

SUR LE DROIT ET LA DÉMOCRATIE

Note pour un débat

Jürgen Habermas

Gallimard | *Le Débat*

1997/5 - n° 97

pages 42 à 47

ISSN 0246-2346

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-le-debat-1997-5-page-42.htm>

Pour citer cet article :

Habermas Jürgen, « Sur le droit et la démocratie » Note pour un débat,
Le Débat, 1997/5 n° 97, p. 42-47. DOI : 10.3917/deba.097.0042

Distribution électronique Cairn.info pour Gallimard.

© Gallimard. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Jürgen Habermas

Sur le droit et la démocratie

Note pour un débat

Ce qu'un auteur a véritablement dit dans et par un livre relève de l'interprétation. Un lecteur intelligent le saura presque toujours mieux que l'auteur lui-même. L'auteur sait seulement ce qu'il avait l'intention de dire. Avec *Droit et démocratie*, je pense avoir apporté des contributions spécifiques à six sujets¹ :

1. la forme et la fonction du droit moderne ;
2. le rapport entre le droit et la morale ;
3. le rapport entre les droits de l'homme et la souveraineté populaire ;
4. la fonction épistémique de la démocratie ;
5. le rôle central de la communication publique dans la démocratie de masse ;
6. le débat sur les paradigmes concurrents du droit.

1. Le premier sujet — la forme et la fonction du droit moderne — nous vient d'une controverse sociologique sur la fonction du droit moderne. La question est de savoir si le droit moderne est uniquement un moyen pour l'exer-

cice du pouvoir administratif ou politique, ou si le droit fonctionne encore comme un médium de l'intégration sociale. Sur ce point, je rejoins Émile Durkheim et Talcott Parson contre Max Weber : de nos jours, les normes juridiques sont ce qui reste du ciment effrité de la société ; si tous les autres mécanismes d'intégration sociale sont épuisés, le droit apporte encore quelques moyens de maintenir ensemble des sociétés complexes et centrifuges qui sans cela se désagrègeraient.

Le droit apparaît comme un substitut aux échecs des autres mécanismes d'intégration — les marchés et les administrations, ou les valeurs, les normes et les communications en vis-à-vis. Sa capacité d'intégration peut s'expliquer par le fait que les normes juridiques sont particulièrement fonctionnelles en raison d'une combinaison intéressante de propriétés for-

1. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.

melles : le droit moderne est converti en termes de droits subjectifs ; c'est un droit édicté ou positif comme d'exécution obligatoire ou coercitif. Et bien que le droit moderne n'exige de ses destinataires rien de plus qu'un comportement conforme aux normes, il doit toutefois satisfaire l'attente de légitimité en sorte qu'il permette au moins à ceux qui vont suivre les normes de le faire, s'ils le souhaitent, par respect pour la loi. On devine aisément les raisons pour lesquelles cette forme légale convient aux exigences des sociétés modernes :

— Le droit moderne est supposé garantir une égale distribution des *droits subjectifs* entre tous. De telles libertés fonctionnent comme une ceinture de sécurité pour la poursuite par chacun de ses propres préférences et orientations en fonction des valeurs ; par là même, il correspond à la structure de la prise de décision décentralisée (laquelle est particulièrement requise pour les sociétés de marché).

— Le droit moderne est *édicte* par un législateur politique et, par sa forme, il confère à des programmes flexibles et à leur implémentation une autorité qui oblige. Il correspond donc au mode particulier de fonctionnement de l'État administratif moderne.

— Le droit moderne est d'*exécution obligatoire* par la menace de sanctions étatiques et il garantit, au sens d'une obéissance ordinaire, la « légalité » du comportement. Il correspond donc à la situation de sociétés pluralistes où les normes juridiques ne sont plus enchâssées dans un *ethos* dominant partagé par l'ensemble de la population.

— Le droit moderne garantit, néanmoins, la stabilité des attentes de comportement à la seule condition que les gens puissent accepter des normes édictées ou exécutoires en même temps que des normes *légitimes* qui *méritent* la

reconnaissance intersubjective. Le droit correspond donc à une conscience morale post-traditionnelle de citoyens qui ne sont plus disposés à suivre des commandements, sauf pour de bonnes raisons.

