une loi est juste, c'est sa genèse démocratique et non des principes juridiques a priori: « La justice inhérente à la loi est garantie par la procédure particulière qui préside à sa genèse » (I. Maus). Le primat de la Constitution par rapport à la législation est parfaitement compatible avec cette idée ; en effet, une Constitution qui interprète et développe le système des droits ne contient « rien d'autres que les principes et les conditions du processus législatif que nul ne saurait abroger. » (I. Maus, *Zur Theorie...*) [Cf. p. 188 : « Le système de l'Administration publique concentre en lui un pouvoir qui doit toujours à nouveau se régénérer à partir du pouvoir fondé sur la communication

Théorie libérale, réduction sémantique et logique de la subsumption.

La théorie libérale de la séparation des pouvoirs s'appuie sur une interprétation réductrice de ce concept de loi. Elle caractérise sémantiquement la loi en s'appuyant sur la forme des propositions normatives qui sont abstraitement générales, et considère que le principe de la légalité de l'Administration est honoré dès lors que l'exécution administrative se limite à une concrétisation du contenu général des normes en fonction des circonstances chaque fois données. Suivant cette lecture, la loi doit sa légitimité, non pas à la procédure démocratique, mais à sa forme grammaticale. La réduction sémantique suggère une interprétation de la séparation des pouvoirs à la lumière d'une logique de la subsumption. Dans le cadre d'une logique extensive, la subordination du pouvoir législatif à la Constitution et la subordination du pouvoir exécutif à la loi seraient par conséquent fonction de la subordination des contenus normatifs plus spécifiques aux contenus chaque fois plus généraux ; il faut donc que les dispositions adoptées, les règlements et les décrets puissent être subsumés sous la loi, tout comme les simples lois sont subsumées sous la norme constitutionnelle. La logique de la séparation des pouvoirs pourrait ainsi être rendue opératoire au moyen de relations inclusives. Cette explication à la fois économique et élégante a conservé jusqu'à aujourd'hui sa force suggestive, mais elle a suscité des objections dirigées moins contre la logique de la séparation des pouvoirs que contre son interprétation libérale.

Objections contre la théorie « moniste » :

Le schéma classique de la séparation des pouvoirs peut être d'autant plus difficilement maintenu qu'un nombre croissant de lois perdent la forme de programmes conditionnels pour prendre celle de programmes finalisés. Par suite de l'interventionnisme étatique, on a matérialisé des domaines juridiques toujours plus larges, si bien qu'une administration planificatrice, prestataire et constructive peut toujours moins se limiter à l'implémentation technique, déchargée des questions normatives, de normes générales suffisamment déterminées. « Lorsque le Congrès attend de nouveaux organismes administratifs — dont les statuts correspondent à ceux de la loi sur la qualité de l'eau ou de l'air, de la loi assurant la sécurité du consommateur, de la loi sur la sécurité et la salubrité des lieux de travail, de la loi sur la sécurité des véhicules motorisés, ou de la loi sur les produits toxiques — qu'ils fassent la part des exigences relatives à la santé ou la sécurité publiques, au besoin d'emplois, à la diversité des produits, et à une économie dynamique, il semble clair que les administrateurs sont obligés de faire des choix axiologiques qui dépassent toute définition d'une compétence technique ou professionnelle. La liberté de l'Administration à choisir parmi des valeurs sociales rivales subvertit ainsi le modèle de la légitimité administrative (...) conçue sur le modèle de la courroie de transmission. » (Mashaw).

La législation, l'application et l'exécution comme fonctions :

Parler du « Législateur », de la « Justice » et de l' « Administration » suggère une lecture trop concrète, fondée sur des formes d'institutionnalisation déterminées, lecture qui n'atteint pas le niveau d'abstraction auquel nous avons esquissé les fonctions de la législation, de l'application et de l'exécution, telles qu'elles sont définies par la théorie de la discussion. Ce n'est que du point de vue

abstrait d'après lequel on dispose de différents types de raisons en y adjoignant les formes de communication correspondantes, qu'il est possible d'apprécier les formes concrètes d'institutionnalisation des principes qui résultent de la logique de la séparation des pouvoirs. A mesure, par exemple, que l'implémentation des programmes finalisés charge l'Administration de tâches d'organisation qui ont à tout le moins implicitement un caractère de développement du droit et d'application de la loi, la base de légitimation des structures traditionnelles de l'Administration ne suffit plus. Il faut alors que la logique de la séparation des pouvoirs soit réalisée dans des structures différentes, par exemple en créant des formes de participation et de communication appropriées, ou encore des procédures judiciaires et parlementaires, des procédures de compromis, etc. (p. 213)

Rappel du projet initial :

Le système de l'Administration publique concentre en lui un pouvoir qui doit toujours à nouveau se régénérer à partir du pouvoir fondé sur la communication. C'est pourquoi le droit n'est pas seulement constitutif du code du pouvoir qui régule les processus administratifs, mais il est en même temps le médium d'une transformation du pouvoir fondé sur la communication, en pouvoir administratif. Il est par conséquent possible de développer l'idée d'Etat de droit à partir des principes suivant lesquels le droit légitime est généré par le pouvoir de la communication, celui-ci étant à son tout transformé en pouvoir administratif au moyen du droit légitimement édicté. (p. 188)

Chapitre V **Indétermination du droit** **et rationalité de la justice**

Le concept de paradigme juridique :

Les principes de l'Etat de droit comme les droits fondamentaux se déterminent bien in abstracto, mais on ne peut les repérer que dans des constitutions historiques et des systèmes politiques. C'est dans le cadre de codes juridiques concrets qu'ils sont interprétés et incarnés — au niveau du symbolisme culturel dans le droit constitutionnel, au niveau du système d'action dans la réalité constitutionnelle des processus et des institutions politiques. Les codes juridiques concrets ne représentent pas seulement diverses variantes de réalisation des mêmes droits et des mêmes principes ; s'y reflètent aussi divers paradigmes juridiques. J'entends par là les conceptions exemplaires qu'a une communauté juridique vis-à-vis de la question de savoir comment, dans le contexte perçu de la société telle qu'elle est chaque fois donnée, à la fois le système des droits et les principes de l'Etat de droit peuvent être réalisés.

