

Article

« La légitimité est-elle possible par la simple légalité ? »

Lukas K. Sosoe

Les Cahiers de droit, vol. 42, n° 3, 2001, p. 883-904.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043680ar>

DOI: 10.7202/043680ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

erudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. erudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La légitimité est-elle possible par la simple légalité ?

Lukas K. SOSOE*

	<i>Pages</i>
1 Des topiques	883
2 Le droit et la justice : entre théorie et pratique	885
3 Le droit, la justice et la démocratie	887
4 Les droits de la personne, les droits fondamentaux et la justice	894
5 Jürgen Habermas : droit et justice	899

Est-il possible de parler de la justice du simple fait de l'existence du droit ? Autrement dit, est-il question de la légitimité de la simple légalité ou encore de la légitimité du droit du seul fait de son existence ? En quel sens l'existence des lois suffit-elle à les accepter et à les considérer comme justes ?

1 Des topiques

Toutes les questions posées ci-dessus se traduisent mutuellement. Elles permettent de reprendre allusivement le thème du présent colloque et de l'interpréter de la façon suivante : le droit s'ouvre-t-il nécessairement — ou doit-il s'ouvrir — à l'horizon de la justice à un point tel qu'il soit possible de parler d'un progrès du droit alimentant un progrès de la justice et

* Professeur, Département de philosophie, Centre universitaire de Luxembourg.

y conduisant ? Le droit sert-il continuellement la justice ? Mais alors quelle justice, entendu que c'est le droit qui énonce le juste ?

L'écrivain suisse Durrenmatt a montré, dans son opuscule intitulé : *Recht und Gerechtigkeit (Droit et justice)*, comment, avec l'aide de son conseiller juridique, le calife Harun al Raschid et son vizir en sont venus à coup d'argent à utiliser la loi à leur avantage et ont réussi à prendre un esclave afin de pouvoir, en toute légalité, affranchir sa compagne pour pouvoir coucher avec elle. Durrenmatt, certes, prenait un exemple qui semble aujourd'hui fort éloigné de nous par le temps et les mœurs ; mais il n'avait pas en vue d'autres sociétés que les nôtres. Son histoire peut nous paraître provenir de contrées lointaines et exotiques ou encore de temps immémoriaux ou, à tout le moins, moyenâgeux. Toutefois, la morale de son histoire prétend à l'universalité : là où il y a pouvoir et argent, la justice est le plus souvent corrompue, et le droit, manipulé.

Si tel est le message de Durrenmatt, malgré la distance culturelle et peut-être temporelle qui nous sépare de l'histoire du calife Harun al Raschid et de son vizir, n'est-il pas logique de conclure que le bon avocat est celui-là même qui maîtrise non seulement la loi, mais la culture de la cour, et, connaissant les juges, est prêt à faire de vibrants plaidoyers, semblables à des tours de force ou à des tours de presdigitation pour donner satisfaction à son client ? Ne devrions-nous pas nous rendre à l'évidence que plus il est habile, plus il devient financièrement inaccessible, donc éloigné de ces humbles citoyens qui ne peuvent pas lui payer ses honoraires et donc que les meilleurs avocats sont aussi ceux dont le service est le plus onéreux ? Et donc que devant le droit à la défense et à un procès équitable, reconnu à tous les individus en démocratie, se dresse le jeu stratégique du pouvoir de l'argent et de la culture juridique elle-même ?

Fort heureusement pour nous, le droit ne se limite pas seulement à la performance de l'avocat, aussi excellent soit-il. Heureusement encore, le droit finit, *dans certaines conditions*, notamment dans les États de droit qui sont aussi les États démocratiques, par rattrapper un certain nombre de personnes dont le pouvoir et les priviléges vont jusqu'à rendre impossible l'expression d'une cause juste. C'est, nous semble-t-il, cette possibilité qui laisse encore quelque chance à notre recherche de se poursuivre et de nous interroger encore une fois si, malgré tout, nous ne saurions énumérer un certain nombre d'événements où le progrès du droit se donne à saisir.

Qui donc nierait, dans cette perspective, qu'entre la situation des femmes au début du XIX^e siècle et celle d'aujourd'hui, donc bien longtemps après les déclarations des droits de l'homme et du *Virginia Bill of Rights*, il n'y ait pas eu un certain progrès du droit et donc de justice quant à l'égalité entre l'homme et la femme ? Qui nierait que, entre les lois américaines sur

la ségrégation et l'actuelle Constitution américaine interdisant la discrimination raciale, il n'y a pas eu de progrès du droit ? Qui dirait qu'entre le régime de l'apartheid en Afrique du Sud et son abrogation le droit n'a connu, pour ainsi dire, aucun progrès ?

La négation du progrès évident du droit dans les cas ci-dessus mentionnés ne saurait être attribuée qu'à un pessimisme aveuglant, qu'à l'expression d'une cécité politique manifeste. Une question se pose cependant : devons-nous réellement attribuer cette évolution uniquement au droit, si nous considérons les attitudes de nos concitoyens par rapport à l'égalité entre l'homme et la femme, à l'égalité raciale et à l'égal traitement des citoyens ? Qui ignoreraient la façon dont la dynamique des droits et des libertés a pu s'emparer des couches des diverses populations jadis traitées de façon paternaliste ? Sans parler de l'égalité entre hommes et femmes, le droit des enfants est là, dans nos sociétés démocratiques, comme une réalité avec laquelle il faut désormais composer. Il en est de même des droits des couples de même sexe. N'avons-nous pas, là, par rapport aux attitudes paternalistes et patriarcales, des exemples évidents du progrès du droit ? Si telle est la situation, ne devrions-nous pas conclure à un progrès du droit, et donc à celui de la justice ?

2 Le droit et la justice : entre théorie et pratique

Notre propos ici ne voudrait nullement reprendre, à la suite de Kant, un vieux « conflit des facultés », plus précisément le conflit entre la faculté de droit et la faculté de philosophie dont nous savons ce que Kant en écrivait en 1798 et qui pourrait se résumer librement en la phrase suivante : « en tant que juriste dans une faculté de droit, je ne détiens pas seulement un simple savoir, mais ce savoir est concret et directement applicable, comparé au doux rêve que nourrissent les philosophes sur la légitimité des lois et sur la paix que celle-ci peut entraîner. Par conséquent, à la différence de la tâche du philosophe, ma profession, comme la théologie et la médecine, sert directement à quelque chose, elle est utile au peuple, ne serait-ce que pour [l']aider devant les tribunaux. »

Cela permet de comprendre d'ailleurs pourquoi, avec les deux autres disciplines, le droit constitue une des trois « facultés supérieures [qui] sont invitées par le peuple [...] à faire de leur côté des propositions qui soient plus acceptables ; et il fait alors entendre aux savants les revendications que voici : ce que contiennent vos bavardages, philosophes, je le savais depuis longtemps de moi-même ; mais ce que je veux savoir de vous en tant que savants, c'est comment, tout en ayant vécu comme un scélérat, je pourrais cependant me procurer, juste avant la fermeture de la porte un billet d'entrée dans le royaume des cieux ; comment, tout en ayant tort, je

pourrais pourtant gagner mon procès ; et comment ayant usé et abusé à cœur joie des forces de mon corps, je pourrais pourtant rester en bonne santé et vivre longtemps¹. »

À la lumière de ces attentes du peuple, nous ne pouvons pas dire que le juriste du temps de Kant est, dans la compréhension de sa profession, très éloigné de ceux de notre siècle ou de l'opinion dominante à leur égard il y a encore à peine quelques décennies. Son objectif est de se mettre du côté de son client pour que ce dernier gagne son procès : à tort ou à raison.

