

Repenser le libéralisme (*)

AU-DELA DES CRITIQUES COMMUNAUTARIENNES ET POSTMODERNES

par

Jacques LENOBLE

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain

La théorie libérale de la démocratie fait actuellement l'objet d'une double critique. A la critique communautarienne du libéralisme politique s'ajoute, en philosophie du droit, la critique postmoderne du libéralisme juridique. Ces deux débats critiques, principalement d'origine anglosaxonne, manifestent, par delà leurs modalités spécifiques, une opposition au libéralisme classique qui débouche ultimement sur une mise en cause de la raison moderne. C'est dire que ce débat reproduit en fait les traits structurels du débat contemporain sur la Raison. Ailleurs¹, j'ai tenté de montrer combien une perception adéquate du statut de la Raison impliquait la mise en évidence de son statut paradoxal, qui oblige à conjoindre finitude radicale et prétention universaliste. C'est la même thèse qui m'aide à éclairer ces deux débats.

Le débat communautarien (première partie de l'article) revient à opposer un élément de tradition et un élément d'argumentation dans la réflexion sur le fondement de la légitimité de la norme sociale. P. Ricoeur² a clairement exprimé cette articulation paradoxale de la tradition et de l'argumentation. Le paradoxe, souligne Paul Ricoeur, est que "le souci de justification des normes de l'activité communicationnelle ou argumentative tend à occulter les conflits qui reconduisent la morale vers une sagesse pratique ayant pour site le jugement moral en situation ... : les avocats d'une éthique contextualiste et communautarienne ne font qu'exalter, par effet de compensation, les

(*) Le présent texte reproduit une communication faite au colloque organisé par le Centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Caen en 1991 sur le thème : "La fondation des normes, tradition ou argumentation".

¹ Cfr. J. LENOBLE et A. BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Paris - Bruxelles, Librairie générale du droit et de jurisprudence - Story Scientia, 1990.

² P. RICOEUR, *Soi-même comme un Autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 326.

conflits que d'une certaine façon la morale de communication occulte. En revanche, je tiens que ces situations conflictuelles seraient dépouillées de leur caractère dramatique si elles ne se détachaient pas sur l'arrière plan d'une exigence d'universalité à laquelle la morale de la communication confère aujourd'hui son expression la plus adéquate".

De son côté, l'approche postmoderne en droit (deuxième partie de l'article) conteste les théories libérales classiques du jugement juridique, en leur opposant l'indétermination radicale de tout jugement normatif. Mais cette opposition tranchée entre dogmatisme et indétermination est elle aussi une fausse antinomie. Celle-ci ne se dissipe qu'en prenant en compte le paradoxe constitutif de tout jugement : au cœur même du particulier, l'universel est visé, mais n'est jamais atteint : la procéduralisation de la raison, dont témoigne la pensée contemporaine, n'est qu'une trace de plus, et combien éloquente, de ce paradoxe constitutif, qui n'est autre que celui du jugement réfléchissant construit par Kant dans sa "troisième Critique". Le philosophe de Königsberg en avait limité le champ d'extension au domaine esthétique. Mais deux siècles après lui, nous pouvons considérer que ce modèle de jugement mérite d'être étendu également aux domaines politique et juridique, à la condition de le réinterpréter, ainsi que le suggère J. Habermas, de manière procédurale. Or, telle est la thèse que nous développerons dans la troisième partie de cet article, une telle définition "réfléchissante" du jugement politique et juridique a de profondes conséquences institutionnelles pour les sociétés démocratiques ; elle permet en effet d'y repenser le rôle du droit, bien au-delà des hypothèses développées par l'auteur de la "Théorie de l'agir communicationnel", trop timide à cet égard.

I. LA CRITIQUE COMMUNAUTARIENNE DE LA THEORIE POLITIQUE LIBERALE

S'agissant de cette critique, la thèse ici développée est double. Tout d'abord, je montrerai qu'à l'encontre des critiques communautariennes trop radicales, les solutions contemporaines développées par les libéraux comme J. Rawls, B. Ackerman ou Ch. Larmore apparaissent fondées. A l'inverse cependant - et c'est notre seconde hypothèse - ces solutions présentent une insuffisance qui oblige à les nuancer par la prise en compte d'une version atténuée de ces mêmes critiques communautariennes : cette prise en compte n'invalide pas la solution procédurale de la légitimité démocratique que propose par exemple Ch. Larmore , mais oblige à redéfinir cette procéduralisation de l'équation politique dans un sens plus "délibératif". Certains éléments de cette version

délibérative du libéralisme politique peuvent être trouvés chez J. Habermas. Je montrerai cependant que J. Habermas, pour rester rivé à une conception trop étroitement classique du libéralisme juridique, pense insuffisamment les implications institutionnelles d'une version adéquate des exigences procédurales de la légitimité démocratique. Cette dernière considération fera lien entre notre analyse de la critique communautarienne du libéralisme politique et la critique postmoderne de la théorie libérale du droit.

Le projet politique libéral se fonde traditionnellement, comme on le sait, sur un double principe corrélatif : celui de la neutralité de l'Etat et celui de la priorité du juste sur le bien. L'idée est ici qu'avec la modernité le désaccord raisonnable sur les différentes conceptions de la vie bonne apparaît irréductible. Par voie de conséquence les principes politiques doivent donc être neutres au regard des idées controversées du bien. Il s'agit en d'autres termes de fonder le vivre ensemble sur des principes qui ne résultent pas des différentes formes de vie que chaque individu peut légitimement considérer comme fondées. Cette neutralité doit cependant être conçue dans les termes d'une "justificatory neutrality". Si l'Etat peut aboutir par ses actions à favoriser certaines formes de vie plus que d'autres, il ne peut jamais les aider à l'encontre d'autres : la neutralité vise donc exclusivement *la justification de l'action* politique au regard des différentes conceptions de la bonne vie et non point ses *conséquences*.

Sous le vocable de critique communautarienne, l'on range différentes formes d'une critique radicale qui vise toujours à fustiger l'individualisme outrancier du projet politique libéral et des conséquences résultant des principes de la neutralité de l'Etat et de la priorité du juste sur le bien. Comme l'indique M. Walzer³ la critique communautarienne se ramène essentiellement dans ses formes radicales à deux arguments à certains égards contradictoires.

Soit la critique communautarienne considère que la théorie libérale décrit adéquatement la réalité sociologique de nos sociétés contemporaines. Dans cette perspective, elle met en cause une réalité sociale qui condamne les individus à devenir des êtres radicalement isolés, êtres égoïstes rationnels, divisés par leurs droits inaliénables. Les sociétés libérales se seraient construites dans une rupture radicale avec leurs traditions et seraient fondées dans leur réalité même sur cette fausse idée qu'elles n'auraient point d'histoire et qu'elles seraient l'effet d'une création ex nihilo, fiction que

³ The communitarian critique of liberalism, *Political Theory*, volume 18 n° 1, février 1990, p. 6-23.

les théories hobbiennes de l'état de nature ou rawlsiennes de la position originelle ne feraient que refléter. La perte d'espace politique qui caractériserait nos sociétés contemporaines ne serait alors que l'effet de cette structure profondément individualiste de nos sociétés libérales où les individus sont condamnés à vivre de manière solitaire. Le langage utilitariste ou le langage des droits qui caractérisent l'idéologie libérale contemporaine ne sont que la traduction de cette réalité sociologique : les individus se vivent comme visant à maximaliser leurs intérêts au départ d'une situation individuelle dont la protection est assurée par leurs droits jugés inaliénables.

Une seconde ligne d'argumentation traverse la critique communautarienne. Il ne s'agit plus ici de critiquer la réalité sociologique que la théorie libérale ne ferait qu'adéquatement décrire ; il s'agit au contraire de mettre en accusation la théorie libérale pour la description inadéquate qu'elle ferait de la réalité sociale. L'idée est ici que la théorie libérale oblitérerait la réalité indissociablement communautaire de toute expérience sociale en ce y compris celle qui est à la base de nos sociétés libérales contemporaines. L'argument consiste à souligner le caractère irréductiblement communautaire de toute société humaine : celle-ci insère les individus dans des relations sociales, des structures de pouvoirs et des communautés de signification qui se déposent dans le langage. Etre de langage, l'individu ne peut être conçu coupé de ses liens sociaux ; il n'est pas cet inventeur autonome de sa propre vie, sans critère, sans standard collectif, que postule le libéralisme.

Sous l'une ou l'autre de ces formes, l'argumentation communautarienne s'inscrit donc dans une tradition romantique qui, dès le début du XIXe siècle, n'avait pas manqué, à l'encontre du modèle kantien de l'autonomie morale, de mettre en évidence cette idée que l'engagement moral serait mieux compris comme conviction héritée plutôt que comme conviction choisie librement ; l'engagement moral apparaîtrait ainsi plutôt lié à un apprentissage au sein d'une tradition continue que la société ne cesse de se raconter à elle-même. L'identité du sujet moral est à penser plutôt sur le mode narratif que sur le mode de l'autoréflexion.

Face à cette critique communautarienne, les auteurs libéraux (au premier rang desquels J. Rawls et Ch. Larmore) ont développé une interprétation nouvelle du projet libéral. Celle-ci ne vise pas à invalider le projet libéral mais à en formuler autrement le

fondement et les justifications. Suivons ainsi l'argumentation de Ch. Larmore⁴ qui est en deux temps. Dans un premier temps, il considère que l'argument communautarien présente un double intérêt. D'une part, sa seule formulation témoigne que la justification classique des thèses libérales, essentiellement liée à l'idée individualiste de l'autonomie morale, fait l'objet dans notre société d'un "désaccord raisonnable" - en l'espèce le désaccord manifesté par les communautariens. On ne peut donc justifier la neutralité libérale sur base de la théorie kantienne de l'autonomie morale, puisque cette conception est elle-même l'objet d'un désaccord raisonnable. Et, note Ch. Larmore, il y a un second plan sur lequel la critique communautarienne est à prendre en considération. C'est qu'en effet cette critique communautarienne est liée à une théorie contextualiste qui présente l'avantage de mettre en évidence l'insuffisance d'une morale strictement déontologique. Pour Ch. Larmore en effet, la priorité du juste sur le bien ne peut pas raisonnablement être défendue comme "une exigence de la raison pratique elle-même" : la vision contextualiste de la raison fait en effet apparaître que notre intérêt pour la moralité s'accroît avec notre expérience sociale. Dans le même ordre d'idée, continue Ch. Larmore, Kant n'aurait pas suffisamment sérieusement pris en compte "le fait que la moralité, quoique rationnelle, est aussi une institution sociale"⁵.

Si cette double considération nous oblige à ne plus fonder la neutralité libérale sur l'argumentation individualiste de Kant, il n'en résulte cependant pas pour autant l'invalidation du projet libéral de la neutralité de l'Etat et de la priorité du "juste" sur le "bien". Sans doute, dit Ch. Larmore, les idéaux d'autonomie et de liberté de Kant et de Mill sont un meilleur modèle que beaucoup de théories du droit naturel, telles celles de Grotius et de Pufendorf ou que les théories de la tolérance de Locke et de Bayle développées au XVII^e siècle. Le modèle kantien a été développé, note notre auteur, pour dépasser le désaccord sur la nature de la vraie religion et dégager des principes politiques qui ne seraient plus fondés sur une base sectaire. Il reste qu'aujourd'hui le "libéralisme politique" a pour tâche de dégager un principe de neutralité politique qui puisse être justifié sans s'inscrire dans l'opposition concernant l'individualisme et la tradition. L'individualisme reste valable comme *doctrine politique* : le libéralisme traite les citoyens de façon égalitaire indépendamment de leur conception de la vie bonne. Mais cela n'entraîne pas la valorisation de l'individualisme dans *tous* les aspects de la vie sociale. Pour éviter ce piège, Ch. Larmore avance que la meilleure justification de la

⁴ Voyez sur ceci *Patterns of moral complexity*, Cambridge, Cambridge U.P., 1987 ; *Political liberalism, Political theory*, volume 18, n° 3, août 1990, p. 339-360 ; *The Right and the Good, Philosophia - Philosophical Quarterly of Israël*, volume 20, n° 1-2, Juillet 1990, p. 15-32.