Un paradigme juridique explique au moyen d'un modèle de la société contemporaine de quelle manière doivent être conçus et appliqués les principes de l'Etat de droit et les droits fondamentaux, de sorte qu'ils puissent dans le contexte donné remplir les fonctions qui leur ont été normativement assignées.

Un « modèle social du droit », selon Wieacker, représente quelque chose comme la théorie sociale implicite du système juridique, et donc l'image que celui-ci se fait de son environnement social. Le paradigme juridique stipule donc comment, dans le cadre d'un tel modèle, il faut comprendre les droits fondamentaux et les principes de l'Etat de droit et de quelle manière ils peuvent être réalisés.

Les deux paradigmes juridiques qui, dans l'histoire moderne du droit, ont été les plus riches de conséquences et qui demeurent, encore aujourd'hui, en concurrence l'un avec l'autre, sont celui du droit civil formel et celui du droit matérialisé par l'Etat Providence.

Sens large et sens strict du droit :

Pour les systèmes juridiques modernes, une distinction s'impose. Au droit comme système d'action nous pouvons attribuer la totalité des interactions réglées au moyen de normes juridiques. Dans ce sens large, Luhmann, par exemple, définit le droit comme le sous-système social spécialisé dans la stabilisation des attentes comportementales. Il consiste dans toutes les communications sociales qui sont formulées en référence au droit. Par rapport à cela, il faut distinguer le droit au sens strict. Lui appartiennent toutes les interactions qui sont non seulement orientées juridiquement mais encore qui visent à produire un nouveau droit et à le reproduire comme droit. L'institutionnalisation du système du droit compris en ce sens suppose nécessairement l'auto-application du droit sous forme de règles secondaires qui constituent et transfèrent les compétences susceptibles de fixer, appliquer et implémenter le droit. Ce sont ces fonctions qui permettent de différencier les différents « pouvoirs » publics, législatif, judiciaire et administratif.

Théories de la justice et théorie du droit : la perspective du juge

A la différence des théories philosophiques de la justice, la théorie du droit se meut dans les limites de codes juridiques concrets. Elle tire ses données du droit en vigueur, des lois et de la jurisprudence, des doctrines, des contextes politiques de législation, des sources historiques du droit, etc. Mais surtout la théorie du droit ne peut pas, contrairement à la philosophie, laisser de côté les aspects résultant de la relation interne du droit et du pouvoir politique, et, au premier chef, la question de l'autorisation juridique de la mise en œuvre par l'Etat de la force légitime.

D'un autre côté, la théorie juridique partage avec la doctrine du droit le fait de privilégier la perspective du juge. Cela s'explique en raison du statut fonctionnel de la justice en exercice au sein du système strict du droit. Dans la mesure où toutes les communications juridiques renvoient à des prétentions exigibles, la procédure judiciaire s'offre en point de fuite à l'analyse du système juridique. La théorie du droit reste au premier chef une théorie de la justice en exercice et du discours juridique.

La tension immanente au droit entre factualité et validité se manifeste dans le cadre de la justice en exercice comme une tension entre le principe de sécurité juridique et la prétention à rendre des décisions justes.

La justice et le problème de la simultanéité des garanties : sécurité et légitimité

Nous avons vu de quelle manière la tension entre factualité et validité rentrait dans la catégorie du droit elle-même et apparaissait dans les deux dimensions de la validité du droit. Le droit en vigueur garantit, d'un côté, l'adoption des attentes de comportement sanctionnées par l'Etat et, par conséquent, la sécurité juridique ; de l'autre, les processus rationnels d'instauration et d'application du droit promettent la légitimité des attentes de comportement qui, de cette manière, se trouvent stabilisées — les normes méritent l'obéissance juridique et, à tout moment, doivent aussi pouvoir être observées du fait du respect de la loi.

Au niveau de la pratique de décision judiciaire, les deux garanties doivent être satisfaites en même temps. Il ne suffit pas que les exigences qui sont à l'origine du conflit soient transformées en exigences juridiques et que, à la suite d'une plainte devant les tribunaux, une décision soit prise les concernant qui a force d'obligation. Pour remplir la fonction d'intégration sociale qui revient à l'ordre juridique et pour satisfaire à l'exigence de légitimité du droit, les jugements rendus doivent en même temps remplir les conditions d'une décision cohérente et celles d'une acceptabilité rationnelle. Il faut donc que, dans la pratique judiciaire, deux ensembles de critères soient mis en harmonie.