Pour nous replonger dans la perspective qui est ici la nôtre, une telle querelle des facultés n'a plus de sens de nos jours, même s'il était encore possible de découvrir des gens qui répéteraient en chœur le même refrain, n'ayant pas compris que les temps ont bien changé. Le thème du présent colloque en est bien la preuve. C'est pourquoi, pour souligner la contribution de la philosophie à la relation du droit et de la justice, notre objectif serait plutôt de comprendre ce que pourrait bien recouvrir la question de base du forum auquel nous participons : le progrès du droit conduit-il à plus de justice ?

Question redoutable et difficile à démêler et que les organisateurs du forum ont eu le courage, sinon la témérité intellectuelle de poser. Question qui touche au rapport du droit à la justice, mais qui semble ici fort étrangement trancher la controverse entre juristes et philosophes puisqu'elle révèle une nouvelle attitude, engagés que nous sommes tous ensemble, venus de plusieurs disciplines et de plusieurs horizons professionnels, à réfléchir désormais, dans la confrontation de nos perspectives, au rapport du droit à la justice et à examiner les conditions dans lesquelles le progrès du droit peut contribuer au progrès de la justice.

Peut-être supposerions-nous, avant cet examen, l'évidence de la réponse, car, indépendamment de la situation de la femme et de l'enfant évoquée plus haut, comment rendre justice sans droit ? S'il en était ainsi, dans une perspective philosophique, l'histoire du droit se confondrait avec le progrès de la justice. Le progrès du droit se comprendrait uniquement de façon cumulative, c'est-à-dire comme une somme ou une succession de codifications ou comme une juridification progressive de tous les domaines de la vie sociale. Aussi l'augmentation des codes, ou mieux encore l'inflation des lois, serait-elle synonyme de progrès vers plus de justice. La perspective du juriste se posant fièrement des questions sur le progrès de la justice auquel le droit aurait contribué se réduirait, à y voir de près, à

1. E. KANT, « Le conflit des facultés », section III dans E. KANT, *Oeuvres*, t. III, traduction par A. RENAUT, Paris, Gallimard/Pléiade, 1986, p. 829.

considérer l'accumulation des lois, leur inflation, comme le signe de ce progrès. Cependant, est-ce à dire que c'est à la philosophie, désormais enivré d'être courtisée par le droit, qu'il revient d'être reconnue dans la légitimité de ses questionnements, de porter la lanterne et de nous éclairer sur les problèmes concernant la légitimité du droit ? Rien n'est moins certain.

Faute de pouvoir développer ici pourquoi ni la philosophie à elle seule ni le droit à lui seul, à l'époque de l'éclatement des savoirs, ne sauraient guère assumer une si lourde tâche, nous aimerions d'abord saisir le sens de la question dans toute son étendue en la confinant strictement au cadre restreint de nos sociétés démocratiques où règne l'idée de l'État de droit.

3 Le droit, la justice et la démocratie

Que signifie précisément la question du droit conduisant au progrès de la justice dans le contexte de nos sociétés démocratiques animées par la dynamique interne des droits et des libertés individuelles, riches en contradictions, en conflits aussi et en diverses formes de vie protégées par l'État de droit ? Jusqu'où est-il possible, dans ce contexte moderne, caractérisé par un pluralisme social et culturel, de parler d'un droit contribuant au progrès de la justice ? À quelle conception du droit et de la justice avons-nous affaire dans des sociétés aussi complexes et aussi relativistes que les nôtres où ce qui est accepté comme vérité ici n'est qu'idéologie ailleurs, voire mensonge et tyrannie ? Sur la base de quels critères méthodologiques pourrions-nous répondre à cette question qui, chacun le voit bien, renvoie à une série de considérations théoriques, philosophiques, sociologiques et même historiques, devant lesquelles une réponse, quelle qu'elle soit, positive ou même négative, resterait difficile à trouver ?

Les obstacles à une réponse claire ne procèdent pas seulement de ce que, sur le plan des théories ou des philosophies politiques et juridiques que nous connaissons, les définitions du droit et les intuitions qui sont liées à ces dernières sont différentes les unes des autres, mais encore au fait qu'elles divergent. Il en est de même du concept de justice. C'est depuis le début de la philosophie politique et juridique, chez les légitistes chinois ou en Grèce antique avec Platon², que se pose la question de savoir ce qu'est

2. Pensons ici à Glaucon et surtout à Thrasymaque dans la *République* de Platon. Rappelez-nous l'intervention de Thrasymaque qui enjoint à Socrate de définir la justice après que ce dernier eut réfuté toutes les définitions proposées par les interlocuteurs : « Allons, dit-il, à ton tour de répondre, dis-moi ce qu'est, selon toi, la justice. Et attention à ne pas venir me raconter que c'est l'obligatoire, ni que c'est l'utile, ni non plus le profitable ! Mais dis-moi avec clarté et précision ce que tu dis qu'elle est. C'est que je n'accepterai pas de te laisser dire de semblables billevesées » (*République*, I 336 c-d).

la justice, ce qu'est la meilleure forme d'organisation sociale et politique. L'atmosphère échaudée de la discussion entre Glaucon, Thrasymaque et Socrate démontre bien ce que la recherche d'une définition unanimement partagée peut avoir de déconcertant.

Pourtant, il s'agissait, du moins dans les anciennes sociétés, d'organisations sociales et politiques relativement plus simples et qui, par rapport aux sociétés dites complexes d'aujourd'hui, connaissaient un niveau de différenciation relativement peu élevé et reposaient sur un consensus relativement plus important que celui de nos sociétés modernes. S'il en était ainsi, l'embarras de la philosophie et de la sociologie contemporaines par rapport à la complexité de la question dans des sociétés dites libres, démocratiques et pluralistes, dans des cultures où les individus expriment — et sont même éduqués à pouvoir exprimer — leur point de vue et leur sentiment sur tout ce qui les entoure serait aisément à comprendre.

Ce n'est pas que nous ne disposions pas de réponses, mais peut-être qu'il y en a trop et que les critères qui rendraient les unes acceptables sont ceux-là mêmes qui discréditeraient les autres. Aux diverses réponses de l'Antiquité fondées sur un droit naturel ont succédé les figures du droit rationnel, du droit et de la justice, de leur rapport fondé en raison.