2. Le deuxième sujet — le rapport entre le droit et la morale — nous vient de la controverse entre le positivisme juridique (*legal positivism*) et les théories du droit naturel sur la question de savoir comment expliquer la validité spécifique du droit. Les deux positions rencontrent des difficultés bien connues et complémentaires. En un mot : d'un côté, les positivistes conçoivent les normes juridiques comme des expressions de la volonté supérieure des autorités politiques, ayant valeur d'obligation. À l'instar des partisans du réalisme juridique (*legal realists*), qui traitent les normes juridiques comme de simples résultats de décisions de politique, les positivistes ne peuvent expliquer comment la légitimité peut sourdre de la simple légalité. Les deux parties refusent de reconnaître toute prétention à la légitimité plus forte que le type de validité juridique qui conduit à l'édiction formellement correcte et l'imposition efficace. De l'autre côté, les tenants des théories du droit naturel dérivent immédiatement la légitimité du droit positif d'une loi morale supérieure. Le droit positif représente ici le plus bas niveau d'une hiérarchie de lois, au sommet de laquelle trône la loi naturelle, qui est expliquée en termes métaphysiques ou religieux. Même si nous laissons de côté les problèmes du fondationalisme, une telle assimilation du droit à la morale occulte d'importantes différences qui existent entre l'un et l'autre. Tandis que les normes morales nous disent d'abord ce que nous *devons faire* et ce que nous *devons* à chacun, le droit moderne est au premier chef des-

tiné à distribuer des *libertés* individuelles — à déterminer des sphères privées au sein desquelles chacun est libre de faire ce que bon lui semble. Par ailleurs, les droits moraux dérivent des *devoirs* des autres envers nous, tandis que dans le droit les droits sont antérieurs aux devoirs, puisque les devoirs légaux résultent seulement des contraintes mutuelles de libertés également distribuées.

Ces insuffisances complémentaires nous conduisent à conclure que la légitimité du droit ne doit pas être assimilée à la validité morale, ni que le droit devrait être totalement séparé de la morale. On comprend mieux le droit si l'on y voit un *complément* fonctionnel à une morale faible post-traditionnelle qui, au-delà de l'institutionnalisation, est uniquement enracinée dans la conscience de la personne individuelle.

Du point de vue de l'observateur, le droit moderne peut ainsi compenser les incertitudes de la conscience morale qui fonctionne habituellement bien dans le seul contexte de contacts en vis-à-vis, alors que le droit coercitif a un impact qui va bien au-delà. Dans le même temps, le droit positif ne perd pas tout contenu moral, du moins aussi longtemps qu'il répond à la prétention à la légitimité.

3. Le troisième sujet — le rapport entre les droits de l'homme et la souveraineté populaire — nous vient d'une controverse durable sur la source de légitimité. Du fait de la positivité du droit, nous devons distinguer ici le rôle des *auteurs* qui font (et appliquent) le droit de celui des *destinataires* qui sont les sujets du droit établi. L'autonomie de la personne, qui pour ainsi dire, dans le domaine moral, est tout d'une pièce, apparaît dans le domaine du droit sous la seule forme duale d'une autonomie privée et publique. Ces deux éléments — les libertés du

sujet du droit privé et l'autonomie politique des citoyens — doivent être médiés de manière qu'aucune forme de l'autonomie ne soit entravée par l'autre. Cela revient à dire que les personnes juridiques peuvent être autonomes dans la seule mesure où elles peuvent se comprendre elles-mêmes, dans l'exercice de leurs droits civiques, comme les auteurs précisément de ces normes auxquelles elles sont supposées obéir comme destinataires. Toutefois, cette intuition n'a jamais été expliquée de manière réellement convaincante dans la Théorie politique.

La tradition républicaine, qui remonte à Aristote et à l'humanisme politique de la Renaissance, a toujours donné à l'autonomie publique des citoyens la priorité sur les libertés prépolitiques des personnes privées. Le libéralisme, pour sa part, a toujours invoqué le danger de majorités tyranniques et postulé la priorité de l'État de droit comme étant garantie par des libertés négatives. Les droits de l'homme sont supposés dresser des barrières légitimes qui empêchent la volonté souveraine du peuple d'empiéter sur les sphères inviolables de la liberté individuelle. Mais ces deux conceptions sont unilatérales. L'État de droit, exprimé dans l'idée de droits de l'homme, ne doit ni être purement imposé au législateur souverain comme une barrière extérieure, ni être instrumentalisé comme un réquisit fonctionnel du processus démocratique. Afin d'articuler correctement cette intuition, il nous faut regarder le processus démocratique du point de vue de la théorie de la discussion.