Justification interne du jugement et justification externe des prémisses :

D'un côté, le principe de la sécurité juridique requiert des décisions qui, dans le cadre du code juridique existant, soient rendues de manière cohérente. A cet égard, le droit en vigueur est le produit d'un entrelacs inextricable mêlant les décisions passées du Législateur et de la Justice et les traditions du droit coutumier. Cette histoire institutionnelle constitue l'arrière-plan de toute pratique contemporaine de décision. Dans la positivité du droit de reflètent aussi les contingences de ce contexte d'apparition.

D'un autre côté, l'exigence de légitimité de l'ordre juridique exige des décisions qui non seulement soient en accord avec le traitement des cas analogues dans le passé et avec le système de règles en vigueur mais encore doivent être concrètement fondées en raison, de sorte de pouvoir être acceptées par les sociétaires juridiques comme des décisions rationnelles. Les arrêts rendus par des juges qui justement décident d'un cas actuel aussi en fonction d'un avenir présent, requièrent leur validité à la lumière des règles et des principes légitimes. Dans cette mesure, les justifications doivent d'émanciper des contingences du contexte d'apparition.

Ce changement de perspective allant de l'histoire au système s'accomplit explicitement en passant de la justification interne d'un jugement, qui s'appuie sur des prémisses préalablement données, à la justification externe des prémisses elles-mêmes. A l'instar des lois, les décisions judiciaires sont aussi « des créations à la fois de l'histoire et de la morale : ce qu'un individu a le droit d'avoir, dans la société civile, dépend à la fois de la pratique et de la justice des institutions politiques. » (R. Dworkin, Prendre les droits au sérieux, 1995) Le problème de la rationalité de la justice consiste donc dans la manière dont l'application d'un droit créé de manière contingente peut être réalisée de manière interne et fondée en raison de manière externe, afin que soient en même temps garantis la sécurité juridique et le caractère juste du droit.

L'hypothèse de l'herméneutique juridique :

L'herméneutique juridique a le mérite, contre le modèle conventionnel de la décision juridique préconisant la subsomption des cas sous une règle ad hoc,

d'avoir remis en valeur l'idée aristotélicienne selon laquelle aucune règle ne peut régler sa propre application.

Un état de choses conforme à une règle ne se constitue que dès l'instant où il est décrit dans les concepts d'une norme qui s'applique à lui, alors que la signification de la norme justement ne se concrétise qu'à travers le fait que celle-ci trouve à s'appliquer à un état de choses spécifique à la règle. Une norme n'« appréhende » une situation complexe du monde vécu que d'une manière toujours sélective, à partir des points de vue qu'elle se donne préalablement comme pertinents, alors que l'état de choses qui se constitue à travers elle n'épuise jamais le contenu de signification vague d'une norme générale mais le met au contraire en valeur d'une manière sélective. Cette description circulaire indique un problème méthodologique que toute théorie du droit se doit d'éclairer. L'herméneutique propose, à cet égard, un modèle processuel d'interprétation. L'interprétation commence par une précompréhension empreinte d'une évaluation ; cette compréhension produit entre la norme et l'état de choses une relation préalable et ouvre l'horizon à la mise en place d'autres relations. D'abord diffuse, elle se précise dans la mesure où, sous sa direction, norme et état de choses se concrétisent voire se constituent mutuellement. (Cf. W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, 1986, et U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, 1986) L'herméneutique occupe au sein de la théorie du droit une position propre en ce sens qu'elle résout le problème de la rationalité que pose la justice en exercice par l'inscription contextualiste de la raison dans l'ensemble de la tradition historique.

Dans cette optique, la précompréhension du juge est donc imprégnée par le contexte moral traditionnel. Elle régule les relations entre normes et état de choses à la lumière de principes qui ont fait leurs preuves au cours de l'histoire. C'est donc en dernière instance aux « critères de mœurs qui ne sont pas encore densifiées en normes », aux « connaissances jurisprudentielles qui prennent le devant de la loi » (J. Esser) qu'il faut mesurer la rationalité d'une décision.

L'herméneutique lorsqu'elle se déploie en une théorie du droit maintient la prétention à la légitimité de la décision judiciaire. Certes, l'indétermination qu'entraîne un processus circulaire de compréhension peut par la référence aux principes être progressivement réduite. Mais ces principes ne peuvent se légitimer qu'à partir du travail de l'histoire propre à la forme de vie et à la forme de droit dans lesquelles le juge lui-même se trouve déjà préalablement plongé, de manière contingente.

La critique réaliste de l'hypothèse de l'herméneutique juridique :

Le recours à un ethos dominant, prolongé par l'interprétation, n'offre à vrai dire, dans une société pluraliste dans laquelle les divers domaines d'intérêts et pouvoirs de croyance entrent en concurrence les uns avec les autres, aucun fondement convaincant à la validité des décisions juridiques. Ce qui, pour l'un, vaut pour un motif ayant résisté à l'histoire, n'est pour l'autre qu'idéologie ou complet préjugé. Les écoles de droit réalistes réagissent à cet état de fait. Elles ne contestent pas la valeur descriptive de la méthodologie herméneutique, mais parviennent à une autre évaluation de cette précompréhension qui régule le processus interprétatif. Dans les sélections opérées par les décisions judiciaires sont mis en valeur des déterminants extrajuridiques qui ne peuvent être élucidés que par des analyses empiriques. Ces facteurs extérieurs expliquent comment le juge tire parti de la latitude dont il jouit dans ses décisions ; ils permettent de

pronostiquer, sur des bases historiques, psychologiques ou sociologiques, les décisions judiciaires.