Seulement, que pouvons-nous encore garder aujourd'hui de la tradition du droit naturel où la légitimité du droit juste se trouvait inscrite dans la nature, dans un ordre cosmique, hiérarchisé, mais assez généralement accepté par tous ? Que pouvons-nous retenir d'un droit ou d'une justice ayant pour ultime fondation des lois divines ou quasi divines, énonçant la fin et la mesure de toute chose et surtout dictant les critères normatifs auxquels le droit n'avait qu'à se soumettre pour être juste ? Comment remettre sur le métier une telle forme de pensée qui, certes, offre d'inestimables ingrédients, capables de répondre, d'une façon simple et claire, au rapport que le droit positif entretient et doit entretenir avec le droit naturel, normes éternelles et critères universels du juste ? Enfin, comment se référer aujourd'hui à cette figure de pensée, par trop métaphysiquement chargée, sans faire sourire ou du moins déclarer une allégeance religieuse et métaphysique particulière, donc nécessairement partielle et réduite, en ce qu'elle n'offrirait aucun point de départ consensuel sur la justice dans une société dite laïque ou axiologiquement neutre quant aux visions particulières, voire compréhensives, du monde ? Car, comment redonner à la nature ce sens originel perdu qui faisait d'elle la source ultime du droit et la mesure du juste sans renoncer à notre « monde désenchanté » où nature et écologie se confondent ?

Sans vouloir sous-estimer l'héritage aristotélicien, repris et transformé par les théologiens chrétiens, sans même vouloir remettre en question le

rôle social que peuvent jouer encore aujourd’hui les Églises en cette époque de grandes interrogations et, enfin, sans vouloir réfuter ni diminuer l’importance des encycliques des papes, sur le travail, la famille, la justice et le droit, qui servent d’orientation à des milliers de nos concitoyens croyants, nous devons nous rendre à l’évidence que ce sont là des figures de pensée qui, dans des sociétés modernes et pluralistes, relèvent de types d’argumentation qui ne nous sont plus disponibles. Elles sont devenues par trop particulières pour répondre aux questions de justice dans nos sociétés. Dans cette particularité que nous appelons la « sphère de l’autonomie privée de l’individu », elles ne servent désormais plus qu’à donner une forme à la vie bonne nécessairement trop personnelle pour prétendre à une validité publique : aux questions relatives au juste.

Ne nous reste alors que la longue liste des figures modernes de la fondation du droit, figures dites rationnelles. Avec la disparition du concept de nature et sa réclusion dans les trois camps de la pensée religieuse, esthético-écologique et des sciences naturelles, seule la raison semblait constituer le dernier refuge à la pensée du droit et de la justice en quête de fondation. Aussi bien Hobbes, Locke, Rousseau et Kant, d’un côté, Grotius, Pufendorf et bien d’autres ont proposé différents modèles, tous plus ou moins fondés en raison. Seulement, la raison aussi devait vite abdiquer devant la tâche qu’elle était censée accomplir, et ce, sous le feu nourri de ses critiques. Cette tâche, répétons-le, consistait en la prétention d’énoncer les critères du droit légitime, les critères de la justice. Qui plus est, le triomphe de la raison à l’époque moderne coïncidait avec la signature de la mort de ses prétentions auxquelles était opposée l’histoire ou l’autre de la raison : le cœur ou la sensibilité romantique³.

Il sera très facile de reconnaître ici les contradictions qui ont traversé le siècle des Lumières opposant les partisans de la raison à ceux de l’histoire et aux romantiques politiques. Si, pour les écoles historiques, droit et traditions ancestrales ou histoires des formations politiques déterminaient le juste et que, en dehors de l’histoire, des traditions et des coutumes il n’y a point de légitimité, donc point de critère du juste, pour les romantiques, dont les thèses coïncideront partiellement avec celles des communautariens et des républicains américains contemporains, la société devait être conçue sur le modèle d’une communauté dont le droit exprimerait l’identité. Identité culturelle, valeurs et narration devraient s’unir pour exprimer le droit. L’État juste est la communauté qui nous rend attentifs à ce que nous

3. Lire A. RENAUT, « Lumières et romantisme » dans A. RENAUT (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, t. III, Paris, Calmann-Lévy, 1999.

sommes, à notre identité, à notre langue, bref à notre culture dont la législation n'aurait qu'à nous rappeler continuellement les grands moments fondateurs. La justice n'est rien d'autre que l'ordre qui peut servir de tels projets. Le droit doit se modeler sur l'histoire de la communauté et servir à la protection de l'identité de la communauté politique, désormais réduite quasiment à un modèle familial, la raison devant abandonner tous ses droits⁴. Alors, que reste-t-il pour une résolution des conflits acceptable et juste pour tous, puisque, au-delà de l'identité, le droit doit pouvoir stabiliser nos attentes et trancher nos conflits ? Comment, avec un tel discours culturaliste à outrance, assurer l'intégration de nos sociétés modernes ? Que retenir de ces conceptions pour la question que nous traitons, à savoir : le droit a-t-il conduit à plus de justice, si nous tenons compte de ces modèles historicistes ?

Or, nous le savons bien aujourd'hui, surtout depuis les discussions qui opposèrent les révolutionnaires français à leurs ennemis, que notre histoire ne peut être notre code et que le droit ne saurait se contenter, du moins dans l'intention, de veiller à l'identité culturelle de la communauté que nous formons. La nature pluraliste de cette communauté et même les principes sur lesquels elle se fonde, surtout ceux de nos sociétés démocratiques, l'interdisent⁵. Resurgit alors l'exigence de repenser à nouveaux frais les figures de la raison et de nous demander si — et dans quelle mesure — elles peuvent survivre aux critiques.

Certes, avec les modernes, le droit naturel est devenu le droit rationnel. Toutefois, reformuler un problème n'est pas en trouver la solution. Et, en l'occurrence, dans un monde qui, sous la poussée des sciences et de la technique se désenchantait, la vieille distinction, que faisait déjà Augustin dans son ouvrage séminial *De Civitate Dei* entre la *Cité terrestre* avec un droit humain temporel et la *Cité de Dieu* dont les lois seraient plus parfaites, refait surface à la Réforme avec Luther sous la forme de la doctrine des deux épées, symbolisant l'ordre divin juste et l'ordre terrestre nécessairement imparfait, réapparaissant subitement et de façon plus radicale. Nous avions, surtout dans les années traumatisantes d'après la Seconde Guerre mondiale, d'un côté, les théories positivistes du droit et, de l'autre, les

-
4. Lire A. RENAUT et L.K. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 305-335. Également A.W. REHBERG, *Recherches sur la Révolution française*, traduction par L.K. Sosoe, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1998 : voir notre introduction et la préface d'A. Renaut.
 5. Lire à ce sujet : J. HABERMAS, « La lutte pour la reconnaissance de l'État de droit démocratique » dans J. HABERMAS, *L'intégration républicaine*, traduction par R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 205-256.

théories jusnaturalistes. Seulement, si ces termes sont aussi vieux que la pensée philosophique du droit, leur réapparition qui a débuté au XVIII^e et au XIX^e siècles, pour se radicaliser après la Seconde Guerre mondiale, était due à une division scientifique du travail de la pensée du droit, notamment à l'autonomie des sciences sociales à l'égard de la philosophie. Le droit des juristes et celui qui est étudié par les sciences sociales n'avait plus rien à dire sur le droit des philosophes. À la séparation des deux perspectives d'étude du droit correspondaient également deux perspectives sur la justice, avec, dans chaque camp, différentes propositions de ce qu'est le droit, de ce qu'il doit être ou non, c'est-à-dire de sa légitimité⁶.