⁵ Ch. LARMORE, *The right and the good, op. cit.*, p. 28.

neutralité libérale reposerait sur ce qu'il appelle "les normes du dialogue rationnel" et de l'"equal respect". Cette position minimaliste peut-être acceptée même par les tenants de la critique communautarienne, c'est-à-dire par ceux qui sont convaincus que l'autonomie et l'individualité ont de sérieux désavantages. Les normes du dialogue rationnel sont au nombre de deux : il y a l'exigence de résoudre le désaccord au moyen d'arguments, et l'exigence de dépasser celui-ci en recherchant une solution à un problème donné sur la simple base d'un commun accord. Là où le désaccord raisonnable subsiste, l'Etat doit rester neutre. La norme de l'"equal respect" implique l'interdiction de contraindre les membres du groupe à respecter les principes politiques par la force. Ceux-ci doivent donc faire l'objet d'un consensus rationnel au terme d'un échange argumenté. La norme d'"equal respect" engage simplement la capacité de penser et d'agir sur une base argumentative, mais rien n'est présupposé quant au contenu des bons arguments. En conséquence, la norme d'"equal respect" reste neutre au regard des controverses concernant la question de l'individualisme et de la référence à la tradition comme source de légitimité normative.

Cette formulation nouvelle du projet libéral qui entend dépasser la critique communautarienne du projet libéral classique, me paraît appeler deux observations. La première concerne l'interprétation que Ch. Larmore fait de Kant. Sans doute, à juste titre, peut-on suspecter Kant de ne pas avoir suffisamment construit le caractère radicalement réfléchissant du jugement moral politique et juridique⁶. Si on se souvient de la composante "communicationnelle" du jugement réfléchissant, on peut sans doute en déduire que Kant a insuffisamment pris en compte le caractère strictement social de la moralité. Il reste que la réinterprétation par Ch. Larmore de la justification du principe de neutralité libérale ne paraît pas pouvoir être dissociée aussi radicalement qu'il semble vouloir le faire d'un cadre kantien. En effet, la théorie de la Raison que présuppose sa thèse trouve ses racines dans la théorie kantienne de la Raison telle qu'elle s'éclaire rétroactivement à partir de la troisième Critique (réinterprétation qui est la base des perspectives néokantiennes contemporaines décrites notamment par A. Philonenko, L. Ferry ou A. Renaut). Dans cette perspective, il ne semble pas qu'une théorie contextualiste de la Raison soit incompatible avec une perspective kantienne. Ne voulant pas faire oeuvre ici de critique philologique, je ne développerai pas ce point d'histoire de la philosophie. Il reste que l'observation a son importance de fond. Elle permet en effet de montrer qu'une reformulation argumentative et pragmatique de la

⁶ J. LENOBLE, Droit, raison pratique et analogie. L'enjeu actuel d'une relecture de Kant, *Dialogue-Revue canadienne de philosophie*, 1992, (à paraître) ; A. BERTEN et J. LENOBLE, Jugement juridique et jugement pratique. De Kant à la philosophie du langage, 1990, p. 339-365.

doctrine libérale n'aboutit pas à éliminer l'ancrage social et traditionnel de tout jugement argumenté. Ceci atteste, comme on l'indiquait ci dessus, qu'une saisie adéquate du rapport tradition-argumentation oblige à les articuler de manière paradoxale. N'est-ce pas d'ailleurs une simple conséquence du fait que l'universel est purement réfléchissant ? Cette difficulté à construire conceptuellement et philosophiquement le paradoxe qui articule la réinterprétation pragmatique et procédurale de la neutralité libérale n'est pas sans conséquence pour une réflexion sur les implications institutionnelles de cette thèse. J'en viens ainsi à la deuxième observation.

C'est qu'en effet la position de Ch. Larmore, au même titre que celle de J. Rawls ou de B. Ackerman, me paraît prêter le flanc à une critique plus substantielle. Sans doute, je ne peux que marquer mon accord avec la conclusion de Ch. Larmore : même si les communautariens critiquent le projet individualiste qui semble sous-tendre le projet politique libéral, cette position communautarienne présuppose elle-même les deux normes de dialogue rationnel et de *l'equal respect* dans lesquelles Ch. Larmore condense la justification de la neutralité libérale. A le dire en d'autres mots, la référence à la tradition ne dispense pas d'une prévalence du cadre argumentatif comme fondement de la légitimité de la norme sociale. Elle oblige seulement à construire cette règle procédurale de l'argumentation dans un cadre qui cerne adéquatement son articulation à l'élément tradition. Mais une telle reconstruction procédurale de la légitimité de la norme sociale démocratique tire-t-elle adéquatement toutes les conséquences de l'articulation qui se joue entre tradition et argumentation ? En d'autres termes, cette reconstruction argumentative du fondement de la neutralité libérale prend-elle en compte de manière suffisamment adéquate la portée de la critique communautarienne ? Quoique juste, cette reformulation est-elle suffisante ? Ne doit-elle pas être approfondie pour laisser apparaître des conséquences que la formulation que proposent J. Rawls, B. Ackerman ou Ch. Larmore risque de masquer, d'oblitérer ? Quelles seraient les insuffisances dont cette formulation procédurale resterait lestée ?

Pour introduire à ces insuffisances, on doit évoquer ici les critiques que J. Raz adresse à J. Rawls⁷, de même que celles émises par K. Baynes⁸ à l'encontre de cette

⁷ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, et, *Facing Diversity*, *Philosophy and Public Affairs*, 19 (1990), p. 3-46.

⁸ K. BAYNES, *Liberal Neutrality, Pluralism and Deliberative Politics*, conférence donnée au Centre de Philosophie du Droit de l'U.C.L., inédit ; voy. aussi dans ce sens, A. Gutmann et D. Thompson, *Moral conflict and political consensus, liberalism and the good*, edited par H. Richardson, New York, Routledge, 1990, p. 125-147.

même réinterprétation du principe de la neutralité libérale. Ces objections se ramènent à deux idées. Comme l'indique K. Baynes, la conséquence de cette réinterprétation du principe de la neutralité libérale aboutit à ce que J. Rawls, B. Ackerman et Ch. Larmore appellent eux-mêmes "la règle de l'évitement" (the rule of avoidance). A les suivrent, en effet, doivent être exclus du champ proprement politique de l'action étatique et de la délibération gouvernementale les thèmes qui font l'objet de controverses morales indépassables. Il faut donc omettre les questions et les revendications profondément controversées (de nature morale, religieuse ou métaphysique) du processus même de justification des principes de base qui fondent l'ordre constitutionnel et l'ordre politique. Comme l'indique cependant K. Baynes, s'il paraît plausible de revendiquer que les arguments justifiant les principes constitutionnels de notre ordre politique doivent reposer sur des fondements que tous peuvent accepter, la règle "de l'évitement" paraît difficilement concevable au vu des contextes contemporains des débats politiques et parlementaires, comme l'attestent les récentes évolutions de la jurisprudence constitutionnelle américaine, les controverses sur les principes constitutionnels eux-mêmes, tel celui de l'égalité de tous devant la loi. Le champ politique reste ouvert et traversé par des controverses essentielles sur l'interprétation à donner à ces principes. La raison en est simple. Même si l'on peut considérer que la distinction du bien et du juste au sens de J. Rawls paraît fonder un ordre politique et libéral, il reste que les différentes interprétations données aux règles de justice, (en l'espèce aux règles qui doivent présider aux rapports entre des sujets libres et égaux sur base d'une coopération honnête et équitable) sont nécessairement influencées par les diverses conceptions de la vie bonne qu'ont les membres de cette société. Donc, non seulement empiriquement il paraît difficile d'exclure de l'action gouvernementale les nombreuses questions qui font l'objet de controverses, mais de manière plus essentielle une raison conceptuelle rend cette distinction peu opératoire. La distinction du juste et du bien doit être interprétée de manière pragmatique et non point sémantique. Rien ne permet de définir a priori ce qu'il en serait du domaine des questions de la vie bonne et des questions de justice. Cette distinction fait l'objet d'un échange qui doit lui-même être argumenté et qui reste éternellement controversé. Il est affaire de débat. Il ne se définit qu'au terme du processus d'échange d'arguments. Il est donc lui-même effet de langage et effet d'un processus d'interprétation. Et si on tient compte que l'interprétation même des règles de justice est l'effet d'un échange argumenté où émergent de manière récurrente les différentes conceptions de la vie bonne, on voit resurgir à ce niveau le caractère paradoxal de l'articulation entre tradition et argumentation, ou de manière plus fondamentale entre particularité et universalité.

La conséquence institutionnelle en est importante. Elle oblige à réinterpréter la distinction du privé et du public, de la société civile et de l'Etat. Cette distinction est traditionnellement présentée de manière trop abrupte comme s'il était possible de définir sémantiquement des domaines assignables à l'un et à l'autre. Or une relecture pragmatique de l'échange argumenté oblige précisément à rendre beaucoup plus fluide et moins assuré le départage des deux domaines. Si l'on prend acte de ce que cette distinction n'a qu'une nature régulative au sens kantien du mot, qu'elle n'est donc pas élucidable par l'effet d'un jugement déterminant mais qu'elle n'est que l'effet d'un jugement réfléchissant, il s'en déduit que la neutralité libérale doit être réinterrogée, non pas pour la supprimer mais pour la modaliser dans un appareil institutionnel qui permet de faire droit à son caractère continuellement réinterprétable. Qu'est-ce à dire ? Cela signifie que l'on ne peut exclure du champ politique les questions controversées mais qu'il faut au contraire aménager l'espace politique pour y rendre possible un débat public où les différents membres de la société peuvent faire valoir leurs arguments pour déterminer l'interprétation qu'il y a lieu de donner aux nombreuses règles de justice. Ce débat fera nécessairement apparaître à titre de précompréhension des orientations liées au choix de la vie bonne. Il s'en déduit simplement l'obligation pour chacun de présenter son argumentation de manière à ce qu'elle puisse se justifier au regard de cette idée régulative d'une distinction de la vie bonne et du juste. Mais cette règle de justification n'a comme telle aucun contenu assignable qui soit déterminable sur base d'un jugement déterminant. La conséquence institutionnelle en émerge donc. Le principe de neutralité libérale ne peut être interprété comme discriminant deux domaines définis, celui de la société civile et celui de l'appareil d'Etat. Il s'impose au contraire d'aménager un espace public au sein même de l'appareil politique pour faire émerger un débat public rassemblant les diverses composantes de la société civile. La règle rawlsienne ou larmorienne de la "rule of avoidance" se métabolise donc dans la nécessité d'organiser une sphère publique d'argumentation. A ce niveau, on en arrive à la deuxième idée qui permet de faire valoir l'insuffisance de la réinterprétation de Ch. Larmore.