Critique de l'hypothèse réaliste :

1) Qu'une telle approche ait des conséquences allant dans le sens d'un scepticisme juridique crève les yeux. Dans la mesure où l'issue d'une procédure judiciaire peut être expliquée à partir des domaines d'intérêt, du processus de socialisation, de l'appartenance à un groupe social, de la position politique ou de la structure de la personnalité du juge ou encore à partir de traditions idéologiques, de constellations de pouvoir, de facteurs économiques ou autres, internes ou externes au système juridique, la pratique de décision cesse d'être déterminée de l'intérieur, selon la sélectivité de la procédure, du cas et des fondements juridiques. La logique propre du droit, déjà amollie par l'optique de l'herméneutique juridique, c'est-à-dire par l'enkystement traditionnel, disparaît désormais complètement si l'on se conforme à la description « réaliste » du processus d'application du droit.

2) Du point de vue des mouvements que sont le Legal Realism, la Freirechtsschule et l'Interessenjurisprudenz, il n'y a plus de caractéristiques structurelles qui permettent de distinguer clairement le droit et la politique. Mais si l'on peut décrire de manière analogue les processus juridiques de décision et les processus politiques de pouvoir, c'est le postulat selon lequel ce sont des décisions cohérentes prises sur la base d'un système de normes suffisamment définies pour garantir la sécurité juridique, qui perd son sens. La production juridique du passé perd sa position dominante par rapport aux décisions actuelles puisque celles-ci relèvent dans une large mesure de l'appréciation du juge. La prétention à la légitimité du droit peut tout au plus conserver son sens par le fait que le juge oriente ses décisions vers l'avenir à l'instar de l'homme politique sur la base d'orientations axiologiques qu'il tient pour rationnelles. Le droit vaut alors d'instrument de contrôle des comportements susceptibles d'être mis en œuvre dans des buts rationnels, c'est-à-dire justifiés d'un point de vue utilitariste ou du point de vue de l'Etat providence. Adoptant la perspective de l'observateur, les écoles réalistes ont soumis à une critique désenchantée la représentation idéaliste des participants à la procédure selon laquelle, sur la base du droit en vigueur, tous les cas (ou la plupart) peuvent être tranchés. Mais, d'un autre côté, la pratique de décision judiciaire ne peut guère fonctionner sans suppositions idéalisantes. La renonciation brutale à garantir la sécurité juridique signifie que la justice en exercice doit, en fin de compte, aussi renoncer à tout simplement remplir la fonction du droit qui est de stabiliser les attentes de comportement.

L'hypothèse du positivisme juridique :

Face à cela, le positivisme juridique veut prendre en compte la fonction de stabilisation des attentes sans devoir, parallèlement, asseoir la légitimité de la décision juridique sur l'autorité contestable des traditions morales. A l'inverse des écoles réalistes, des théoriciens tels que Hans Kelsen ou Herbert L. A. Hart dégagent la singularité normative des propositions juridiques et la structure systématique d'un système de règles qui est censé permettre la cohérence des décisions prises en rapport à une règle et rendre le droit largement indépendant de la politique. A la différence des tenants de l'herméneutique ils insistent sur le caractère fermé et autonome d'un système juridique, imperméable aux principes extrajuridiques. Le problème de la rationalité est par conséquent tranché d'une

manière qui accorde la priorité à une histoire institutionnelle comprise au sens étroit et épurée de toute base de validité suprapositive. Une règle fondamentale ou règle de reconnaissance, d'après laquelle on peut décider quelles sont les normes appartenant chaque fois au droit en vigueur, permet des attributions univoques.

Si nous présupposons un tel système juridique autonome qui est différencié, à un premier niveau, en règles qui déterminent le comportement, et, à un second niveau, en règles qui, de manière auto-référentielle, produisent la norme, la validité des règlements juridiques ne se mesure qu'au respect des procédures d'instauration du droit juridiquement prescrites. Cette légitimation par la légalité de la procédure d'instauration du droit privilégie la provenance, c'est-à-dire la correction du processus selon lequel une norme a été rendue positive ou selon lequel elle a été décidée, sur la justification en raison de son contenu : les règles sont valides puisqu'elles sont régulièrement promulguées par les institutions compétentes. La légitimation de l'ordre juridique dans son ensemble se déplace vers son point de départ, c'est-à-dire vers une règle fondamentale ou de reconnaissance qui légitime tout sans être elle-même capable d'une justification rationnelle ; en tant que partie d'une forme de vie historique, elle doit être acceptée par acclimatation de fait, c'est-à-dire par habitude. C'est là ce que Hart rend recevable en s'appuyant sur la conception wittgensteinienne du jeu de langage. A l'instar de la grammaire d'un jeu de langage, la règle de reconnaissance s'enracine elle aussi dans une pratique qui est décrite de l'extérieur comme un fait mais qui, par les participants eux-mêmes, « est supposée valide et adoptée » comme une évidence culturelle. (Hart, le concept de droit)

Positivismes et décisionnisme :

Le lien qui rattache la validité du droit à sa genèse ne permet qu'une solution asymétrique du problème de la rationalité. La raison ou la morale sont dans une certaine mesure subordonnées à l'histoire. C'est pourquoi l'interprétation positiviste de la pratique de la décision judiciaire aboutit à ceci que la garantie de la sécurité juridique éclipse la garantie de justesse. Le primat de la sécurité juridique se manifeste dans la manière dont le positivisme traite les cas difficiles (hard cases). C'est à l'examen de tels cas qu'apparaît de manière particulièrement claire le problème herméneutique fondamental de savoir comment justifier le fait que d'inévitables décisions de sélection seraient appropriées. Le positivisme minimise le problème et en analyse les conséquences comme un symptôme du flou irrémédiable qui naît des formulations en langage usuel. Hart fait remonter le besoin d'interpréter les normes juridiques à la structure en principe ouverte des langues naturelles et aboutit à une conclusion décisionniste. Dès lors que le droit en vigueur ne parvient pas à définir exactement un état de choses, il faut bien que le juge décide selon sa propre appréciation. Il tire parti de la latitude discrétionnaire dont il bénéficie, par des préférences qui ne sont pas juridiquement justifiables et oriente ses décisions, le cas échéant, en fonction de critères moraux qui ne sont plus couverts par l'autorité du droit.