Dans la perspective des sciences sociales, c'est à Max Weber que revient le mérite d'avoir mis en évidence le fait que les formations politiques des sociétés modernes fondent leur légitimité sur la croyance en la légalité de l'exercice du pouvoir. La domination des lois acquiert notamment, sa rationalité du fait que la croyance en la légalité de l'ordre établi et en la compétence de ceux qui sont appelés à exercer le pouvoir comporte une autre qualité que la croyance à la tradition et au charisme. C'est la rationalité inhérente à la forme du droit lui-même qui accorde sa légitimité aux formes de domination légalement exercées. Max Weber ouvre ainsi la voie à une définition du droit que n'a pas pu évacuer même le retour des débats sur le droit naturel après la Seconde Guerre mondiale, en Europe et surtout dans les pays de langue allemande. D'après cette perspective, le droit est précisément ce que le législateur (qu'il soit démocrate ou non) pose comme droit selon des actes de procédure légalement institutionnalisées. Le droit ne tire plus sa légitimité de la morale. Ainsi autonomisé, le droit moderne se légitime sur la base de ses propres caractéristiques formelles. La perspective de la légitimité, ou, pour le dire autrement, la perspective de la justice, est définie par le droit lui-même⁷. Des années après la formulation radicale de Kelsen qui définissait le droit comme la volonté du législateur sans égard au contenu, Niklas Luhmann sera plus explicite : ce qui est juste, le droit le fixe par sa propre programmation. Si désormais chaque discipline a son propre code, vouloir soumettre le droit au code de la science ou de la morale, ou à toute autre réévaluation, c'est le travestir. C'est pourquoi il n'y a pas de problème de légitimité du droit que le droit ne peut résoudre⁸. La question d'un droit juste se déplace ainsi vers celle

-
6. Lire à ce sujet « Qu'est-ce que le droit » (1952) 26 *Archives de philosophie du droit*, et surtout H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
 7. J. HABERMAS « Legitimität der reinen Legalität » dans *Faktizität und Geltung*, Francfort/M. (Suhrkamp), 1992, p. 400 et suiv.
 8. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort/M. (Suhrkamp), 1985, p. 192 et suiv.

d'un droit approprié et fonctionnellement apte à répondre aux exigences très diverses et changeantes d'une société moderne, complexe et pluraliste. Ce pourquoi la « positivisation » du droit, le droit positif moderne, est une conquête historique remarquable d'un droit qui doit se programmer pour mieux réagir aux problèmes d'une société complexe.

Le système juridique a désormais son propre programme. En un mot, Dieu, la tradition, la raison tels qu'ils étaient conçus au XVIII^e siècle cesseront d'être des références dans les sociétés modernes pluralistes. Le vide qu'ils laissent sera comblé par le droit lui-même sous la forme des droits fondamentaux ou des chartes des droits et des libertés qui représentent les figures positivées des droits de la personne et des normes jadis considérées comme suprapositives. Le droit moderne assure ainsi sa clôture et ne se réfère qu'à ses propres exigences fonctionnelles. Le rôle des tribunaux s'en trouve considérablement accru.

Ni transcendance, ni histoire, encore moins pur arbitraire, puisque les programmes du droit exigent aussi une cohérence interne, tel est le contexte qui, comme le soulignait de façon polémique le philosophe américain Alasdair MacIntyre, a fait des juristes, toutes catégories confondues, les nouveaux clercs des sociétés libérales démocratiques ; inutile de souligner que c'est dans le même contexte que vient s'inscrire notre question du rapport du droit au progrès de la justice où les acteurs désormais libérés de toutes traditions peuvent désormais agir stratégiquement pour défendre leurs intérêts.

Seulement, l'autonomie du droit qui s'autoprogramme, désormais allégé de toutes références métaphysico-religieuses ou substantialistes, ne fait que commencer sa carrière, son aventure et elle soulève d'embrée trois types de problèmes.

Le premier type de problème a trait aux rôles des tribunaux et surtout à l'interprétation des lois, puisque, une fois posée par le législateur, la loi doit être interprétée. À la difficulté de dire ce qu'est le droit qui conduit à la justice s'ajoutent ainsi, non seulement celle des théories de l'interprétation du droit susceptibles de correspondre au point de vue de la justice mais encore celle de la justesse de l'interprétation elle-même⁹.

9. Sur les théories de l'interprétation, lire : A. PIEPER « La question de l'application des normes morales », dans L.K. SOSOE (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Montréal/Paris, L'Harmattan, 1998, ainsi que B. MELKEVIK, « Discours d'application des normes en droit : méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit », dans L.K. SOSOE (dir.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Montréal/Paris, L'Harmattan, 1998, p. 73-90.

Le deuxième type de problème est de renégocier la nature ou l'essence même du droit. Alors que, parmi les philosophes, s'essouffle la vieille querelle entre positivistes et jusnaturalistes, d'autres tendances en matière de théorie juridique en reprennent quelques aspects et proposent diverses définitions du droit.

Le troisième type de problème, le plus redoutable, concerne la dogmatique de l'interprétation des droits fondamentaux, c'est-à-dire des chartes, des principes généraux des constitutions, sous le ciel très dégagé de critères universels et sous la gigantesque poussée des revendications des droits et des libertés individuels et même collectifs et des droits de groupes des communautés culturelles ou autres, surtout dans des États où la tradition politique s'est toujours voulue républicaine. Il ne s'agit plus de savoir ce qu'est le droit mais de déterminer la nature des droits dits fondamentaux.