C'est qu'en effet la nécessité de modaliser le principe de la neutralité libérale par une organisation institutionnelle du débat public visant à immerger l'Etat dans la société civile - ou réciproquement à immerger dans l'appareil d'Etat les différentes composantes de la société civile - résulte aussi d'une argumentation développée par J. Raz. Celui-ci, à l'encontre du modèle de J. Rawls, propose ce qu'il appelle lui-même un "perfectionnisme modéré" (modest perfectionism). L'on sait que J. Rawls définit par "perfectionnisme" la vue selon laquelle il y aurait une conception correcte ou vraie de la

vie bonne que l'Etat pourrait promouvoir. J. Raz présente une version atténuée de ce perfectionnisme en considérant que l'approche libérale classique du pluralisme est à certains égards inadéquate. Elle est inadéquate, non pas parce qu'il y aurait une seule conception de la vie bonne qui pourrait être définie a priori, mais parce que l'argument du libéralisme selon lequel le pluralisme est un fait de société qu'il faut respecter implique pour le maintien de son respect des conditions que le libéralisme ne peut garantir. L'idée de neutralité de l'Etat rendrait impossible le respect des conditions de possibilités du pluralisme lui-même. C'est qu'en effet, dans cette perspective, le pluralisme implique le dépassement d'un modèle strictement individualiste : il implique que soit respectées les conditions d'existence des différentes cultures minoritaires rendant possible l'existence d'un éventail des différents choix concurrents. Comme le dit J. Raz : "Promouvoir des styles de vie de valeur est une affaire sociale plutôt qu'individuelle... les idéaux perfectionnistes exigent, pour leur réalisation, l'action publique. L'antiperfectionnisme ne conduirait pas seulement à un désengagement politique de tout soutien à des conceptions du bien. Il ruinerait les chances de survie de multiples dimensions respectées de notre culture" ⁹. Dans le même ordre d'idée, Ch. Taylor caractérise la neutralité libérale comme "auto-contradictoire" (self-defeating)¹⁰. Le libéralisme rendrait donc impossible le respect même du pluralisme culturel qu'il s'attache par ailleurs à vouloir respecter. Pour assurer ce respect, le projet libéral devrait être modalisé pour permettre la prise en compte du maintien d'une structure culturelle pluraliste fournissant aux individus des options significatives. Il s'en déduirait donc à nouveau la nécessité d'organiser un espace public assurant au sein même du politique des conditions de débat où la société civile pourrait faire valoir sa pluralité de conception et par le fait même participer activement aux différentes réflexions et débats sur les règles de justice.

Sans doute W. Kymlicka¹¹ fait-il valoir à l'encontre de cette argumentation de J. Raz qu'elle n'invalide pas pour autant la théorie de J. Rawls. En effet, note cet auteur, J. Rawls ne méconnaît pas la nécessité d'assurer le respect et la survivance des différents groupes culturels qui composent la société civile. Ce que met en cause J. Rawls c'est la légitimité d'une action d'Etat pour favoriser les justifications données par certains groupes quant aux différentes formes de vie. En d'autres termes, il faut distinguer entre "social perfectionism" "et" state perfectionism". Favoriser le respect des différents

⁹ J. RAZ, *Morality of Freedom*, op. cit., p. 162.

¹⁰ Ch. TAYLOR, *Philosophy and the Human sciences*, in *Philosophical papers*, Cambridge, Cambridge U.P., 1985, Volume II, p. 197.

¹¹ Liberal individualism and liberal neutrality, *Ethics* 99 (juillet 1989), p. 883-905.

groupes, par exemple, par une politique fiscale qui immunise les donations faites par les privés au profit de leurs différentes associations apparaît plus légitime que par une action d'Etat qui impliquerait que celui-ci évalue lui-même dans le champ politique les différentes conceptions de la vie bonne. En d'autres termes, il s'imposerait dans un Etat qui se veut libéral et démocratique que la vie culturelle soit régulée par ce que W. Kymlicka appelle "a cultural market place" et non point par une action proprement politique et étatique. Cette position de Kymlicka, si elle a l'avantage de prendre en compte la nécessité de respecter des mécanismes protecteurs contre la bureaucratisation de l'action étatique, manque cependant l'interconnection nécessaire des champs de la société civile et de l'Etat. J'en reviens ainsi au premier contre argument.

En termes sociologiques, ne doit-on pas constater que notre démocratie libérale contemporaine est le résultat d'une évolution en trois phases. Au libéralisme naissant qui concevait l'action de l'Etat et du droit comme strictement formelle a succédé, dès la fin du XIXe siècle, une volonté de prendre en compte les conditions d'une égalité réelle - ce qui a fait droit à l'émergence de l'Etat providence. Enfin à l'époque contemporaine nous assistons à l'émergence d'une réflexion renouvelée sur les conditions de la liberté réelle c'est-à-dire d'une possibilité pour l'individu de s'inscrire dans un champ culturel et dans une possibilité de redéfinir ses rapports avec la nature et donc avec la vie. De là la constitution à notre époque contemporaine du triple champ ouvert à une intervention de l'Etat, celui de l'environnement, celui de la bioéthique et celui de la protection de la diversité culturelle. Que ces trois nouvelles questions ouvertes au champ politique obligent à penser autrement les mécanismes d'intervention de l'Etat ne dispense pas de voir l'intrication irréductible qui noue les débats de la société civile et l'action de l'Etat dans ces trois nouveaux domaines. Le principe de la neutralité libérale en est affecté : l'aménagement des institutions publiques doit être mieux réparti pour ouvrir le champ politique à cette réflexion sur les questions de justice et pour assurer une participation obligée des différentes composantes culturelles de la société civile. C'est pourquoi le libéralisme procédural de

J. Rawls, de B. Ackerman ou de Ch. Larmore doit être réinterprété au profit d'un nouveau concept de procéduralisation qui implique que soit pris en compte le caractère strictement régulateur de la distinction du juste et du bien et que soit aménagé un espace institutionnel qui assure la participation directe des composantes de la société civile au mécanisme de régulation de l'Etat.

En d'autres termes, il ne suffit pas de fonder la légitimité démocratique sur la constitution d'un espace public mais il faut aller au-delà. C'est d'une nouvelle topologie

de notre espace normatif dont nous avons besoin. Le libéralisme a pensé la relation société civile-Etat en termes d'extériorité ; et face à cette quasi-transcendance de l'Etat, le communautarisme a beau jeu d'objecter une immanence de l'un à l'autre. En reformulant le fondement de l'Etat libéral de manière procédurale, nous échappons à ce mauvais dilemme. On ne peut pas le dire autrement : l'Etat est intérieur-extérieur à la société civile, transcendance dans l'immanence, partie appelée à représenter le tout. C'est pourquoi, le théoricien même de la raison procédurale nous semble inconséquent quand il restaure une extériorité de l'Etat au monde vécu, et rétablit ainsi la coupure qui fait l'insuffisance de la théorie libérale. Le monde vécu n'est pas la seule source de la légitimité ; celle-ci n'est garantie que si le droit institutionnalise en son sein des procédures qui permettent la saisie réfléchissante des problèmes. Par l'Etat libéral, le monde vécu s'institutionnalise dans l'horizon de l'universalité ; par le droit, l'Etat se procéduralise, s'immerge dans le monde vécu et abandonne la position d'extériorité radicale à laquelle le confinaient les premières formulations libérales et un modèle du jugement politique qui n'était que "déterminant "(au sens kantien).

Il faut donc repenser l'articulation société civile-appareil d'Etat ou monde vécu-système pour intégrer l'espace public au sein même des mécanismes de régulation étatique. Telle est la nécessité qu'impose une prise en compte de l'articulation paradoxale de la tradition et de l'horizon d'universalité qui est présent dans tout espace d'argumentation. Telle est aussi la conséquence du caractère simplement réfléchissant du jugement sur base duquel l'on peut distinguer ce qui appartient à la question de la vie bonne et qui doit donc rester dans l'ordre du privé et ce qui appartient aux questions de justice qui concernent la régulation des rapports entre citoyens libres et égaux dans une société démocratique. Telle est encore la conséquence de la prise en compte du caractère nécessairement historique et donc culturellement situé des options individuelles sur base desquelles les individus forment leur jugements moraux. La question du respect du droit des minorités est à penser sur cet horizon : elle implique nécessairement la protection par l'Etat des conditions de survivance des cultures minoritaires en même temps que se profile dans le droit fil de l'évolution de la société libérale depuis le début du XIXe siècle une nécessaire extension de la sphère publique selon des voies nouvelles

.

On touche ici à un impensé de la pensée libérale classique et cela même dans les variantes de son interprétation rawlsienne ou habermassienne. C'est une des vertus de la critique communautarienne que de mettre en évidence cette nécessité d'une protection des conditions historiques, même si en elle-même la critique communautarienne manque

l'autre pôle, le pôle d'argumentation et d'universalité qui doit traverser la réflexion sur la légitimité de la norme sociale. En ce sens donc, la vertu de la critique communautarienne, comme l'a bien perçu M. Walzer, consiste à modaliser et à réinterpréter le projet libéral et non point à l'invalidier.

Cette nécessaire formulation nouvelle des conditions d'exercice de l'action politique et de l'équilibre institutionnel propre à une société démocratique oblige aussi à relier la réflexion contemporaine de philosophie politique (débat communautariens-libéraux) à la réflexion contemporaine de philosophie du droit. En effet pour repenser cet équilibre institutionnel, il faut réfléchir autrement les conditions même d'exercice du jugement juridique dans une société démocratique. Ainsi, la réflexion politique se lie aujourd'hui à une réflexion renouvelée sur la fonction du droit libéral. J. Habermas, qui a cependant bien perçu la nécessité de réinterpréter le projet libéral dans une voix délibérative, a cependant manqué de formuler dans ses ultimes conséquences les conditions de possibilité d'une procéduralisation adéquate de l'espace politique parce qu'il a sous-estimé la portée d'une réflexion approfondie sur le jugement juridique. J'en arrive donc à la deuxième partie de cet article et à la manière de faire droit à la critique que formulent les auteurs postmodernes à l'encontre des théories libérales classiques du droit aussi bien dans leur version surnaturaliste que dans leur version positiviste.

* * *

II. LA CRITIQUE POSTMODERNE DE LA THEORIE LIBERALE DU DROIT

Le débat contemporain en philosophie du droit présente une identité de structure avec le débat contemporain qui traverse la philosophie politique et qui oppose communautariens et libéraux. Au départ d'une même perception, quoique souvent non explicitée, des insuffisances de la théorie moderne de la Raison, des auteurs contemporains, principalement anglosaxons, ont engagé une critique des versions libérales du droit. Ma position ici aussi sera identique à celle que j'ai développée dans la première partie de cet article. Il me semble qu'une vérité partielle traverse tout à la fois les versions critiques postmodernes de la théorie libérale du jugement juridique et les reformulations contemporaines de cette théorie qui en ont résulté. Ces deux vérités partielles méconnues par les tenants de la position adverse doivent être réarticulées l'une à l'autre, ce que permet philosophiquement une perception du statut paradoxal de la Raison telle que je l'ai développée par ailleurs. Je me contenterai ici de décrire tout à la fois les positions critiques que la philosophie contemporaine du jugement juridique

permet de faire valoir à l'encontre de la théorie libérale et les principales réactions qu'elles ont provoquées. Je tenterai en finale de faire synthèse des deux courants opposés pour en faire percevoir tout à la fois le bien fondé mais aussi en souligner les limites respectives car s'il paraît justifié de critiquer les théories juridiques qui ont dominé jusqu'à présent nos démocraties libérales, les reconstructions proposées par le mouvement "Law and Literature" (dans ses deux formes principales, celles de S. Fish et de R. Dworkin), par le mouvement des "Critical Legal Studies", ou par la théorie critique de l'Ecole de Frankfurt (J. Habermas et K. Günther) me paraissent, pour des raisons diverses, insuffisantes. Plus précisément une reconstruction adéquate implique que l'on reformule ces perspectives à l'aide d'une hypothèse développée par Wittgenstein : celle du paradoxe de la règle.

En quoi cette critique contemporaine principalement développée aux Etats-Unis, est-elle tout à la fois justifiée dans son principe, mais pour partie insuffisante dans ses formes ?