La théorie de Dworkin :

On peut comprendre la théorie des droits de Dworkin comme une tentative visant à éviter les déficits des propositions de solutions faites par le réalisme, le

positivisme et l'herméneutique, et à expliquer au moyen de l'hypothèse de droits conçus déontologiquement comment la pratique de la décision judiciaire peut satisfaire en même temps les exigences de sécurité juridique et d'acceptabilité rationnelle. Contre le réalisme, Dworkin maintient à la fois la nécessité et la possibilité de décisions cohérentes liées à une règle, qui garantissent dans une mesure satisfaisante la sécurité juridique. Contre le positivisme, qui affirme la nécessité et la possibilité de décisions « qui soient les seules justes », légitimées eu égard à leur contenu (et non pas simplement par la procédure) à la lumière de principes reconnus. La référence herméneutique à une précompréhension déterminée par des principes ne doit cependant livrer le juge à aucun travail de l'histoire propre à des traditions dont le contenu normatif fait autorité ; ce recours l'oblige au contraire à s'approprier de manière critique une histoire institutionnelle du droit dans laquelle la raison pratique a laissé des traces. Ce sont les tribunaux qui en outre décident à qui reviennent quels droits « politiques » ; par là, Dworkin entend des droits qui, en même temps, jouissent d'une valeur positive et méritent une reconnaissance du point de vue de la justice.

Le sens déontologique des droits fondamentaux

La thèse selon laquelle « il y a » de tels droits compte sur une raison pratique historiquement incarnée, courant, pour ainsi dire, à travers l'histoire. Celle-ci s'affirme dans le point de vue moral et s'articule avec une norme fondamentale qui exige un égal respect et une égale attention pour tout un chacun. La norme fondamentale de Dworkin coïncide avec le principe kantien du droit et avec le premier des principes de justice proposés par Rawls, qui veulent que chacun détienne un droit à d'égales libertés subjectives d'action. A Rawls, Dworkin a vrai dire objecte que les parties en présence dans la position originelle ne peuvent s'accorder sur ce principe que parce que ce droit à un égal respect et à une égale attention règle déjà l'accès des parties à la position originelle, et appartiennent donc aux conditions d'accord rationnels en général.

Chez Dworkin, la norme fondamentale jouit du statut, présenté sans justification, d'un « droit naturel de tous les hommes et de toutes les femmes (...), droit qu'ils possèdent (...) simplement en tant qu'êtres humains ayant la capacité de faire des projets et de rendre justice. » (Prendre les droits au sérieux) En évitant les connotations jusnaturalistes, on peut aussi comprendre cela, tout simplement, comme une explicitation du sens déontologique des droits fondamentaux. Ce sens qui octroie la validité se communique aux droits institutionnels obligatoires ou « politiques » et confère aux prétentions juridiques individuelles un moment d'inconditionnalité. Dworkin comprend en effet les droits subjectifs comme des « atouts » dans un jeu dans lequel les individus défendent leurs prétentions légitimes contre le rançonnement en formant des desseins collectifs.

Indétermination juridique, desseins politiques et les principes moraux : critique de la thèse de neutralité du positivisme juridique.

S'appuyant sur des précédents connus du droit anglo-saxon et américain, Dworkin analyse la manière dont les juges gèrent les situations d'indétermination juridiques en se référant systématiquement à l'arrière-plan des desseins politiques et des principes moraux. Ils parviennent, en élaborant juridiquement des arguments selon des desseins et des arguments selon des principes, à des décisions bien fondées. Des justifications externe de ce type sont possibles parce que le droit en vigueur a déjà lui-même incorporé des contenus téléologiques et des principes moraux, et qu'il a surtout assimilé les raisons fournies par le

législateur politique pour sa propre décision. Celles-ci peuvent, en quelque sorte, paraître au grand jour dans les décisions de principe de la Cour suprême.

Les arguments selon des principes ont toujours le primat, dans la pratique de décision des juges, sur les arguments selon des desseins : c'est dans le processus législatif que les arguments selon des desseins trouvent leur siège véritable, et c'est en passant par lui qu'ils parviennent jusqu'au discours juridique. La justice en exercice est conçue pour appliquer des normes juridiques en tant qu'elles stabilisent les attentes ; elle prend en considération les desseins législatifs à la lumière des principes car « les arguments de principe justifient une décision politique montrant que cette décision assure le respect ou la garantie d'un droit détenu par un individu ou un groupe. » (ibid.) Naturellement, en règle générale, les desseins politiques sont eux aussi justifiés par des principes et des droits, mais seuls les arguments de principe, fondés sur le système des droits, peuvent garantir la cohérence interne qui existe entre la décision portant sur un cas particulier et la substance normative de l'ordre juridique dans son ensemble.