Concernant le premier point, les différentes théories juridiques ne nous rendent pas aisée la tâche de répondre à la question du présent forum. Pour les uns, par exemple les *Critical Legal Studies*, le droit est pure indétermination. Ses réponses ne sont rien d'autre que le « produit du résultat contingent des luttes de pouvoir, des accidents historiques et des conflits idéologiques¹⁰ ». Pour les autres, telle la jurisprudence dite féministe, le droit n'est que le produit d'une culture masculine et le sujet du droit rien d'autre que la culture du sujet masculin, chrétien et blanc de la raison qui, dans sa domination du monde, a écarté tout ce qui ne lui ressemblait pas¹¹. L'École de Chicago, plus particulièrement Posner, donnera sa version ou définition du droit : le droit ne se comprend véritablement que dans le sens d'une analyse économique. Seule une analyse quantitative nous fait véritablement saisir ce qu'est le droit. Non seulement une théorie économique nous fait saisir la nature du droit, mais elle aide à prévoir le comportement des gens dans un ordre légal. C'est pourquoi tout droit doit viser l'efficacité dans le sens économique. Bref, comme l'exprime Posner : « *le but dominant du système juridique doit être économique, c'est-à-dire qu'il doit maximiser la richesse, car la richesse n'est rien d'autre que l'équivalent en dollars de toute chose dans la société.* Son étalon est ce que les gens sont prêts à payer pour quelque chose et lorsqu'ils possèdent déjà cette chose,

10. R.A. BELLIOCCI, *Justifying Law*, Temple University, p. 162.

11. S. BENHABIB, *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, New York, Routledge, 1992. Sur la critique contemporaine du droit moderne et de la démocratie, lire notre contribution : « Les déconstructions féministes de la démocratie.

combien ils sont prêts à exiger pour [le] céder¹². » Les juges devraient appliquer aux justiciables le modèle du sujet rationnel qui cherche à maximiser ses intérêts sur le marché.

À toutes ces doctrines qui ne sont nullement marginales, nous pouvons ajouter, notamment, deux autres types de doctrines du droit : *a)* celles qui définissent le droit par rapport à la fonction du juge sur le plan social, par exemple la théorie juridique de Dworkin qui soutient que, quelle que soit son orientation idéologique, le juge parvient toujours à une seule réponse juste découlant d'une reconstruction rationnelle du droit (théorie qui idéalise le droit, mais qui en dernière analyse se fonde sur ce qu'il convient d'appeler en théorie de la connaissance un « réalisme métaphysique ») ; *b)* celles qui, à l'instar de la jurisprudence de l'intérêt ou de l'école libre du droit, proposent que, devant l'indétermination du droit, les juges doivent dans leur jugement tenir compte de l'intérêt social global. Si le droit est ce qu'énonce l'ensemble de ces théories, il est difficile de voir ce que peut être la justice, puisque, en définitive, elle est intimement liée au droit. Si la légitimité est fonction de la légalité et des conditions qui sont telles que des sujets humains acceptent ce que dit la loi comme prémisses de leur comportement, il nous est impossible de répondre à la question du présent forum dans la mesure où chaque théorie nous propose une autre conception de ce que le droit, en tant que concept, englobe.

4 Les droits de la personne, les droits fondamentaux et la justice

Devant cet aveu de l'impossibilité de répondre à la question, nous pourrions parvenir à la conclusion qu'une référence aux droits de la personne et aux droits fondamentaux représenterait une amorce de réponse dans la mesure où ces droits constituent des acquis d'une évolution plutôt positive du droit. Ainsi y aurait-il un net progrès du droit et donc de la justice par-delà toutes les questions théoriques juridiques et philosophiques qui compliquent la situation et enlèvent toute possibilité pratique pragmatique de trouver une réponse positive à notre interrogation. Ce qui sur le plan des théories n'a pas de réponse en aurait sur le plan pratique.

Seulement, les doctrines des droits fondamentaux et les théories de la démocratie sont loin de nous offrir le paysage harmonieux et consensuel

12. R.A. POSNER, « Utilitarianism, Economics and Legal Theories », (1979) 8 *The Journal of Legal Studies* 103, 119 ; l'italique est de nous. Lire du même auteur « The Economics Approach to Law », (1975) 53 *Texas Law Review* 757, repris dans P. SHUMAN (dir.), *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Boston, P. Shuman éditeur, 1979, p. 855-857, et dans *Economics Analysis of Law*, Boston/Toronto, Little, Brown and Company, 1972.

sur les questions concernant le droit et la justice. C'est ce que soulignent par ailleurs les théories qui récusent l'universalité des droits de la personne et des droits fondamentaux, celles qui y voient un nouvel impérialisme culturel ou qui les interprètent comme des réquisits fonctionnels, donc des éléments ayant des équivalents fonctionnels.

Loin d'être des valeurs, les droits de la personne tout comme les droits fondamentaux ne sont, par exemple pour le juriste et sociologue Niklas Luhmann, que des réquisits fonctionnels dont toute société hautement différenciée a besoin. En tant que tels, ils perdent le contenu normatif que leur accordaient les théories classiques de la philosophie politique et juridique. Ainsi, la doctrine classique des droits de la personne et des droits fondamentaux se serait fourvoyée. Elle n'aurait pas compris que la dignité humaine n'était qu'une condition de l'autoprésentation exigée par une société complexe et que la liberté n'est qu'une condition permettant à l'individu d'adopter les rôles multiples, familiaux, professionnels, politiques et autres dont a besoin une société hautement différenciée. De plus, d'après cette perspective, ladite séparation des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif, que nous interprétons comme une grande conquête des sociétés démocratiques, n'obéirait qu'à cette logique : entendre que, pour son fonctionnement, une société devenue hautement complexe a besoin de structures spécialisées.

C'est dans le contexte de cette interprétation fonctionnaliste des droits de la personne et des droits fondamentaux que Luhmann posera la question de la légitimation. Si la justice équivaut aux conditions d'acceptabilité du droit positif, alors savoir ce qui est juste, c'est étudier les procédures par lesquelles les individus acceptent l'ordre que leur impose le système juridique.

Thèse radicale dont il ne nous est pas possible dans ce contexte d'offrir un développement convenable, mais que Luhmann applique rigoureusement au problème du droit et de la justice.

En effet, dans *Legitimation durch Verfahren*¹³, Luhmann veut soumettre à la critique les concepts modernes classiques de procédure et de légitimation et montrer en quoi ils ne sont qu'illusion. Si une procédure est, avant tout, un système social d'un genre particulier, c'est-à-dire un réseau de sens propre conçu comme l'adoption de décisions contraignantes au sein de la structure personnelle de décision, la question relative à toute légitimation n'est donc plus : « Quels sont les critères normatifs auxquels doit

13. N. LUHMANN, *La légitimation de la procédure*, traduction par L.K. Sosoe, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2000 (ci-après cité : « LP »).

satisfaire un système légal qui se veut juste. » Elle concerne avant tout les processus par lesquels les individus en arrivent à accepter des décisions contraignantes assurant ainsi la possibilité de l'ordre social.

Loin de se présenter comme une théorie de la procédure judiciaire, l'ouvrage intitulé : *La légitimation par la procédure* étudie trois types différents de procédure qui, d'après Luhmann, ont acquis une signification structurelle particulière au sein du système politique actuel, c'est-à-dire des systèmes politiques des démocraties actuelles, et touchent directement aux droits fondamentaux. Il s'agit de la procédure électorale, de la procédure de législation parlementaire et du processus judiciaire (*LP*, 5).