Certains qualifient d'un trait commun les diverses formes que prend cette théorie juridique critique : elle mettrait en évidence, à l'encontre de la représentation positiviste dominante, l'indétermination foncière du droit. Une telle présentation, malgré l'imprécision foncière du terme "indétermination" et des différents sens qu'il prend dans les théories juridiques contemporaines, a au moins l'avantage de cerner l'enjeu de base de la critique.

Avec la modernité, s'instaure à la base même de l'ordre politique une indétermination de la loi. Les anciennes visions du monde garantissaient un fondement transcendant et unitaire de l'ordre normatif et social. Avec la modernité, le seul fondement de la légitimité politique dont on disposera sera celui du contrat social et de l'accord librement constitué que le dialogue humain peut générer. Il est cependant frappant de constater que cette indétermination foncière va se conjuguer avec une théorie juridique garantissant en un second temps la détermination un instant menacée : une fois la règle de droit posée au terme d'un débat public, celle-ci s'imposerait au juge de façon tout à fait déterminée. Une distinction est ainsi faite entre le jugement politique producteur de la loi et le jugement juridique qui est simple opération déductive

d'application d'une règle préexistante¹². Quelles que soient les nuances que cette lecture déductiviste recevra, le schéma est là fixé qui structurera la théorie positiviste des XIXe et XXe siècles.

Une première mise en cause fut essentiellement le fait du courant "réaliste" américain au premier rang desquels il faut situer O. Holmes, R. Pound et K. Llewellyn. Voulant fustiger le conceptualisme et le logicisme mystificateurs des juristes formalistes, dominants dans le dernier quart du XIXe siècle, ce courant mettait en évidence l'indétermination foncière du droit, indétermination que le juge pouvait conjurer par une saisie instrumentaliste des besoins sociaux à la lumière des objectifs poursuivis par le législateur.

La critique contemporaine du positivisme légaliste libéral déplace l'argumentation. La critique instrumentaliste du formalisme étant elle-même jugée soit insuffisante, soit inadéquate, cette critique s'alimente à un profond bouleversement philosophique : le *linguistic turn*.

Une considération élémentaire permet de comprendre ce déplacement que certains ont aussi appelé "*the interpretivist turn*". Les développements de l'épistémologie et de la théorie du langage obligent à abandonner l'idée d'une saisie du fait hors du langage. De là, l'idée que toute représentation d'un fait est toujours construction, que cette construction est liée à un certain nombre de présupposés et enfin que la coïncidence du sens (la manière dont je parle d'un objet) et de la référence (l'objet dont je parle) n'existe que comme idéal porté par le langage. De là aussi certaines formules, assurément sources de questions multiples, telle celle de Saussure sur la primauté du signifiant sur le signifié, ou de Derrida sur l'absence de signifié hors langage.

Il en est résulté, pour certains, une nécessaire critique de l'universel. Tel est, me semble-t-il, le trait majeur qui caractérise les deux versions les plus radicales, quoique distinctes de la "Contemporary Critical Legal Theory" : d'une part la tendance du mouvement "Law and Literature" que représente au mieux Stanley Fish et d'autre part certaines des meilleures positions des "Critical Legal Studies".

En effet, trois conséquences peuvent être tirées de "*l'interpretivist turn*".

¹² Je me concentre ici sur le raisonnement juridique fondé sur le "Statute law" dont G. Calabresi reconnaissait récemment l'importance première comme "source" du droit américain depuis le début du XXe siècle. *Common law for the age of Statutes*, Cambridge (Ma), Harvard U.P., 1982, p. 1.

Premièrement, l'idée de fondement définitif et assuré du discours perd sa consistance. Disparaît, en tout cas au niveau du langage ordinaire, toute possibilité d'un métalangage qui garantirait l'adéquation du sens et de la référence. L'idée de vérité-correspondance perd sa légitimité. A le dire en d'autres termes, aucun discours ne peut prétendre énoncer l'universel.

Deuxièmement, puisque tout sens est fonction du contexte linguistique, la saisie du sens est toujours fonction du filtre de ce que l'herméneutique appelle une précompréhension (*Vorverständnis*). Le signe doit être interprété et, de ce fait, toute interprétation est fonction du lecteur et ne se dégage que du consensus de la communauté interprétante.

Troisièmement, le rapport général-particulier s'inverse. Puisque le sens est produit par le discours, chaque discours est situé et, par voie de conséquence, toute vision qui se voudrait générale ne peut prétendre transcender l'irréductibilité des différences de fait dans le temps ou dans l'espace.

C'est autour de ces trois conséquences engagées par le tournant linguistique que s'est constituée la critique de S. Fish ou des *Critical Legal Studies*. Avec des accents différents, l'un et l'autre de ces courants ont mis à mal les prétentions de la théorie positiviste du raisonnement juridique. La thèse de S. Fish se ramène pour l'essentiel à deux propositions.

D'une part, note-t-il, tous les critères par lesquels la théorie juridique voudrait garantir la "juste" interprétation que le juge devrait donner des règles de droit, qu'il s'agisse de l'intention de l'auteur de la règle ou de la cohérence du système juridique lui-même, s'avèrent illusoires car cela reviendrait à présupposer que l'interprétation serait limitée par une réalité extra-langagière. Une telle position est théoriquement incorrecte, note-t-il, car cela revient à restaurer une dichotomie métaphysique entre le langage et le réel alors que celui-ci n'est jamais donné que préstructuré par le langage lui-même.

A l'inverse, tout aussi illusoires sont le relativisme réaliste ou la crainte inversée de l'arbitraire. C'est qu'en effet, l'interprétation d'un discours n'est jamais reçue que si elle est acceptée par la communauté où elle doit se produire. En ce sens, si le champ interprétatif n'est pas limitable en droit, il est toujours limité en fait. L'indétermination

foncière et a priori du sens de tout texte normatif n'autorise pas pour autant n'importe quelle interprétation.

En ce sens, donc, S. Fish renvoie dos à dos, comme les faces contraires d'une même position théoriquement fautive, ceux qui croient "que l'interprétation est fondée dans l'objectivité et ceux qui croient que les interprètes sont de fait libres"¹³.

Bien sûr la démarche des *Critical Legal Studies* est différente, pour autant d'ailleurs qu'on puisse rassembler sous un même label les auteurs qui se rattachent à ce mouvement. Leur volonté se détache notamment de celle du courant représenté par S. Fish en ce qu'ils ne veulent pas faire de théorie. Leur démarche se veut pratique, ce qu'exprime d'ailleurs leur stratégie du "trashing"¹⁴. La mise en évidence des inconsistances, des contradictions irréductibles de l'idéologie juridique ne fait point place à la restauration d'une autre idéologie qui se voudrait cohérente¹⁵. Cette dénonciation débouche sur la perte de l'illusion d'une cohérence recherchée et par voie de conséquence sur des stratégies, des pratiques argumentatives ponctuelles irréductiblement fragmentées. En ce sens, le conflit et la contradiction ne se dépassent pas : la contradiction "s'agit". Cette lecture postmoderne, d'orientation foucaldienne, repose en un premier temps sur la mise en évidence d'une radicale indétermination du système juridique et des irréductibles inconsistances d'une théorie juridique libérale. Le modèle ici fortement dénoncé, comme l'indique M. Kelman¹⁶, est celui de la *Process School* développé au départ de Hart et Sacks à la *Harvard Law School*. "le modèle de Hart et Sacks d'une "élaboration raisonnée" des règles établies, le procès de subsumption des cas par les règles, ressemblent désespérément à la description d'une méthode apolitique"¹⁷. En ce sens "ni l'adjudication formaliste, ni l'adjudication instrumentale ne semblent des options crédibles"¹⁸.

¹³ S. FISH, *Working on the Chain Gang : Interpretation in Law and Literature, Doing what comes naturally*, Durham - London, Duke U.P., 1989, p. 87 et s.

¹⁴ Voy. sur ceci l'excellent article de G. Frankenberg, *Down by law : Irony, Seriousness and Reason*, in Chr. JOERGES and D. TRUBEK (eds), *Critical Legal Thought : an American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, pp. 315 et ss.

¹⁵ Voy. sur ceci, David KENNEDY, *A rotation in Contemporary Legal Scholarship*, in Chr. JOERGES and D. TRUBEK (eds), *op. cit.*, pp. 353 et ss.

¹⁶ M. KELMAN, *A guide to Critical Legal Studies*, Cambridge (MA), Harvard U.P., 1987, p. 199.

¹⁷ *Ibid.*, p. 200.

¹⁸ "Le formalisme restaure la séparation des pouvoirs et rencontre la peur d'une domination du judiciaire ; mais il est inconsistant avec les théories libérales du judiciaire, car il dépend de théories du langage (...) selon lesquelles les mots renvoient simplement à des objets dans le monde qui se distinguent par nature l'un de l'autre, ou à des idéaux renvoyant à des essences intelligibles. Inversement une interprétation instrumentaliste (purposive) des règles est à sa base inconsistante

Cette double perspective critique se construit toute entière donc autour d'une dénonciation de l'universel. Le tournant linguistique et interprétativiste impliquerait l'abandon de la prétention traditionnelle du discours à viser l'universel. Le sens perd irréductiblement toute possibilité de garantie extérieure à sa seule énonciation. S'estompe ainsi l'idée même de la rationalité pratique (morale et juridique) que la pensée occidentale, en ce y compris la pensée moderne, avait toujours tenté de préserver : comme l'indique un heideggerien français, Ph. Lacoue-Labarthe : "L'éthique apparaît aujourd'hui impossible parce qu'elle est impliquée dans l'épuisement des possibles philosophiques et ne peut manifestement prétendre y échapper qu'au prix d'un certain aveuglement sur cet épuisement même et son origine"¹⁹. Et ce qui s'exprime ici à propos de l'éthique est, par identité de motif, transférable au droit. Avec la perte de l'universel, ce qui est considéré comme perdu c'est l'idée de modèle : le discours interprétatif ne trouve plus en dehors de lui-même de modèle dont le discours serait la représentation. L'indétermination se fait radicale.

Mais une telle critique ne risque-t-elle pas de déboucher sur son contraire ? Pour dénoncer les illusions dogmatiques, rationalistes et universalistes de la Raison moderne, n'aboutit-elle à valoriser le "fait" : le fait (personnel, culturel ou politique) n'est-il pas condamné à "produire" la norme ?

Cette observation, à elle seule, n'invalide pas pour autant le projet critique. Mais elle justifie qu'on poursuive l'analyse pour voir si cet indice ne traduit pas une imperfection théorique du projet lui-même : cette dénonciation des illusions universalistes de la modernité n'est-elle pas elle-même insuffisante, inadéquate ?

Telle est en tout cas notre hypothèse. Pour l'exposer, la meilleure voie est d'emprunter les stratégies alternatives qu'a développées la pensée juridique contemporaine. Chemin faisant, je verrai comment certaines de ces stratégies aident à réarticuler la critique tirée du "*linguistic turn*".

Trois stratégies alternatives sont actuellement présentes, me semble-t-il. Elles sont bien explicitées par les positions respectives de R. Posner, R. Dworkin et J. Habermas,

avec la séparation des pouvoirs comme avec la volonté libérale plus générale d'établir des droits fixes sur lesquels les individus peuvent compter". (*Ibid.*, pp.200-201).