Distinction entre « règle » et « principe » : critique de l'éventualité décisionniste (comme alternative radicale) du positivisme juridique :

Les règles sont des normes concrètes, déjà déterminées selon une explication spécifique — comme, par exemple, les prescriptions formelles destinées au libellé des testaments —, alors que les principes représentent des axiomes juridiques généraux (comme la dignité humaine, l'égalité de traitement, etc.) requérant constamment une interprétation. Les règles (normes) comme les axiomes (principes) sont des préceptes (interdictions, autorisations) dont la valeur prescriptive exprime un caractère d'obligation. La différence entre ces deux types ne doit pas être confondue avec celle entre normes et desseins. Les principes n'ont pas plus que les règles une nature téléologique. Ils ne doivent pas être compris — comme on le donne à entendre de « l'équilibration des biens » dans les méthodologies usuelles — comme des préceptes d'optimisation parce que s'il en était ainsi, c'est le sens déontologique de leur validité qui serait perdu. Les règles et les principes servent, dans une même mesure, d'arguments propres à justifier les décisions ; pour autant, leur statut dans la logique argumentative est différent.

Les règles, en effet, renvoient constamment à des composantes conditionnelles qui spécifient les conditions d'application en fonction du type de situation, tandis que les principes, au contraire, se présentent avec une prétention non spécifique à la validité ou ne sont limités dans leur domaine d'application que par des conditions très générales, qui, en tout cas, doivent être interprétées. De là s'explique la différence que souligne Dworkin et qui fait que dans les situations de litige règles et principes n'ont pas le même statut. Un conflit entre règles ne peut être résolu que de deux manières : soit une clause d'exception est introduite, soit l'une des règles en litige est déclarée non valide. Dans le cas de conflit entre principes, il n'est pas nécessaire de trancher ainsi par le tout ou rien. Certes le principe qui, dans la circonstance, paraît le mieux convenir bénéficie du primat, mais cela ne fait pas que les autres principes qui ont le dessous perdent leur validité. Selon les cas qu'il faut trancher, un principe a le pas sur les autres. Il se crée entre les principes, d'un cas à l'autre, un autre ordre de transition sans que leur validité n'en soit pour autant affectée.

Or si le positivisme parvient à une thèse fautive concernant l'autonomie, c'est parce qu'il conçoit le droit comme un système ferme de règles spécifiées par leur application, qui en cas de litige rendent nécessaire une décision par le tout ou

rien, laissée à l'appréciation du juge. Il n'y a que l'idée unidimensionnelle du droit comme système de règles dépourvu de principes qui force à conclure que les conflits entre règles entraînent une indétermination de la situation juridique, qui ne peut plus être écartée que par la voie décisionniste. Dès l'instant où les principes — et où une justification plus profonde des applications normatives à la lumière des principes — sont admis et reconnus comme des composantes normales du discours juridique, les deux aspects disparaissent : la clôture du système de règles et l'insolubilité des conflits entre ces règles.

Du « moment d'indisponibilité » au point de référence :

En analysant le rôle que joue dans la pratique de décision judiciaire les arguments selon des principes et ceux selon des desseins, et en découvrant une strate de normes plus profondes dans le système du droit lui-même, Dworkin appréhende ce niveau de justification post-traditionnel dont, devenu positif, le droit dépend désormais. Après que le droit moderne s'est émancipé de ses fondements sacrés et des contextes religieux et métaphysiques dans lequel il s'insérait, il n'est pas purement et simplement devenu contingent comme le suppose le positivisme. Il n'est pas non plus devenu un médium sans structure interne propre, comme le prétend le réalisme, à la disposition des desseins ourdis par les instances politiques dominantes. Le moment d'indisponibilité qui s'affirme dans le sens déontologique par lequel le droit trouve sa validité, renvoie bien plutôt à la dimension d'une recherche raisonnable, fondée sur des principes, tendant à des décisions qui « sont les seules justes ». Puisqu'il n'est pas non plus possible, comme le suppose l'herméneutique juridique, de ne tenir ces principes que pour de simples thèmes qui, ayant fait leurs preuves au cours de l'histoire, sont empruntés au contexte traditionnel d'une communauté éthique, la pratique interprétative a besoin d'un point de référence qui aille au-delà des traditions juridiques modelées par l'usage. De ce point de référence de la raison pratique, Dworkin donne une explication qui, du point de vue méthodologique, s'appuie sur la procédure de l'interprétation constructive, et qui, du point de vue du contenu, postule une théorie du droit procédant à une reconstruction rationnelle et à une conceptualisation du droit chaque fois en vigueur.

Histoire des sciences et histoire constitutionnelle d'un système juridique :

Comme dans l'histoire des sciences, on peut distinguer aussi dans l'histoire constitutionnelle d'un système juridique les aspects auxquels on a un accès interne des aspects extérieurs. Dans la perspective interne, on tire des problématiques qui peuvent être reconstituées, une lumière critique sur les argumentations qui nous sont laissées par l'histoire ; c'est ainsi que l'on peut faire la part, à la lumière de ce qui nous apparaît aujourd'hui évident, des essais infructueux et des essais productifs, des impasses ou des erreurs et des solutions heuristiques ou des solutions provisoires. En fonction du paradigme sous-jacent, des lignes de reconstruction chaque fois différentes se dégagent, il est vrai, de la rétrospective. Toutefois, le choix du paradigme n'est pas laissé au gré de chacun ; il dépend d'une situation herméneutique initiale qui n'est pas à notre disposition. Quant à la précompréhension paradigmatique, elle n'échappe pas à toute rectification puisqu'elle est, au cours du processus d'interprétation lui-même, mise à l'épreuve et modifiée. Il est vrai que, même lorsque le processus est achevé, qu'on soit dans le domaine des sciences ou dans celui du droit, la conception qui était sous-jacente à la reconstruction conserve une certaine force

de préjugé ; c'est qu'elle n'est pas neutre. Pour toutes ces raisons, on la justifiera théoriquement comme le modèle qui accède au mieux à ce que la science ou le droit.