Certes, la démocratie comme système politique peut bien avoir une relation avec le problème de la légitimité, mais ce lien demeure contingent ; car qui dit légitimité, dit, pour Luhmann, *légitimité de la pure légalité*. Or, cette dernière ne désigne pas, comme dans les théories normatives de la légitimation, « la vérité reconnue des prétentions à la validité, mais des processus d'apprentissage coordonnés, qui sont tels que les destinataires d'une décision apprennent à avoir des attentes sur la base de décisions normatives contraignantes parce que les décisions elles-mêmes peuvent apprendre¹⁴ ».

Quitte à revenir plus en détail sur notre question initiale, nous voyons déjà en quoi, quelle qu'en soit la conception, un progrès du droit s'éloigne d'une perspective de la justice définie de l'extérieur. Cette dernière ne pouvant être que fonction du système juridique lui-même, parler d'un progrès vers plus de justice reviendrait à se demander si le système juridique a bien fonctionné d'après ses propres critères qui, d'une certaine façon, sont dès lors purement contingents. Tout au plus serait-il question de la capacité d'un système juridique particulier à régler au mieux les problèmes dont il se saisit pour mieux stabiliser l'horizon d'attente des sociétaires. Quant à leur contenu normatif, ces attentes demeurent elles aussi purement contingentes et dépendent des types de sociétés.

Luhmann prend soin de donner une formulation de ce qu'il appelle la « théorie classique de la procédure » qui, selon lui, est fondée sur la recherche d'une vérité pratique.

Les théories classiques de la procédure trouveraient ici leur véritable finalité. En un mot, il s'agirait de parvenir à la vérité pratique, au sens d'une justice, que la raison pratique doit découvrir et même fonder. Or, et c'est bien là la thèse de Luhmann, non seulement cet idéal est dépassé, mais il

14. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, t. 2, Francfort/M. Rowohlt, 1972, p. 261 et suiv.

est, devant la complexité des sociétés actuelles, irréalisable. Par où la modernité fait encore preuve de naïveté et se berce de l'illusion de vérité pratique, reprise de nos jours par les théories philosophiques juridiques et surtout les théories de la démocratie.

Qu'y a-t-il à découvrir alors en dessous de la procédure électorale des systèmes démocratiques quand leur examen se fait dans la perspective de la théorie des systèmes ?

« Le but officiel de l'élection, écrit Luhmann, c'est l'occupation des postes des instances politiques décisionnelles par des personnes particulièrement qualifiées, qui décideront correctement, c'est-à-dire selon la volonté du peuple, et qui, en ce sens, en seront les véritables représentants » (*LP*, 5). En un mot, la fin poursuivie par l'institution des élections, c'est la gestion de « la concurrence pour les postes, la liberté, l'universalité et l'égalité du vote » et « la spécification et la structuration préalable de la façon de communiquer les résultats » (*LP*, 5). Pour Luhmann, non seulement la « façon dont le but en question peut être ainsi atteint demeure obscure [...] mais encore une telle fin est inatteignable » (*LP*, 5). Sans contester la fin, louable en soi, il semble difficile, voire impossible, de penser que les femmes ou hommes politiques recrutés sont les plus qualifiés pour gouverner. Il en est également de même de l'idée de la volonté du peuple ou de la volonté générale. Comment une telle volonté du peuple peut-elle s'exprimer par la procédure électorale et satisfaire le but officiel puisqu'elle présuppose des électeurs « parfaitement informés et décident de façon rationnelle » ? De telles conditions ne pourraient se réaliser, c'est-à-dire s'intégrer à la procédure, qu'en faisant éclater ou détruire cette dernière : « dans le cas de la volonté générale, cette procédure se transforme en une pure acclamation ; dans le cas de l'électeur rationnel, elle exclurait alors tous les électeurs qui ne satisfont pas aux conditions préalables d'une information complète et de la capacité de décider rationnellement » (*LP*, 6), c'est-à-dire que, dans des sociétés aussi complexes que les nôtres, nous serions presque tous rayés de la liste des électeurs, puisque, de toute évidence, il nous est impossible de disposer de toutes les données sur tous les problèmes qu'un État moderne doit affronter. Pourtant, nous sommes consultés.

Dans quelle mesure, une telle théorie de la procédure démocratique peut-elle nous aider à trouver une réponse à la question du progrès du droit conduisant à une plus grande justice ?

L'analyse sociologique met ainsi en évidence les fonctions latentes de la procédure législative. Surtout, elle s'attache à démontrer que cette institution aussi appréciée et aussi fondamentale pour la démocratie et que nous associons le plus souvent à un ordre social juste ne se serait « conservée

que pour des raisons muséologiques » (*LP*, 7, 130) qui voient des valeurs dans les principes d'universalité, de liberté et d'égalité. Or, d'après l'analyse systémique, « l'idée d'égalité qui soutient ces principes, n'exprime [...] pas une réalité de la « nature » (tous les humains sont égaux) ni une valeur proposée qu'il s'agirait de réaliser (tous les humains doivent être traités également), mais un principe d'indifférence et de spécification des fondements : toutes les différences peuvent et doivent être ignorées à l'exception de celles qui, dans une relation spécifique à une fonction, peuvent être justifiées comme étant sensées » (*LP*, 133).

Si les actes de procédure législative ainsi que leur analyse ne permettent pas de répondre positivement à la question, la tendance pourrait être de supposer que la complexité de la politique moderne en est la cause et que les citoyens qui recourent au système judiciaire pour demander justice attendent effectivement qu'elle leur sera rendue. Pour l'analyse systémique de Luhmann, il n'en est rien.

Bien qu'elles soient mieux programmées et que, généralement, les décisions soient mieux acceptées par les personnes visées, les procédures judiciaires, pour Luhmann, ont d'autres fonctions que de rendre justice. Ici également Luhmann se fait très rassurant : la fonction de la procédure judiciaire « est par conséquent la spécification de l'insatisfaction et la dissémination et l'absorption des protestations. Le moteur de la procédure est cependant l'incertitude quant à l'issue » ; et, en tant que telle, elle est le facteur proprement légitimant et non les valeurs, comme le pensent les théories classiques (*LP*, 96 et suiv.).

Autrement dit, la justice n'est qu'une formule contingente qui renvoie à la consistance interne du système juridique et les droits fondamentaux, une institution de spécification de mécanismes spécialisés nécessaires à l'organisation d'une société complexe. Dire qu'une loi est juste, c'est se référer à un processus d'autodescription correcte et cohérente du système juridique, autodescription dont l'issue est chaque fois contingente.