¹⁹ Ph. LACOUÉ-LABARTHE, *La fiction du politique (Heidegger, l'art et la politique)*, Association des Publications près les Universités de Strasbourg, 1987, p.31.

relu par K. Günther. Je me contenterai à chaque fois d'en rappeler seulement l'argument principal en vue d'en souligner soit l'insuffisance, soit l'apport. Sur cette base se dégagera notre propre position théorique. Pour R. Posner "il y a trop de différence entre les oeuvres littéraires et les actes législatifs pour permettre une analogie vraiment fertile entre interprétations juridique et littéraire"²⁰. S'il rejette, même pour l'interprétation des textes littéraires, la position subjectiviste et poststructuraliste ou postmoderne qui privilégie, selon lui, la position du critique ou du lecteur, il admet par contre la position non intentionaliste dite de la "*new critic*" qui réfère la création de la signification de l'oeuvre littéraire à la cohérence même de l'oeuvre prise comme "*artefact*" et non comme simple expression de l'intention de l'auteur. A l'inverse cependant de R. Dworkin qui transpose ce schéma herméneutique en droit, l'interprétation des textes de droit ne peut, selon lui, fonctionner sur le même modèle. Ici le critère est intentionaliste : "un intentionaliste en droit soutient que ce que vous faites en lisant un texte juridique ou constitutionnel consiste à dégager des mots, de la structure, du contexte et de toute information disponible ce qu'auraient probablement répondu les législateurs qui ont par leur vote rendu le texte obligatoire à la question de l'interprétation légale, si elle leur avait été posée"²¹. L'argumentation de R. Posner me paraît reposer sur un argument classique . Toute position non intentionnaliste aboutit à méconnaître la vocation de la règle de droit à être obligatoire pour le juge et à transférer le pouvoir politique au juge : "...que les intentions du législateur soient larges ou étroites, les juges sont contraints par ce qu'elles sont, et ce qui est dans le texte ; autrement le centre du pouvoir politique glissera du législateur au juge". A l'appui de cet argument, R. Posner donne un exemple qui en attesterait la force. Cet exemple est celui du huitième amendement de la constitution américaine qui interdit "les punitions cruelles et inhabituelles".

"Une nouvelle approche critique, et plus encore une approche poststructuraliste du huitième amendement donnerait de façon discrétionnaire aux Cours la compétence de réguler les punitions pénales et éventuellement de déclarer inconstitutionnelle la peine capitale"²². Une telle lecture, nous dit R. Posner, est à la fois illicite et impraticable. Elle

²⁰ R. POSNER, *Law and Literature. A misunderstanding relation*, Cambridge (MA), Harvard U.P., 1988, p. 218.

²¹ *Ibid.*. Cet intentionalisme doit être interprété de façon "sophistiquée", note R. Posner. A la différence d'un "primitive intentionalism" qui limite la signification d'un texte à ce que son auteur a pu "foreseen", "a sophisticated legal intentionalism recognizes that the framer might intend to regulate a set of activities not all of which they could actually foresee - might intend that, within prescribed limits, the intentions of others (for example, of judges applying the legislators'handwork in the distant future) should govern, rather than the legislators'mental pictures of the future", *op. cit.*, p. 229.

²² *Op. cit.*, p. 227.

est illicite car contraire à ce que dicte une prise en compte de l'intention des constituants²³. Elle est aussi impraticable. L'argument est exposé par R. Posner en réaction à la position critique de Dworkin : "Les standards dont Dworkin voudrait user pour interpréter les décisions réglementaires ou juridictionnelles ne sont pas littéraires, mais philosophiques ; il voudrait interpréter ces actes d'une manière qui en ferait la meilleure thèse possible de philosophie politique. Mais il n'y a pas d'accord en philosophie sur des questions essentielles. Il y a des philosophes libertariens comme Robert Nozick et des philosophes égalitaires comme Ronald Dworkin, John Rawls - tous également respectables - et il y a beaucoup de positions intermédiaires sur la question spécifique de la peine capitale. Il y a des philosophes qui croient que la justice requiert la peine capitale, ce qui était le point de vue de Kant et ceux qui pensent que la justice l'interdit. Quoique restant radicalement indéterminée, l'approche de Dworkin impose une charge intellectuelle aux juges (...) qu'ils ne peuvent assumer".²⁴.

Cette position intentionnaliste me paraît constituer une stratégie alternative insatisfaisante. Je me contenterai ici de quatre observations.

1. La présentation intentionnaliste réduit le jugement d'application à la seule opération d'interprétation au sens restreint, c'est-à-dire à l'examen de la mise en rapport de l'hypothèse de la règle et de la description d'une situation. Mais l'opération d'application est plus complexe. Même si l'on exclut l'hypothèse de lacune, il reste encore l'hypothèse de ce que K. Günther appelle "internal collisions" là où la description d'une situation de fait permet de revendiquer l'application de plusieurs règles concurrentes. Cette considération permettrait d'ailleurs de nuancer le jugement que R. Posner porte sur l'exemple de la règle constitutionnelle des Etats-Unis imposant un président d'au moins 35 ans. Si je refuse avec lui la solution purement subjectiviste et sceptique de P. Brest ²⁵, rien n'empêcherait de justifier un raisonnement aboutissant à

²³ "L'intentionnaliste demanderait ce que les pères fondateurs essaieraient de faire en interdisant les punitions cruelles et inhabituelles. Malheureusement, il n'obtiendrait pas une réponse parfaitement claire. Il pourrait toujours conclure que le législateur voulait aussi interdire des punitions dont la sévérité était fortement disproportionnée avec la faute, en même temps que toutes les punitions sévères ou légères, pour des conduites qu'on ne peut pas du tout considérer comme criminelles. Aucune des interprétations intentionnalistes, néanmoins, ne justifierait la thèse que la peine est plus inconstitutionnelle" *op. cit.*, p. 223-224.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 227-228.

²⁵ M. TUSHNET considère que cette règle pourrait être interprétée comme imposant un Président qui a la maturité d'un homme de 35 ans, *op. cit.*, p. 219 ; et voy. aussi G. PELLER, *The Metaphysics of American Law*, 73, *California Law Review*, 1151, 1174 (1985) ; Mark V. TUSHNET, *A note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory*, 58 *Southern California Law Review* 683, 686-688 (1985).

nommer un président qui n'aurait pas 35 ans, par application par exemple d'un autre principe tel que la nécessaire continuité du service public ²⁶.

2. Même si l'on s'en tient au seul niveau de l'interprétation stricte, R. Posner ne fournit aucun contre-argument à l'argumentation que R. Dworkin a opposé à la thèse intentionnaliste. Cet argument est le suivant : "L'étude historique seule pourrait être capable de montrer que telle opinion concrète particulière qui considère inconstitutionnelle la politique de ségrégation scolaire correspond à l'opinion majoritaire des auteurs de l'amendement constitutionnel. Mais elle ne peut jamais à elle seule déterminer précisément quel principe général ou quelle valeur ils entendent par là énoncer. Ce n'est pas par faute d'éléments de preuve mais pour la raison plus fondamentale que les convictions des gens ne se laissent pas nettement catégoriser en principes généraux et en applications concrètes. Elles prennent plutôt la forme d'une structure plus complexe de niveaux d'abstraction telle que les gens envisagent la plupart de leurs convictions comme n'étant elles-mêmes que l'application de principes toujours plus abstraits. Cela signifie qu'un juge doit choisir parmi les descriptions plus ou moins abstraites du principe qu'il attribue au constituant. Les décisions qu'il rend, dans l'exercice de sa responsabilité, dépendront avec soin de la description qu'il choisit"²⁷. Cet argument n'invalide-t-il pas la lecture intentionnaliste que Bork fait du huitième amendement ? Il ne s'agit pas tant ici d'invalider la référence à l'intention du législateur que d'en nier la portée épistémologique : une telle référence ne constitue pas un critère mais seulement une indication heuristique obligée qui, comme telle, laisse ouverte la question de son interprétation au sens où R. Dworkin l'indique.

3. N'est-il pas aussi indispensable, pour contreargumenter les positions critiques du "tournant linguistique", de tenter d'argumenter sur le même terrain c'est à dire sur celui de la théorie du langage qui sous-tend la théorie légale contemporaine ? Or, de ce point de vue, la position positiviste ici représentée par R. Posner ne semble pas offrir d'arguments conceptuels.

4. Enfin, je partage, quoique pour des raisons théoriques différentes, la suspicion de R. Posner vis à vis de l'analogie Droit-Littérature. La rationalité esthétique et la rationalité pratique ne doivent-elles pas être distinguées ? Comme l'indique

²⁶ L'exemple récent de droit constitutionnel belge sur l'impossibilité morale de régner est de ce point de vue très éclairant. Un principe vient neutraliser une règle "claire".

²⁷ *The New York Review of Books*, 13 août 1987, p. 6.

justement J. Habermas, les prétentions à la validité dont s'accompagnent les actes de langage propres à ces deux champs argumentatifs ne me semblent pas identiques.

Une seconde stratégie alternative est celle développée par R. Dworkin. Elle se situe aussi dans le cadre du mouvement "Law and Literature". Ainsi que l'atteste d'ailleurs la controverse célèbre qui l'a opposé à S. Fish, sa position ne se soutient pas des mêmes perspectives théoriques. La stratégie ici suivie, comme chez R. Posner, quoique par un biais qui se veut radicalement herméneutique, entend réinscrire l'interprétation juridique dans une perspective normative. La volonté est donc ici de conjointre la prise en compte langagière de l'"interpretivist turn" et le cadre cognitiviste et normatif de la rationalité du jugement juridique. Reprenons rapidement cette théorie. Je verrai ensuite en quoi elle s'avère tout à la fois pleinement suggestive et source d'ambiguïté.

C'est essentiellement sur le plan de la théorie de l'interprétation en droit que s'est situé R. Dworkin. Mais ce faisant, comme je le verrai ultérieurement, il a été tenu de rencontrer trois autres problèmes classiques de la philosophie du droit, ceux de l'épistémologie, de la définition du droit et de la validité en droit. Ces quatre aspects sont étroitement liés. Développant une approche narrativiste et interprétativiste du droit, R. Dworkin combat la thèse positiviste d'une réduction du droit aux seules règles posées par les autorités instituées constitutionnellement et met en évidence la composante morale de tout jugement juridique. Une métaphore aidera à situer le propos. Le juge, dit R. Dworkin ²⁸, est dans la même position que cet écrivain chargé d'écrire un chapitre d'un roman commencé par d'autres et que d'autres devront poursuivre. A l'instar de cet écrivain, le juge doit produire un jugement qui soit une suite cohérente au vu de ce qui précède et réponde en même temps aux exigences axiologiques de la perspective qu'il a de la moralité politique. Son œuvre en ce sens n'est pas toute entière dictée par un corps de règles. Le droit est aussi affaire de principes soumis à une interprétation constante suivant le double critère du test de convenance (insertion dans une histoire juridique) et du test de moralité politique.

Cette métaphore exprime suggestivement la forme que la théorie juridique adopte chez R. Dworkin. Celle-ci prend nom de théorie de l'*integrity*.

²⁸ Voy. sur ceci R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, (Mass.), Harvard University Press, 1986.

Citons ici un bref passage de "*Law's Empire*" : "Le principe d'unité en droit comme principe de décision s'adresse aux juges et aux autres autorités chargées d'appliquer les normes publiques de comportement d'une communauté politique. Il leur prescrit de lire et de comprendre celles-ci, dans toute la mesure du possible, comme si elles étaient l'œuvre d'un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité. Il en résulte le critère suivant de ce qui fait le droit : une proposition de droit est vraie, si elle apparaît comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier, comprenant à la fois l'ensemble des décisions de fond déjà prises et la structure institutionnelle, ou si elle découle d'une telle interprétation"²⁹.