L'herméneutique critique comme interprétation constructive :

C'est là précisément le sens du modèle de Dworkin : il présente un droit positif consistant en règles et en principes, qui assure, grâce à une justice en exercice procédant de la discussion, l'intégrité des rapports de reconnaissance garantissant à tout un chacun un égal respect et une égale attention. Se référant à ma critique de Gadamer, Dworkin définit son procédé herméneutique critique comme une « interprétation constructive » qui rend explicite la rationalité du processus de compréhension en référence à un paradigme ou à un « but » : « En gros, dans l'interprétation constructive, il s'agit de superposer un but à un objet ou à une pratique pour en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre dont on le donne pour représentant. (...) Nous dirions alors que toute interprétation s'efforce de donner le meilleur d'un objet, comme exemple de quelque entreprise en cours, et que l'interprétation prend différentes formes dans différents contextes seulement parce que différentes entreprises engagent différents critères de valeur ou de réussite. » En recourant à ce procédé d'interprétation constructive, tout juge doit en principe pouvoir parvenir dans tous les cas à une décision idéalement valable dans la mesure où il compense ainsi la prétendue « indétermination du droit » en asseyant sa justification sur une « théorie ». Cette théorie est censée reconstruire rationnellement l'ordre juridique chaque fois donné de telle manière que le droit en vigueur puisse être justifié à partir d'un ensemble ordonné de principes et, partant, être établi comme une incarnation plus ou moins exemplaire du droit en général.

La solution de Dworkin au problème Sécurité/Légitimité :

Dworkin attend la solution au problème de savoir comment la pratique de décision judiciaire peut en même temps satisfaire au principe de sécurité juridique et à la prétention du droit à la légitimité, d'une théorie ambitieuse qui permet, notamment dans les cas difficiles, de fonder la décision individuelle à partir de l'ensemble cohérent que représente le droit en vigueur dès lors qu'il est rationnellement reconstruit.

1) Validité et cohérence des énoncés :

Concernant la validité des énoncés, la cohérence est un critère plus faible que la vérité analytique attestée au moyen de la déduction logique mais plus forte que le critère de non-contradiction. La cohérence entre les énoncés est produite au moyen d'arguments substantiels (au sens de Toulmin) et donc au moyen de raisons qui présentent la propriété pragmatique d'entraîner un accord rationnellement motivé parmi les participants à une argumentation.

2) Principes discours juridique :

Dans la discussion juridique, les arguments normatifs qui jouent un rôle caractéristique sont ceux qui, à la lumière des principes, justifient dans les conflits de règles le choix en faveur de la norme qui, selon le cas, apparaît appropriée. Dworkin s'intéresse aussi à ces principes pour la raison qu'ils

possèdent un contenu déontologique identifiable qui les soustrait à la contingences d'ordonnances ou d'abrogations arbitraires. Là où, par exemple, les droits fondamentaux et les principes de l'Etat de droit sont interprétés et développés, ou encore là où d'autres contenus moraux migrent dans le droit positif et, par conséquent, « trouvent un soutien dans les actes officiels des institutions juridiques », un changement intervenant dans de telles réglementations ne doit pas concerner leur contenu normatif. Il « n'y a guère de sens à dire à propos de principes comme ceux-là qu'ils peuvent être « cassés » ou « abrogés » ». Sans doute les principes ne doivent-ils pas être ontologisés en quelque chose comme des faits moraux, mais, grâce à leur capacité déontologique de justification, ils ont un statut qui ouvre la logique argumentative et qui explique pourquoi les ressources de justification disponibles dans le discours juridique suffisent à aller au-delà des justifications internes et à fonder en raison les prémisses elles-mêmes.

3) La reconstruction du droit vers sa justification normative

Selon Dworkin, les principes juridiques et les desseins politiques du législateur, en accord de leur côté avec de tels principes, mettent à disposition les moyens argumentatifs pour reconstruire la masse du droit en vigueur et ce jusqu'à ce qu'il puisse être tenu pour normativement justifié. Dworkin réclame la construction d'une théorie du droit, non d'une théorie de la justice. La tâche ne consiste pas à construire philosophiquement un ordre social fondé sur des principes de justice, mais à dégager des principes et des desseins valides à partir desquels un ordre juridique concret puisse être si bien justifié dans ses éléments essentiels que toutes les décisions ayant trait à des cas individuels s'y intègrent comme des composantes cohérentes. (233)

4) Le « juge Hercule »

Seul un juge dont les facultés intellectuelles pourraient être comparées aux capacités physiques d'Hercule est en mesure d'accomplir cette tâche idéale, Dworkin le sait bien. Le « juge Hercule » dispose de deux des composantes d'un savoir idéal : il connaît tous les principes et tous les desseins valides, nécessaires à la justification, et en même temps, sa vision cerne complètement l'enchevêtrement dense qu'elle rencontre et qui est constitué des éléments du droit en vigueur unis par des liens argumentatifs. Ces composantes donnent toutes deux les limites de la construction théorique. La latitude dont jouit Hercule avec sa faculté d'argumentation surhumaine, est définie d'un côté par la possibilité de varier l'échelle des principes et des desseins, et de l'autre par la nécessité de soumettre à un examen critique la masse du droit positif et de corriger les « erreurs ». De fait, Hercule est censé découvrir cette foule cohérente des principes qui justifie l'histoire institutionnelle d'un système juridique donné « de la manière dont l'exige l'équité ». (233)