Si nous acceptons les thèses luhmanniennes exposées plus haut, la réponse à notre question doit nous paraître ici évidente. Bien entendu, il ne s'agit que d'une perspective. Il en existe nombre d'autres tout aussi connues qui offrent des tentatives de réponse diverses. Il n'est pas inutile, en ce sens, d'interroger un autre auteur qui, outre qu'il nous ouvre une perspective différente, montre en même temps la complexité de notre question tout en s'opposant sur un bon nombre de points à la sombre image que Luhmann nous donne du droit dans nos cultures modernes et du rapport que ce dernier entretient avec la justice.

5 Jürgen Habermas : droit et justice

L'adversaire idéologique de Luhmann, Jürgen Habermas, adopte une tout autre perspective qui entend faire la synthèse entre le point de vue philosophique et le point de vue des sciences sociales, deux perspectives traditionnellement séparées qu'il convient à présent de réconcilier en vue de déterminer les conditions d'un droit juste ou légitime malgré la complexité de nos sociétés. Ainsi écrit-il à ce sujet :

Tiraillée entre factualité et validité, la théorie de la philosophie politique et juridique se divise en deux camps qui n'ont presque plus rien à se dire. La tension existant entre les approches normativistes, toujours menacées de perdre le contact avec la réalité sociale, et les approches objectivistes, qui font abstraction de tout aspect normatif, peut se comprendre comme un avertissement invitant à ne pas se cloîtrer dans le point de vue défini par une discipline du savoir, mais à rester ouvert à différents angles méthodologiques (celui du participant ou celui de l'observateur), à différentes finalités théoriques (celle de l'explicitation compréhensive et celle de l'analyse conceptuelle ou celle de la description et de l'explication empirique), à différentes perspectives de rôles (juge, homme politique, législateur, usager et citoyen)¹⁵.

En effet, d'après Habermas, « le discours philosophique sur la justice 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 (contre Luhmann ou les approches descriptives), 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 socio-logique qui risque d'être aveugle » (*DD*, 80).

La scission entre la vision sociologique et l'approche philosophique a même conduit à une division universitaire du travail entre la science juridique et la philosophie du droit, d'une part, qui se penche chacune à sa manière sur la dimension normative du droit, et, d'autre part, les sciences politiques qui étudient l'ordre démocratique comme s'il était séparable de l'État de droit. Or, poursuit Habermas, s'il est vrai qu'il existe un lien étroit entre État de droit et démocratie, chacun peut voir à quel point cette division du travail est artificielle et même négative ou périlleuse du point de vue de la légitimation.

La prise en considération des deux dimensions du droit s'avère indispensable, notamment parce que la philosophie politique et juridique

15. J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 20-21 (ci-après cité : « DD »).

classique a fait du droit une « clé médiatrice de tous les rapports sociaux » et les « figures de la pensée juridique semblaient suffisantes pour esquisser une théorie de la légitimation de la société bien ordonnée » (*DD*, 57). De même qu'il ne saurait être question d'accorder une place plus centrale au droit et à l'État au détriment d'autres institutions, ce que fait la perspective normative et philosophique de la justice, de même ne faut-il pas minimiser leur importance en procédant à une description extérieure et distante, comme le fait Luhmann sans la prise en considération de la perspective interne. Cette dernière nous fait découvrir l'autre face du droit : celle des acteurs eux-mêmes.

Fort de ce projet de synthèse qu'il entend opposer aux deux perspectives étroites philosophique et sociologique, Habermas définit le droit avant tout dans un sens juridique. Pour lui, le droit désigne d'abord « le droit moderne édicté qui prétend à la fois à une fondation systématique et à une interprétation et à une mise à exécution obligatoire. Le droit ne représente pas seulement [...] une forme de savoir culturel, mais constitue en même temps une composante importante 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'actions » (*DD*, 95).

En tant que système de savoir, l'expérience du juridique présente de multiples aspects auxquels il est possible d'accéder comme simple citoyen ou expert en doctrines juridiques, ce qui élargit considérablement la perspective méthodologique. Habermas pense ainsi pouvoir s'attaquer aux problèmes de la *justice* et de la *législation* : à la *politique délibérative — un concept procédural de démocratie*. Faute de temps, c'est par l'entremise de la notion de politique délibérative que nous essaierons de donner ici une réponse à notre question.

Partant de ce concept de droit, Habermas affirme qu'il existe une tension entre l'autonomie privée, matérialisée par les droits de la personne et les droits fondamentaux ou l'autorité des lois, d'un côté, et l'autonomie publique ou le principe de la souveraineté populaire, de l'autre. Le principe de l'autonomie publique ou de la souveraineté populaire se traduit par les droits de communication et de participation qui assurent au citoyen son autonomie publique. Le droit se conçoit dès lors légitimement comme un moyen de garantir équitablement l'autonomie privée et l'autonomie publique. Ces deux formes d'autonomie ont une origine commune. Alors que l'autonomie politique des citoyens doit s'incarner dans l'auto-organisation d'une communauté qui, par l'entremise de la volonté souveraine du peuple, se donne à elle-même ses lois, l'autonomie privée des citoyens doit se

concrétiser par des droits fondamentaux qui garantissent l'autorité anonyme des lois. Alors que, dans le système républicain, Rousseau priviliege l'autonomie ou la souveraineté populaire, le libéralisme à la Locke défend l'autonomie privée.

Armé du concept de théorie ou de politique délibérative, Habermas reproche à la conception libérale de se « dérouler exclusivement sous la forme d'une série de compromis conclus entre différents intérêts » (*DD*, 320). Ces compromis visent uniquement à organiser la société de sorte que chaque individu puisse poursuivre ses intérêts. L'État libéral à la Locke, par exemple, se réduit à la programmation d'une démocratie organisant un gouvernement dans l'intérêt de la société : « Le gouvernement est représenté comme l'appareil d'une administration publique et la société comme un réseau d'interactions entre des personnes privées, [le tout] structuré sous la forme d'un marché¹⁶. » Il s'ensuit donc une séparation appréciée entre l'appareil de l'État et la société où l'État règle le jeu des pouvoirs et des intérêts individuels. Dès lors, la politique ou la formation de la volonté politique a pour fonction de rassembler les intérêts privés et de les diriger contre les actions de l'État qui, s'appuyant sur l'appareil administratif, fait usage de son pouvoir pour organiser les buts collectifs (*NMD*, 21). Pour Habermas, une telle conception de l'État n'investit pas dans « une formation rationnelle de la volonté politique, mais dans un bilan satisfaisant de l'action étatique. L'orientation critique de l'argumentation libérale est dirigée contre le potentiel perturbateur d'un pouvoir étatique qui impose des entraves aux rapports sociaux spontanés entre particuliers » (*DD*, 322). Le succès des transactions entre les particuliers n'est envisageable que si l'État intervient le moins possible.