Je ne puis ici résumer l'argument complexe de l'interdépendance des droits de l'homme et de la souveraineté populaire. Je me permettrai deux remarques. La première suggestion est qu'il faut concevoir les droits de l'homme comme ce qui est nécessaire à l'institutionnali-

sation juridique du processus démocratique d'auto-législation. Toutefois, de prime abord, cela est uniquement plausible pour ces droits civiques — le droit de communication et le droit de participation — qui donnent aux citoyens le pouvoir d'exercer leur autonomie politique. La suggestion est moins plausible pour les droits de l'homme classiques qui garantissent l'autonomie privée des citoyens. Aussi est-il en outre suggéré d'analyser la grammaire même du langage du droit que les citoyens doivent parler quand ils désirent agir *en tant* que citoyens. En d'autres termes, le code du droit en soi doit être disponible aussitôt que nous désirons institutionnaliser juridiquement un processus démocratique. Nous savons cependant, grâce à l'analyse de la forme du droit, que nous ne pouvons établir d'ordre légal d'aucune sorte sans créer des représentants pour les personnes légales qui sont les porteurs des droits individuels — de quelque droit qu'il s'agisse. Et assurer un droit subjectif revient à fournir une garantie pour l'autonomie privée. Tel est donc le nœud de l'argument : sans les droits de base qui garantissent l'autonomie privée des citoyens, il n'y aurait également aucun médium pour l'institutionnalisation juridique des conditions dans lesquelles ces citoyens pourraient faire usage de leur autonomie publique. L'autonomie privée et l'autonomie publique se présupposent donc mutuellement en sorte que ni les droits de l'homme ni la souveraineté populaire ne peuvent réclamer la primauté sur l'autre.

4. Le quatrième sujet — la fonction épistémique de la démocratie — nous vient de la question de savoir pourquoi nous devons espérer que la légitimité du droit émerge du processus démocratique. L'approche de la théorie de la discussion explique la force génératrice de

légitimité qu'a ce processus grâce à une procédure démocratique qui fonde la présomption de l'acceptabilité rationnelle des résultats. Les normes doivent leur légitimité à un type de reconnaissance fondé sur l'accord motivé rationnellement. Cette supposition est formulée dans les termes du principe de discussion : « 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 rationnelles². » La tradition contractualiste jusqu'à Rousseau et Kant s'est également référée à la « raison » comme fondement post-métaphysique de l'ordre juridique et de l'ordre politique. Cette conception mentaliste de la raison est de nos jours transcrite, toutefois, en termes pragmatistes et épelée en termes de pratiques qui donnent des raisons ou comme des conditions de la délibération. La discussion rationnelle est supposée être publique et inclusive, accorder des droits de communication égaux aux participants, requérir sincérité et interdire toute sorte de force autre que la faible force du meilleur argument. Cette structure de communication est supposée créer un espace délibératif pour la mobilisation des meilleures contributions disponibles sur les sujets les plus pertinents.

« Délibération » est ici entendu au sens large et recouvre un large éventail de raisons. Selon les raisons empiriques, techniques, prudentielles, éthiques, morales ou juridiques, nous distinguons différents types de discussions rationnelles et de formes correspondantes de communication. L'acceptabilité rationnelle des normes juridiques ne dépend pas prioritaire-

2. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 123 (N.d.T.).

ment de considérations morales, mais d'autres types de délibération comme de processus de négociation équitables. Les compromis sont, après tout, le cœur du politique. Quoi qu'il en soit, la notion de délibération va frayer la voie d'une conception de la légitimation en termes de processus. La légitimation dépend d'une institutionnalisation juridique appropriée de ces formes de discussion et de négociation équitable qui fonde le présupposé de l'acceptabilité rationnelle des résultats. La politique délibérative est, par là même, rattachée à une notion complexe de légitimité procédurale. Il y a trois types de procédures mêlées dans le processus démocratique : d'abord, les procédures purement cognitives de la délibération, des formes variées de la délibération ; puis, il y a les procédures de décision qui lient les décisions aux délibérations antérieures (ordinairement, la loi de la majorité) ; enfin, il y a les procédures juridiques qui spécifient et régulent avec force d'obligation les aspects matériel, social et temporel des processus de formation de l'opinion et de la volonté.

5. Le cinquième sujet — le rôle central de la communication publique — est une conséquence évidente de l'approche proposée par la théorie de la discussion. D'un point de vue normatif, les aspects structuraux de la communication politique sont plus importants que les propriétés individuelles, telles que la capacité de faire un choix rationnel ou les bonnes intentions. La communication publique doit être inclusive et sélective en même temps ; elle doit être conduite de telle sorte que des sujets pertinents émergent, des contributions intéressantes et des informations fiables apparaissent, de bons arguments ou des compromis équitables en résultent. Cette vue est suffisamment abs-

traite pour combler le fossé entre l'idée normative de l'auto-législation et les faits des sociétés complexes.