Le modèle de décision judiciaire ainsi soumis au principe du droit comme unité peut être précisé de deux manières. Tout d'abord, une telle conception, relève R. Dworkin, diffère du conventionnalisme et du pragmatisme. Suivant ces deux dernières positions, la tâche des juges ne consiste nullement en une tâche interprétative du droit en général. Pour les conventionnalistes, le juge doit étudier les recueils de jurisprudence et les journaux officiels pour y découvrir les règles adoptées par les autorités compétentes . Sans doute, les normes ainsi découvertes exigent-elles parfois interprétation. Mais il ne s'agit pas d'une interprétation du droit en son entier. A l'inverse, le pragmatisme sollicite du juge qu'il envisage quelles seraient les règles qui seraient les meilleures pour l'avenir : "cet exercice est tourné vers l'avenir et non vers le passé". Il peut exiger l'interprétation d'un principe extérieur au matériau juridique par exemple, le critère utilitariste du bien être maximum de la communauté. Mais il ne repose pas sur l'idée d'une interprétation du droit en son ensemble. A l'inverse, la thèse dworkinienne de la cohérence narrative implique qu'à l'instar du technicien du droit, le juge procède par réinterprétation globale de la pratique juridique antérieure. De là la question du modèle interprétatif.

Pour préciser la méthode à suivre dans ce travail intégralement interprétatif du juge, R. Dworkin se réfère au modèle herméneutique qui définit la pratique littéraire ou la pratique de l'historien. Le juge serait ainsi dans une position identique à ce romancier chargé d'ajouter un chapitre à un roman commencé par d'autres, tout en faisant en sorte que le roman en cours soit le meilleur roman possible. De là deux critères qui vont définir la pratique interprétative: le critère de convenance et le critère de valeur.

²⁹ R. DWORKIN, La Chaîne du droit in *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 51.

Le critère de convenance — où se marque au sens propre la contrainte interprétative qu'exprime l'idée de cohérence narrative — consiste en ceci : le juge doit trancher le cas à l'aide d'une règle qui résulte de la meilleure interprétation de l'histoire juridique passée. Pour ce faire, il doit donc recollecter l'ensemble des règles, précédents et principes susceptibles d'être concernés par le cas en question et déterminer quelle est ou quelles sont les interprétations qui assurent le respect de la cohérence de l'histoire juridique passée : "Tout comme le romancier participant à un travail en chaîne doit trouver, s'il le peut, une vision cohérente des personnages et du thème telle qu'un auteur unique, hypothétique, ayant cette conception, aurait pu écrire la part du roman déjà faite, Hercule ³⁰ doit trouver, s'il le peut, une théorie cohérente du droit (sur le point soulevé par l'espèce litigieuse) qui aurait permis à une autorité politique unique, qui l'aurait fait sienne, d'apporter aux cas qui font figure de précédents, les solutions données par les juges qui ont en fait été appelés à statuer"³¹.

Le critère de valeur vise à départager les diverses interprétations que le juge maintient comme possibles sur base du premier critère. Parmi ces diverses interprétations, le juge retiendra celle qu'il estime la plus conforme aux exigences de la morale politique : parmi ces histoires possible, il retiendra "celle qui montre la communauté sous un meilleur jour, tout bien considéré, du point de vue de la morale politique en général"³².

L'ambiguïté de la théorie de R. Dworkin peut être formulée ainsi : comment peut-on affirmer le caractère radicalement interprétativiste de la démarche du juge si l'on présuppose la complétude du système, si l'on présuppose que "l'histoire" juridique fournit les normes (règles ou principes) à l'aide desquelles juger ? Quelle est la nature particulière de cette complétude pour qu'on puisse en même temps considérer qu'elle puisse produire du nouveau ? Comment faire du neuf avec de l'ancien si l'on présuppose que l'ancien précontient déjà le nouveau ? C'est l'ambiguïté de R. Dworkin à cet égard qui explique le fait que nombre d'auteurs tels D. Cornell ³³, S. Fish ³⁴ ou M. Kelman ³⁵ aient pu le critiquer en considérant qu'il restait positiviste, c'est-à-dire qu'il restait rivé au

³⁰ R. Dworkin utilise la métaphore d'Hercule pour qualifier ce juge idéal, "imaginaire à l'intelligence et à la patience surhumaines qui accepterait la thèse de l'unité en droit" *Laws Empire, op cit-*, p. 239.

³¹ *Ibid.*, p. 240.

³² La chaîne du droit, *op cit-*, p. 64.

³³ D. CORNELL, Institutionalization of meaning, recollective imagination and the potential for transformative legal interpretation, 136, *University of Pennsylvania Law Review*, 1135 (1988).

³⁴ S. FISH, *Doing what comes naturally*, , *op cit*.

³⁵ M. KELMAN, *op. cit.*, pp. 202-203.

présupposé que le passé préformait le futur. Sans doute cette critique est-elle en partie erronée, mais elle met en évidence que la présentation de R. Dworkin doit être précisée si on veut en sauvegarder l'orientation. Elle doit être complétée et reprécisée à deux niveaux : d'une part, il faut concevoir la complétude du système comme une Idée régulatrice et par voie de conséquence le jugement d'application en droit comme une opération paradoxale. D'autre part, il faut définir le jugement juridique comme contraint par une rationalité procédurale.

Pour comprendre cette double précision, partons de la troisième stratégie que la pensée contemporaine a opposée aux perspectives jugées trop radicales de la *Critical Legal Theory*. Cette troisième stratégie est celle de l'école de J. Habermas. Cette stratégie s'appuie sur un concept de rationalité procédurale mais reste en défaut de construire adéquatement le caractère simplement régulateur de l'idée d'"integrity" du système juridique.

1. L'idée de Habermas ³⁶ et de son équipe ³⁷ peut être résumée comme suit. L'indétermination est au cœur de tout raisonnement pratique (moral, politique ou juridique). Elle n'est cependant pas de même nature lorsque le raisonnement consiste à justifier l'adoption d'une norme ou à appliquer une norme (morale ou juridique). Lorsqu'il s'agit de justifier une norme, l'indétermination concerne le critère de justification. Une norme n'est justifiée rationnellement que si elle satisfait le critère d'universalisation des intérêts. Indéterminable a priori, ce critère subordonne donc la validité d'une norme à une procédure argumentative par nature infinie. L'indétermination dans l'opération d'application d'une norme a une autre nature. Ici l'indétermination, disent J. Habermas et K. Günther, ne provient pas du fait qu'on ne dispose pas des normes valides. Au contraire, le juge est face à un système de normes valides, composé, comme chez R. Dworkin, de règles et de principes. L'indétermination provient cependant de ce que la description de la situation, à laquelle le juge doit appliquer la

³⁶ Habermas a consacré peu de textes à la théorie du droit. Le principal texte est *Law and Morality* in M. WALZER and al., *The Tanner Lectures on Human Values*, T. VIII, 1988, Cambridge-London, Cambridge U.P., pp. 217 and ss. ; "Towards a communication-concept of rational collective will-formation ; a thought experiment, 2, *Ratio Juris*, 144 (1989).; et certains passages de la *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, trad. fr. par J.M. Ferry et J.L. Schlegel, 2 volumes, 1987 ; voy. aussi sur ceci, J. Lenoble, *Droit et Communication : J. Habermas, La Force du Droit Panorama des débats contemporains*, (P.Bouretz ed.), Paris, Editions Esprit, 1991, pp.163-190.

³⁷ Un disciple de J. Habermas a spécialement consacré ses travaux à décrire le jugement d'application d'une norme au regard de la théorie habermassienne de l'agir communicationnel (Communicative action) : K. GUNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit-Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1988 ; A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification, 2, *Ratio Juris*, 155 (1989).

règle, pourrait justifier l'application concurrente de deux normes également valides. Là est la cause essentielle de l'indétermination dans le jugement d'application. Elle n'est donc pas essentiellement sémantique mais pragmatique : laquelle des deux normes pouvant être appliquée est la plus adéquate ?

Ici réapparaît de manière encore plus claire l'ambiguïté déjà signalée chez R. Dworkin. Pour déterminer la solution la plus appropriée, le juge ne doit utiliser que les normes (règles et principes) du système et est ainsi tenu de présenter une solution qui respecte la cohérence du système. Telle est la conséquence liée au présupposé de complétude du système. Mais qu'est-ce qui justifie d'exclure la possibilité pour le juge de considérer, au vu de la description de la situation de fait, que cette situation présente des caractéristiques telles que les règles existantes ne sont pas applicables ? Pourquoi, en d'autres termes, exclure l'hypothèse d'une lacune dans le système existant ? Si J. Habermas et K. Günther souhaitent tirer toutes les conséquences de l'indétermination résultant de l'impossibilité pour le législateur de prévoir tous les cas futurs possibles, comment encore présupposer la complétude du système ? R. Dworkin et J. Habermas répondront qu'on peut concilier ces deux objectifs apparemment contradictoires par la notion de "principe" : le juge tout en devant respecter le système, pourrait, par ce biais, faire droit à la spécificité de chaque cas.

Cependant, cette position n'est exacte que si on suppose dans le système un principe au moins dont la nature est purement auto-réflexive. Sa généralité serait telle qu'il peut engendrer des solutions jugées "appropriées" à tout cas considéré comme nouveau. Dans cette hypothèse en effet, le système assure sa propre ouverture : il assure sa capacité de transformation non plus seulement au seul plan de la production des normes, mais au plan de son application aux litiges particuliers.

Sans doute une telle présupposition préserve l'idée de complétude. Mais cette complétude acquiert un statut tout autre que dans les conceptions classiques. La complétude supposée du système n'empêche pas la redéfinition de son contenu. L'unité du système pourrait-on dire, est paradoxale. Elle acquiert le statut d'une Idée régulatrice.

Je crois que notre système juridique actuel contient un tel principe auto-réflexif. Telle n'est-elle pas en effet la signification normative des quelques principes constitutifs des droits de l'homme au premier rang desquels situer les principes d'égalité et de liberté ? De tels principes n'ont-ils pas pour particularité d'autoriser une interprétation indéfinie de leur signification normative ? Nos systèmes juridiques ne font-ils d'ailleurs pas

progressivement l'expérience des bouleversements qu'implique cette dimension autoréflexive ? Le débat théorique actuel sur l'indétermination du droit n'en est-il pas le symptôme ?

Si l'on présente l'unité du droit comme une simple Idée régulatrice, diverses conséquences s'en dégagent. Je n'en dégagerai ici que deux. Tout d'abord le jugement juridique ne peut plus être présenté comme simplement déductif. Sans doute le juge ne peut-il fonder sa décision que sur base d'une norme du système mais cette opération de déduction comporte une structure paradoxale.

Ce qui précède permet déjà d'intuitionner cette structure paradoxale. Si le système contient un principe qui permet que tout en l'appliquant, on en redéfinisse le contenu, cela signifie que son application est "paradoxale", c'est-à-dire que c'est au moment de son application au cas particulier qu'il se définit. Wittgenstein a été le premier philosophe à intuitionner cette question. Dans les paragraphes 201 et 202 des "*Philosophical Investigations*", il pose que l'application d'une règle est paradoxale. Sans doute dégage-t-il cette observation à propos de la règle mathématique. On ne niera évidemment pas la différence de contexte. Ce paradoxe cependant, me paraît, comme on a tenté de la montrer ailleurs ³⁸, traverser le langage lui-même et, pour cette raison, traverse toute opération d'application d'une norme. Ce paradoxe ne détruit pas pour autant la rationalité du jugement juridique et ne condamne pas le juge à un subjectivisme décisionniste ou sceptique³⁹. Ici surgit la deuxième conséquence du caractère simplement régulateur de l'idée d'"integrity" du droit, ou de l'idée de cohérence en droit. Elle constitue en même temps la seconde précision à apporter à la théorie de R. Dworkin.