Cette prédominance de l'intérêt des particuliers revient à une instrumentalisation du politique dans la tradition libérale. Autrement dit, le pivot de « l'État libéral n'est pas l'autodétermination démocratique des citoyens rassemblés pour délibérer, mais l'imposition des normes de l'État de droit à une société fondée sur l'économie, censée assurer l'intérêt conçu comme étant essentiellement apolitique » (*DD*, 322).

Du coup, le statut des citoyens, dans la poursuite de leurs intérêts, de leur bonheur, est déterminé par une liberté négative opposable à l'État et à l'administration, et ce, aussi longtemps que ceux-ci poursuivent leurs activités dans le contexte des lois (*NMD*, 22). La seule fonction qui revient à la

16. J. HABERMAS, « Three Normative Models of Democracy », dans S. BENHABIB, *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 21 (ci-après cité : « NMD »).

formation de la volonté politique est de légitimer l'exercice du pouvoir politique sur la base de résultats électoraux, pouvoir qui assujettit le gouvernement à des mécanismes de contrôle et à rendre régulièrement compte (*DD*, 324)¹⁷. La souveraineté populaire s'épuise dès lors uniquement dans la gestion transparente de la somme des intérêts des particuliers en concurrence (*NMD*, 22). En un mot, et pour reprendre les expressions de Habermas, l'autodétermination individuelle demeure l'objectif principal que doit garantir l'autodétermination politique.

À l'antipode de ce modèle, nous trouvons le républicanisme, notamment celui de Rousseau. À suivre l'ordre de la présentation adoptée pour le libéralisme, il est possible de dire du républicanisme, toujours dans la perspective de la théorie communicationnelle de la politique, que « la formation de la volonté démocratique s'effectue sous la forme d'une entente éthico-politique portant sur l'identité collective au sein de la communauté [...] La délibération est censée pouvoir s'appuyer [...] sur un consensus culturel établi parmi les citoyens » (*DD*, 320). Ce qui contraste avec l'idéal libéral tentant de réunir sous un même chapeau tous les intérêts particuliers. Cela veut donc dire que, dès sa naissance, l'idée républicaine demande à être un acte de la fondation, ravivé à chaque élection, d'une communauté politique engagée dans une culture particulière et poursuivant un objectif commun. La politique perd de sa fonction purement médiatrice à laquelle la réduit le modèle libéral et est dès lors conçue « comme le médium par lequel les membres solidaires de communautés deviennent conscients de leur dépendance mutuelle » (*NMD*, 21) et, agissant dans la délibération comme citoyens à part entière, ils développent une relation de reconnaissance mutuelle d'individus égaux et libres sous l'empire de la même loi.

Voilà pourquoi par ailleurs l'idée républicaine a besoin, pour se déployer, d'un État-nation comme le lieu par excellence de la volonté commune du peuple uni et surtout le rôle de l'instruction publique pour le développement de la formation de cette volonté. Comme l'écrit Habermas, « selon la conception républicaine, la formation de l'opinion et [la formation] de la volonté politiques des citoyens sont le médium à travers lequel se constitue la société en tant que totalité politiquement structurée, la société est par nature politique *societas civilis* ; en effet, par la pratique d'autodétermination politique des citoyens, la communauté prend pour ainsi dire conscience d'elle-même et agit sur elle-même. La démocratie est auto-organisation politique » (*DD*, 321).

17. Il est bien évident qu'il ne s'agit pas de modèles comme ceux de Hobbes où, finalement, les prémisses libérales aboutissent à un État coiffé par un souverain qui n'a de comptes à rendre à personne, sauf à sa conscience ou à Dieu, ce qui revient au même.

Dans un modèle ainsi conçu, le statut du citoyen est nécessairement différent du celui du libéralisme. Il n'est pas caractérisé négativement, comme une sphère de non-ingérence de l'État ou des autres membres de la communauté, mais positivement en tant que droit à la participation politique, droit à la communication — dans une praxis politique commune. Formé par l'ensemble des citoyens, le gouvernement n'agit pas seulement sous l'œil vigilant de citoyens soucieux de protéger une sphère privée déjà constituée et de poursuivre dans ce cadre leurs intérêts, mais il fait partie de la communauté politique elle-même et n'en est nullement le sommet (*DD*, 324) ; car le peuple est le « sujet d'une souveraineté qui, par principe, ne peut pas être déléguée [...] dans sa qualité de souverain, le peuple ne saurait être représenté. Le pouvoir constituant se fonde dans la pratique d'autodétermination des citoyens, non dans celle de leurs représentants » (*DD*, 325). À la lumière d'une telle pensée, la question de la légitimité du pouvoir se déplace de la gestion des intérêts communs vers la mise en œuvre d'un programme politique et de sa concrétisation.

Il existe deux modèles théoriques politiques qui, d'après Habermas, pèchent soit par défaut, comme dans le libéralisme, soit par excès, comme dans le républicanisme. Dans l'un, la formation de la volonté politique se limite à une simple protection d'intérêts particuliers et la liberté du citoyen est caractérisée négativement. Dans l'autre, la société se transforme dans son entier et devient une communauté politique, une seule et même volonté constituée. Si dans le libéralisme nous pouvons déplorer jusqu'à l'absence de la politique elle-même, voire sa perte de sens, le républicanisme absorbe entièrement le sujet individuel et le réduit à son rôle de citoyen. La société se métamorphose en État où elle disparaît entièrement.

De telles conceptions de la législation peuvent-elles conduire au progrès de la justice ? Si oui, quelle idée de la justice ?

Contrairement à Luhmann, Habermas croit à la possibilité de la justice, d'une justice concrétisée par la double autonomie privée et publique et la théorie délibérative. Tout en tenant compte du droit comme institution existant factuellement, il ne renonce pas à la perspective de la justice. Est-ce à dire qu'avec Habermas nous avons la réponse à notre question ? Comment, à l'aide d'une théorie aussi abstraite, imaginer concrètement le progrès de la justice ? Peut-être faut-il se résoudre à reconnaître que même s'il ne paraît pas aisément de répondre à la question, la théorie de Habermas nous indique indirectement les limites de notre question. Peut-être qu'au fond aucune théorie n'est en mesure de nous donner la réponse que nous cherchons. Il semble que, telle que se pose la question, elle risque de demeurer sans réponse définitive. Peut-être est-il préférable de la laisser ainsi, ouverte, dans la mesure où toute réponse demeurera provisoire,

perspectiviste et ne constituerait jamais le dernier mot. Il est peut-être fort souhaitable, même loin de tout relativisme, que la question du droit et de la justice demeure toujours ouverte et que chaque société, chaque génération et chaque siècle lui apportent la réponse qui convient en s'interrogeant sans cesse sur la façon dont l'ordre juridique (la légalité) peut rejoindre au mieux les principes qui, d'après nous, ont — et doivent avoir — une valeur universelle (la justice) pour remplir les conditions d'acceptabilité de la part des citoyens souverains (la légitimité) dans leurs intérêts particuliers et unis dans un espace public et dans le respect de tous et chacun en vue de coordonner leurs plans d'action.