En vertu de l'approche proposée par la théorie de la discussion, nous pouvons désormais déconnecter l'idée de souveraineté populaire de ce qui la porte traditionnellement, « le peuple », notion trop concrète dans les circonstances présentes. Au niveau normatif, une autre conception prend la place de la souveraineté du peuple : la liberté de communication des citoyens, supposée conduire à l'usage public de la raison. Des acteurs collectifs de la société civile qui sont suffisamment autonomes et une sphère publique qui est suffisamment sensible et inclusive peuvent tous deux percevoir des problèmes pertinents à l'échelle de toute la société, les transcrire en termes de questions publiques et donc engendrer, à travers divers réseaux, l'« influence » de l'opinion publique. Mais une telle « influence » n'est transformée en « pouvoir » que par l'interaction de cette communication publique informelle et diffuse avec les processus formellement organisés de formation de l'opinion et de la volonté, d'abord incarnés dans le complexe parlementaire et judiciaire. Le « pouvoir communicationnel » est produit selon les procédures démocratiques des corps délibératifs, puis il est transformé, *via* des programmes législatifs et des décisions de cours, en un « pouvoir administratif », disponible à fin d'implémentation. Cela est encore, bien évidemment, l'image officielle dont s'écarte grandement le réel circuit du pouvoir. Mais c'est une image qui permet de lier l'auto-compréhension normative de la démocratie constitutionnelle à ses pratiques réelles.

6. Le dernier sujet — l'introduction d'un nouveau paradigme procédural du droit — nous

vient de la compétition sans espoir entre les deux paradigmes reçus du droit : le *paradigme libéral* et le paradigme de l'État-providence. Le *paradigme libéral* repose sur une société économique laissée à l'œuvre spontanée du marché et institutionnalisée à travers le droit privé, et d'abord à travers les droits de la propriété et la liberté de contracter. Si, toutefois, la libre capacité des personnes privées à posséder ou acquérir la propriété est supposée garantir la justice sociale, alors des opportunités égales doivent pouvoir rendre effectif l'usage de pouvoirs juridiques également distribués. Mais les sociétés capitalistes ne répondent pas à cette condition. En sorte que les tenants du *paradigme de l'État-providence* arguent pour la compensation des inégalités croissantes dans le pouvoir économique, la propriété, les revenus et les conditions de vie. Le droit privé doit être substantiellement spécifié et les droits sociaux introduits. Dans le même temps, les effets involontaires du paternalisme de l'État-providence marquent les limites de cette alternative. Il apparaît que tout le débat est trop étroitement centré sur l'autonomie privée, tandis que le rapport interne entre l'autonomie *privée* et l'autonomie *publique* échappe au débat. Entre les deux paradigmes reçus, le seul sujet de controverse est de savoir si l'autonomie privée est mieux garantie directement par les libertés négatives ou si l'émergence de l'autonomie privée doit être assurée par la garantie des droits à des prestations sociales.

La sortie de cette impasse est indiquée par un autre paradigme, le paradigme procédural, qui ne se centre ni sur le compétiteur privé sur les marchés ni sur l'usager privé des bureaucraties de l'État-providence, mais sur le citoyen qui

participe à la formation de l'opinion et de la volonté. Car des sujets de droit privé ne peuvent jouir de libertés égales si eux-mêmes en commun n'exercent pas à l'avance leur autonomie civique afin de spécifier quels intérêts et quels critères d'évaluation sont justifiés pour déterminer un traitement égal pour ce qui est semblable et inégal pour ce qui est différent. Des citoyens ne peuvent parvenir à des régulations équitables pour leur statut privé qu'à la condition de faire un usage approprié de leurs droits politiques dans le domaine public. Ils doivent vouloir participer à la lutte pour définir ce qui est public, pour interpréter et évaluer leurs propres besoins, avant que législateurs et juges puissent même savoir ce que cela signifie dans chaque cas de traiter également ce qui est semblable. Dans des sociétés hautement différenciées avec une diversité sans transparence d'intérêts, c'est une exigence épistémique de l'égalité distribution des libertés pour chacun que les citoyens affectés ou concernés au premier chef défendent eux-mêmes leurs revendications dans le débat public, articulent et justifient les aspects qui relèvent d'un traitement égal dans des situations typiques. En un mot, l'autonomie privée de citoyens dotés de droits égaux à prestations sociales ne peut être assurée que pour autant que les citoyens exercent activement leur autonomie civique³.

Jürgen Habermas.

Traduit de l'anglais par Éric Vigne.

3. Le traducteur remercie Rainer Rochlitz pour ses suggestions.