5) La reconstruction rétrospective :

Or seul un système juridique impartial qui serait le résultat d'un processus heuristique continu, pourrait être complètement justifié de cette manière : « donc, en tout état de cause, Hercule doit élargir sa théorie pour inclure l'idée qu'une justification de l'histoire institutionnelle peut présenter une partie de cette histoire comme étant erronée. » (234)

[Une objection possible à la démarche de Habermas : agir communicationnel et... politique de la communication.]

Habermas inscrit son propos dans une problématique semi-historique, visant à mettre en lumière les articulations sociopolitiques par lesquelles la fonction du langage dans la résolution de la tension factualité/validité se renforce, d'une manière pour ainsi dire indirecte et négative, puisque cette prédominance croissante du langage en tant qu'exercice intersubjectif s'autorise aussi bien de l'aggravation du problème de l'intégration sociale, que de la dissolution des dispositifs traditionnels de l'AC. Mais à l'issue de cet acheminement négatif vers la promotion du mécanisme d'entente, la question se pose savoir si, dans cette synthèse « historiologique », Habermas n'est pas lui-même responsable d'une torsion thématique du progressus historique. Rappelons que, selon Habermas, « si la philosophie de l'histoire a pu découvrir une raison dans les processus historiques, ce n'était que dans la mesure où elle l'y avait elle-même introduite au moyen de ses propres concepts fondamentaux. » Or n'y a-t-il pas, dans le « récit » abrégé de l'évolution sociétale, une introduction subreptice d'une considération téléologique ? Ceci non pas au sens où le parcours chronologique serait lui-même plié de force à une orientation étrangère à la seule immanence des mécanismes naturels, ou encore au sens où ces mécanismes seraient eux-mêmes inscrits dans une perspective transcendante, mais bien dans l'évaluation même de la situation placée en point de fuite du progressus. En effet, la surdétermination de l'AC en tant que processus délibératif peut sembler résulter logiquement de la dissolution des dispositifs traditionnels de synthèse entre individualité et collectivité, factualité et validité. Mais la surdétermination thématique des mécanismes de l'entente ne signifie pas nécessairement l'accroissement de la reconnaissance de ce sur quoi ce mécanisme se fonde ; du moins cette surdétermination n'implique-t-elle pas que cette reconnaissance des présupposés de l'AC obéisse elle-même à l'intégrité fondamentale que ces présupposés dénotent. Si l'in vraisemblance des processus d'entente était diminuée par la stabilisation de l'activité discursive assurée par les dispositifs institutionnels non problématisés, cette invraisemblance ressurgit immédiatement, dès lors que les fins individuelles s'affirment au détriment des structures légitimement coercitives assurant la cohésion sociale. Libérée du joug providentiel de sa garantie institutionnelle, l'AC peut s'autoriser du « noyau d'anarchie » pour passer de la censure à la licence institutionnalisée ; non pas que l'anarchie puisse être posée comme terme logique du transfert de la légalité au seul domaine de l'AC. Mais, bien plutôt, au sens où c'est l'AC elle-même qui serait pervertie dans ses fondements, puisque soumise à une nécessité toute pragmatique ; si l'AC est ordonnée à un telos d'entente, alors ses présupposés sont promus dans la mesure même de son exercice ; mais si l'AC est subordonnée à un telos politique en tant qu'instrument de pouvoir, alors elle se trouve distinguée de ses présupposés fondamentaux, lesquels peuvent n'être reconnus qu'en apparence, voire radicalement reformulés, c'est-à-dire liés à des éléments étrangers au seul domaine discursif. C'est ce danger, pointé par Kant, que doit affronter toute tentative de fondation de l'ordre légal au sein du processus discursif ; si l'on peut raisonnablement écarter la forclusion de la

légalité dans le discours individuel au mépris du dispositif institutionnel (anarchie), et la dissolution du discours dans l'hégémonie des institutions (despotisme, tyrannique ou bureaucratique), il reste que cette troisième ombre du platonisme, fondée sur la dissociation du langage et de son telos rationnel (expression de la tension factualité/validité dans l'ordre de l'AC elle-même) s'impose à titre de possibilité nocive ; l'ombre de la sophistique, ou encore du « politicianisme ».

La thématization « problématique » qu'effectue Habermas de la dernière (mais non pas ultime) étape de cette correspondante sociologique du tournant linguistique, échappe à toute accusation trop tranchée. Mais il reste que la promotion de l'AC comme médium politique privilégié doit s'accompagner d'une redéfinition explicite des raisons pour lesquelles l'AC peut être ordonnée à un processus d'entente réel, c'est-à-dire à un projet rationnel, et non plutôt à cette finalité irrationnelle du politique « rusé » qui, s'adressant à la pluralité des partis et intérêts individuels, subordonne l'outil démocratique, comme moyen, à la réalisation d'une fin non exclusivement politique — le pouvoir. Le sophiste ?uvre pour la communauté en trompant l'individuel, et sert l'individuel en trompant la collectivité.]