2. Que ce soit pour S. Fish ou pour les Critical Legal Studies, une correcte compréhension du jugement d'application d'une norme impliquerait l'abandon de toute perspective universaliste ou formaliste. Une telle position me paraît incorrecte. J. Habermas a justement montré que tout acte de langage présuppose une prétention à la validité et que, de ce fait, il vise un "horizon d'universalité". Cela ne signifie pas qu'on puisse définir cet universel. Au contraire, il est vide. Sa visée n'est pas pour autant sans

³⁸ J. LENOBLE et A. BERTEN, *Dire la norme - Droit, Politique et Enonciation*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Story scientia, collection La pensée juridique moderne, 1990.

³⁹ En ce sens l'interprétation sceptique que Kripke donne du paradoxe de la règle chez Wittgenstein nous semble aussi inadéquate que celle de Baker et Hacker. Le paradoxe ne se comprend que concilié à la rationalité procédurale propre à l'agir communicationnel telle que Habermas l'a dégagée.

implication normative : elle me contraint à justifier ma prétention et à me soumettre à l'argumentation. L'universalité est, en ce sens, procédurale. S'agissant du droit, cela indique en quel sens le jugement juridique est soumis à des contraintes normatives.

Contraintes procédurales tout d'abord. C'est ici que J. Habermas et K. Günther se séparent de R. Dworkin. R. Dworkin développe une conception trop individualiste du juge. En témoigne son modèle du juge Hercule. Le débat juridique doit être organisé procéduralement. Je verrai les conséquences que je peux déduire de cette critique dans la dernière partie de cet article.

Contraintes herméneutiques ensuite. Une distinction s'impose ici. Un jugement d'application du droit, comme tout jugement, vise un universel : il prétend à une certaine validité. Quelle validité ? Quel est l'horizon d'universalité qu'il vise ? La perspective paradoxale développée ci-dessus oblige à nuancer la distinction que J. Habermas et K. Günther veulent maintenir entre justification et application. Sans doute le critère d'universalisation des intérêts qui "règle" la justification des normes n'est-il pas comme tel adapté à un jugement juridique sur un cas particulier ? Face à un cas particulier, K. Günther a raison de dire que l'on vise une solution appropriée. Mais si on juge que le cas appelle, sur base du principe d'égalité ou de liberté, une solution normative irréductible aux interprétations antérieures, où est encore la différence ? Ce qui fondera l'argumentation est bien la question de savoir si toutes les parties intéressées adhèrent à la "justesse" de la solution. Comme dans le raisonnement de justification, le critère se fait procédural et repose sur la "rightness" de la solution. Ceci démontre aussi que le critère est procédural et non plus épistémologique. Voilà la conséquence du tournant linguistique. Il n'invalide pas l'universel, il en ruine l'interprétation épistémologique comme Hegel l'avait intuitionné en critiquant l'approche kantienne. Si le critère n'est plus épistémologique, cela ne signifie pas pour autant que l'argumentation ne doit pas, par ailleurs, suivre une méthode particulière. Il ne fait aucun doute qu'on doit utiliser les méthodes interprétatives telle que la référence à l'intention du législateur pour interpréter un texte de loi ou qu'on ait l'obligation de justifier l'applicabilité ou l'inapplicabilité des normes existantes. Comme on l'a déjà relevé, cet usage ne fournit cependant qu'un critère méthodologique et non point épistémologique : il modalise l'argumentation sans en garantir la validité.

Ainsi l'incomplétude du "contenu" d'un système normatif et la structure paradoxale de l'opération d'application d'une règle dans un tel système n'interdit point la référence à un universel. Par ce biais, apparaît aussi l'insuffisance de la *Contemporary Critical*

Legal Theory. Pour avoir une conception trop réductrice de l'universel, elle se condamne à laisser impensées les contraintes propres d'une rationalité pratique moderne. La conséquence en est, paradoxalement, le risque de réintroduire un nouveau dogmatisme : le décisionnisme d'un sujet, d'un groupe social ou le seul rapport de forces.

* * *

III. VERS UN LIBERALISME PROCEDURAL : TRANSFORMATION DU DROIT ET CRISE DE L'ETAT PROVIDENCE

Les deux débats critiques du libéralisme que nous avons explorés nous ont conduit à un même point : procéduralisé, le libéralisme perd ses allures dogmatiques. Il ne repose sur aucun point d'Archimède normatif, mais ne vaut que comme la visée de ce point qui pourtant toujours échappe. Ce paradoxe constitutif du jugement politique lui-même a une double conséquence : dans le champ politique, il oblige à repenser l'intrication entre société civile et Etat ; dans le champ juridique, il oblige à formuler une autre théorie du droit. J'aimerais à présent rassembler cette double thématique, en montrer l'étroite liaison, dans une exploration de notre présent : ce qu'il est convenu d'appeler la crise de l'Etat providence. Mais avant d'en venir là, je formulerai une remarque destinée à prévenir tout malentendu.

Ma remarque est celle-ci : la reconstruction que j'ai proposée du jugement juridique ne se veut pas descriptive mais normative. Elle ne prétend pas décrire la manière dont le juge actuel raisonne lorsqu'il applique une règle de droit mais la manière dont il devrait fonctionner s'il percevait adéquatement la rationalité propre à la démarche d'application du droit. En quel sens est-elle normative ? Elle l'est doublement.

Elle l'est tout d'abord au plan proprement théorique. Notre démarche, semblable sur ce plan à celle de J. Habermas notamment, consiste à se demander comment reconstruire un concept de jugement qui respecte la finitude radicale de la Raison humaine. Tel est bien l'enjeu qu'impose la modernité occidentale. Le projet de la modernité oblige de tirer toutes les conséquences des limites essentielles qui affectent notre Raison. De là, la question essentielle qui constitue notre présent : y-a-t-il encore un modèle de rationalité adéquat à nos diverses facultés de jugement (théorique, pratique, esthétique) si on s'oblige à tirer toutes les conséquences de la finitude radicale de notre Raison. Ce projet est donc normatif puisqu'il consiste à mettre en cause les représentations fallacieuses et dogmatiques que notre société pourrait encore avoir de la rationalité juridique. Tout notre raisonnement a été orienté par cette seule recherche :

comment comprendre adéquatement ce qu'est juger en droit si l'on s'oblige à tenir compte de la finitude radicale de la Raison humaine ? Les critiques que j'ai cru pouvoir faire tant au positivisme de S. Posner, qu'aux tendances principales de la *Contemporary Critical Legal Theory* (S. Fish et *Critical Legal Studies*) et, dans une moindre mesure, aux modèles de R. Dworkin et J. Habermas reviennent fondamentalement à cerner leur méconnaissance des limites essentielles de la Raison humaine.

Notre démarche est normative en un second sens. La théorie classique de l'interprétation en droit, même dans ses versions critiques, est souvent ambiguë. Elle prétend décrire la manière dont le juge fonctionne en fait. Souvent la démarche consiste à dire au praticien du droit : je vais vous livrer la théorie de votre pratique. Cette position me paraît incorrecte. Elle méconnaît en effet une dimension essentielle de la pratique juridique. En effet, la représentation que le praticien du droit a de sa pratique n'est pas sans conséquences. Même si le juge, comme l'indique R. Dworkin, utilise des principes pour trancher les *hard cases*, il ne développe pas pour autant une pratique herméneutique qui tire toutes les conséquences créatrices qu'impliquerait une correcte compréhension de la nature auto-réflexive du système juridique. Là où le juge continue à poser la complétude du système, non pas comme un simple idéal mais, au contraire, comme déjà dogmatiquement réalisée, son interprétation sera plus limitée et plus formaliste. De là l'importance d'une théorie adéquate de l'interprétation ou du jugement juridique. Pour le dire en langage plus herméneutique, la représentation théorique qu'un juge a de sa pratique préoriente cette pratique : elle fait partie de ce que G. Gadamer appelle sa précompréhension, sa "*Vorverständnis*". Or, la représentation dominante chez les juges reste essentiellement liée à une conception dogmatique de la complétude du système juridique⁴⁰. En ce sens, je pourrais dire que l'ambiguïté théorique que j'ai cru pouvoir déceler chez R. Dworkin et J. Habermas se retrouve dans la pratique elle-même. De ce point de vue, je pourrais reprendre à mon compte, quoique sur base d'un autre modèle théorique, le récent constat fait par L. Tribe dans la *Harvard Law Review* : il faut promouvoir de "nouvelles manières de penser et de parler à propos du légal, de l'argumentation et de la pratique juridique"⁴¹. Si notre théorie du jugement juridique se présente donc comme normative, quelles en sont alors les implications sociales ? En quoi appelle-t-elle une transformation du rôle du droit dans nos démocraties modernes ? Telle est la question que je voudrais maintenant rapidement esquisser.

⁴⁰ Voy. sur ceci J. LENOBLE and F. OST, *Droit, Mythe et Raison - Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1980.

⁴¹ L.H. TRIBE, The curvature of constitutional space : what lawyers can learn from modern physics, 103, *Harvard Law Review*, 1,3 (1989).

La crise de l'Etat-providence qui apparaît depuis quelques temps dans nos démocraties libérales à selon moi pour enjeu principal la transformation du droit à laquelle doit correspondre une transformation du rôle du juge. Nous vivons en effet une crise du juge, liée à une mutation qui s'est amorcée tant aux Etats-Unis qu'en Europe. En ce sens, je pourrais dire que nous vivons un moment important de redéfinition des exigences démocratiques. Trois périodes au sein de notre démocratie moderne pourraient être distinguées. Une première, fin XVIII^e siècle, qui met en place un pouvoir législatif articulé sur le concept démocratique de volonté générale. Une seconde, fin XIX^e siècle, qui valorise le pouvoir exécutif et administratif de l'Etat en vue d'une meilleure prise en compte des exigences de l'égalité, non pas seulement formelle mais réelle des individus. Enfin - et tel est le sens profond pour moi de ce qu'on appelle la crise de l'Etat-providence - apparaît maintenant la nécessité d'une redéfinition du rôle du juge et du jugement juridique qui prenne mieux en compte les acquis récents de la théorie de la raison moderne.

La question de la nécessaire transformation du droit au stade actuel de l'évolution de nos démocraties n'est pas nouvelle. Ce débat actuel, amorcé notamment aux Etats-Unis par Ph. Nonet et Ph. Selznick ⁴², met aux prises aujourd'hui les perspectives de J. Habermas et celles de N. Luhmann, G. Teubner ⁴³ et H. Willke ⁴⁴. Notre thèse est que ce débat peut s'éclairer d'une théorie correcte du jugement juridique. En quel sens ?

Tant J. Habermas que G. Teubner, les deux figures auxquelles je me limiterai, considèrent qu'aux figures traditionnelles du droit - droit formel au XIX^e siècle et droit matériel lié à l'émergence de l'Etat providence - doit succéder maintenant un droit procédural (Habermas) ou réflexif (Teubner). De part et d'autre, une même idée domine ce constat : avec l'Etat-providence, le droit a été progressivement instrumentalisé par l'Etat appelé à jouer un rôle de plus en plus étendu. L'Etat, vu les insuffisances du système libéral du XIX^e siècle, s'est arrogé, dès le début du XX^e siècle, la tâche de réglementer lui-même le "bon" fonctionnement (efficacité et justice) du système social. La crise de l'Etat-providence scelle ce rêve instrumentaliste. Elle en dévoile

⁴² Ph. NONET and Ph. SELZNICK, *Law and Society in transition : Toward responsive law*, New York, Harper Colophon Books, 1978.

⁴³ Voy. sur ceci notamment G. TEUBNER (Ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, De Gruyter, 1985 et plus spécialement G. TEUBNER, "After Legal Instrumentalism ? Strategic Model of Post Regulatory Law" , *op. cit.*, 1986, pp. 299 et ss ; Substantive and reflexive elements in Modern Law, 17, *Law and Society Review*, 239, 1983.

⁴⁴ Je me limite ici aux positions les plus significatives.

l'inefficacité, l'illusion dogmatique. Si le constat négatif est partagé tant par J. Habermas que par G. Teubner, la solution proposée diffère cependant⁴⁵.

Pour J. Habermas, l'erreur de cette extension croissante du rôle du droit (*Verrechtlichung, juridification of society*) consiste en la colonisation du monde vécu. L'idée est là que le système du marché et de la bureaucratie ont pris une extension indue. Par ce fait, il empêche le développement normal du monde vécu, c'est-à-dire de cette zone sociale où les relations entre les gens ne sont médiatisées ni par l'argent ni par le pouvoir mais par le seul jeu du langage ordinaire. La juridicisation qu'exprime par exemple le développement accru du rôle du juge dans le domaine de la famille et de l'école, empêche le jeu normal de la "rationalité pratique", c'est-à-dire le débat argumenté sur les valeurs qui doivent régir nos relations de vie. L'idée de procéduralisation du droit signifie que le droit doit limiter son champ d'intervention. Pour éviter les effets pervers de la "juridicisation", J. Habermas propose donc de renforcer le rôle de la rationalité informelle de l'espace public et d'abandonner l'illusion que l'Etat (par l'administration et le juge) pourrait se réserver la solution de débats qui engagent des questions de légitimité, donc des enjeux axiologiques.

Pour G. Teubner, le raisonnement est différent. Selon lui, la question n'est pas de savoir si l'évolution de nos sociétés mettrait en péril le rôle de la Raison pratique et les débats de valeur au sein de notre société. Reprenant le modèle systémique développé par N. Luhmann, il pose comme diagnostic que la conception instrumentaliste du droit méconnaît le mode de fonctionnement propre à nos sociétés hautement développées. En fait, l'évolution de nos sociétés a engendré une complexité croissante des sous-systèmes sociaux : l'économie, l'administration, l'école, la religion, la famille. Chacun de ces sous-systèmes, par son autonomie même, est capable de s'auto-réguler. En ce sens, ils sont auto-référentiels. De ce fait, l'Etat doit abandonner l'illusion qu'un savoir total des exigences du système social pourrait réguler l'ensemble. Le rôle du droit, en ce sens, est double : d'une part organiser au mieux les procédures internes à chacun des sous-systèmes pour permettre leur autorégulation et, d'autre part, organiser des procédures pour harmoniser les relations entre ces différents sous-systèmes.

Ces deux perspectives me paraissent devoir être synthétisées et dialectisées. C'est cette synthèse, me semble-t-il, que permet la théorie du jugement juridique proposée ci-dessus. Je me limiterai ici à trois observations :

⁴⁵ Pour plus de développements sur ceci voy. J. Lenoble, *Droit et Communication*, *op cit*-.

1. Nul doute, tout d'abord, que les deux solutions proposées par

J. Habermas et par la théorie systémique du droit sont à soutenir. Elles ne sont pas totalement contradictoires. Ainsi l'évolution même, par exemple, des secteurs bancaire et boursier témoigne du renforcement de mécanismes procéduraux spécifiques (la COB en France, la Commission bancaire en Belgique ; de telles institutions existent depuis longtemps aux Etats-Unis) pour améliorer les procédures de régulation propres au sous-système financier. En ce sens, la perspective systémique rend adéquatement compte d'une tendance de plus en plus marquée de l'évolution de notre droit actuel. A l'inverse, il me semble tout aussi judicieux de marquer, comme le fait J. Habermas, le besoin d'un renforcement de l'espace public dans nos démocraties avancées. Mais ces deux solutions n'épuisent pas les solutions nouvelles qu'appelle notre démocratie libérale. Avant de formuler l'orientation concrète qui devrait orienter notre système juridique, une seconde observation plus théorique s'impose.

2. Une erreur réciproque me paraît entacher l'une et l'autre de ces perspectives. C'est cette méconnaissance qui me paraît expliquer l'insuffisance de ces deux théories à prendre en compte un rôle accru mais repensé du juge.

Alors que la théorie systémique (N. Luhmann et G. Teubner) a bien perçu le mécanisme paradoxal qui traverse tout système autoréférentiel ⁴⁶, J. Habermas a insuffisamment pris en compte ce paradoxe du "langage". J. Habermas et K.O. Apel tendent à croire que ce paradoxe est exclusivement dû au maintien d'une théorie sémantique du langage. Au contraire, estiment-ils, la prise en compte d'une perspective pragmatique permet de restaurer un espace de rationalité non traversé par le paradoxe de l'autoréférence.

A l'inverse, N. Luhmann et G. Teubner, pour ne pas suffisamment prendre en compte cette dimension pragmatique, méconnaissent le rôle des prétentions à la validité dans le langage. Par là, il ne prennent pas en compte l'horizon d'universalité qui structure tout discours. La conséquence en est une dévalorisation du rôle de la Raison pratique dans nos sociétés et, du coup, une méconnaissance de la nécessaire réarticulation du droit à la question de la légitimité .

⁴⁶ Voy. sur ceci G. TEUBNER, "And God laughed... : Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law", in C. Joerges and D. Trubek (eds.), *op. cit.*.

3. La conséquence de cette méconnaissance réciproque est double. Celle de J. Habermas l'amène à ne point imaginer un modèle d'application du droit suffisamment non dogmatique pour prendre en compte les particularités des situations propres au monde vécu ⁴⁷. Or sa critique de l'extension du rôle du juge est basée sur cet impossibilité supposée du jugement juridique. La méconnaissance de N. Luhmann et G. Teubner, à l'inverse, conduit à minimiser l'importance des procédures articulées dans le débat normatif, procédures qu'implique cependant un système juridique qui fonctionne sur base de principes auto-référentiels comme les principes d'égalité et de liberté.

En ce sens, la critique d'une conception instrumentaliste du droit n'amène pas nécessairement à limiter l'importance du mécanisme juridictionnel. Au contraire, il me semble que l'enjeu actuel du droit est double.

D'une part, il faut renforcer le rôle des mécanismes juridictionnels qui actualisent l'auto-référentialité. Cela implique aussi une évaluation des politiques publiques au regard des exigences normatives ultimes d'un système démocratique - les principes d'égalité, de liberté et de solidarité. Si ces exigences conduisent à restaurer le rôle de la Raison pratique dans le droit, il s'agit d'une Raison pratique dédogmatisée puisque l'universel visé est purement formel et procédural. Ces mécanismes juridictionnels doivent cependant être organisés pour faire droit au caractère procédural et argumentatif de la Raison juridique. L'image du juge statuant seul perd de sa légitimité. Sans doute reste-t-elle adaptée pour les recours ordinaires. Mais dans les secteurs nouveaux où se marquent de la façon la plus aiguë les défis sociaux contemporains, ne serait-il pas adéquat de créer des organes "quasi-juridictionnels" où les différentes parties intéressées se trouvent, sous une forme ou sous une autre, associées. De ce point de vue l'évolution européenne du droit est des plus intéressantes. Tel est en effet le sens qu'il faut donner au développement d'organismes nouveaux, improprement appelés en France "autorités administratives indépendantes". Certaines de ces autorités exercent une véritable fonction quasi-juridictionnelle qui marque l'émergence d'un nouveau mode d'exercice de la fonction de juger. De même, sur un autre plan, l'évolution américaine du contrôle des

⁴⁷ "L'extension de la protection par le droit et l'entrée en scène des droits fondamentaux pour la famille et l'école exigent un fort degré de différenciation entre le contenu de l'acte individuel, les exceptions et les suites juridiques. En se différenciant dans cette ligne, ces sphères d'action sont ouvertes aux intrusions bureaucratiques et aux contrôles judiciaires", in *Théorie de l'agir communicationnel*, op cit., T II, 1987, pp. 405-406.

politiques publiques au regard du respect dû aux *civil rights (public law litigation*⁴⁸ et *civil rights injunctions*⁴⁹) gagnerait à être réfléchie en ce sens.

D'autre part la seule réorganisation procédurale des mécanismes quasi-juridictionnels ne suffit point. Là encore l'évolution du droit positif, plus avancée sur ce plan, sans doute, aux Etats-Unis qu'en Europe, atteste une mise en question progressive des illusions des modèles traditionnels d'interprétation en droit. Par exemple dans le cas des "autorités administratives indépendantes", souvent leur rôle se trouve explicitement défini par rapport à des principes lâches et généraux. Citons ainsi, en ce qui concerne l'organe français qui contrôle le secteur audiovisuel, la référence normative au principe du pluralisme dans la communication. Puisse ce mouvement générer par lui-même une perception claire des virtualités argumentatives d'un système juridique qui prend acte de son autoréférentialité paradoxale. Dans ce travail toujours à venir, la théorie juridique a sa fonction qui est de dissiper les illusions dogmatiques et, par là, d'aider à l'accomplissement du projet moderne de la Raison.

* * *

IV. CONCLUSION

Une triple conclusion se dégage des observations qui précèdent.

1. Tout d'abord, entre tradition et argumentation, il ne s'impose pas de choisir. Bien au contraire il s'impose de conjointre les deux tout en comprenant comme P. Ricoeur l'a bien relevé, le caractère paradoxal qui se joue dans l'articulation nécessaire de l'horizon d'universalité propre à la morale communicationnelle et argumentative et l'élément de particularité, de tradition qui implique toujours que le jugement moral soit en situation et soit perçu comme purement réfléchissant. Cette structure paradoxale n'est elle-même que l'expression du paradoxe du langage qui se joue dans la Raison et dans l'articulation paradoxale particularité-universalité au sein de laquelle la Raison tant théorique que pratique se meut. Sur ce point, je ne peux que renvoyer à notre travail déjà cité⁵⁰.

⁴⁸ A. CHAYES, The role of the judge in public law litigation, 89, *Harvard Law Review*, 1281, 1976

⁴⁹ O. FISS, *The civil rights injunction*, Bloomington-London, Indiana U.P., 1978.

⁵⁰ Cfr. J. LENOBLE et A. BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, op. cit.

2. La prise en compte de cette structure paradoxale aide à mieux dépasser le débat communautariens - libéraux qui traverse le champ de la philosophie politique contemporaine. Il ne s'agit pas de critiquer comme le font les communautariens le double principe de la théorie libérale du politique, à savoir le principe de la neutralité libérale ou celui de la prévalence du "right" sur le "good" pour définir le champ du politique et du collectif. Il s'impose cependant de construire ces deux principes au vu de la nécessaire prise en compte de l'articulation paradoxale qui se noue entre tradition et argumentation pour définir la légitimité de la norme sociale. Ainsi qu'on l'a vu, la vérité de la critique communautarienne git dans l'insuffisance des théories libérales actuelles à prendre en compte cette nécessaire organisation au sein du champ politique d'un espace public qui assure une immixtion de la société civile dans les mécanismes de régulation étatique. Cette reconstruction de l'espace politique sur base d'une immixtion de la société civile conduit à reformuler l'hypothèse d'une rationalité procédurale. Cette rationalité procédurale implique non seulement, comme l'indique J. Habermas, la construction d'un espace public autonome au sein de la société civile, mais aussi la nécessaire reconstruction de l'appareil institutionnel sur base duquel l'espace politique exerce sa régulation toujours plus étendue. L'extension du rôle de l'Etat depuis le début du XIXe siècle qui vise à mieux prendre en compte les conditions d'une égalité réelle (émergence de l'Etat providence) se poursuit aujourd'hui au vu des nouveaux champs de la justice qui s'ouvre avec les questions de la bioéthique, de l'environnement, et du respect des droits des minorités culturelles. Cette extension n'est pas à condamner mais à modaliser par une réflexion nouvelle sur les conditions d'exercice de la régulation étatique. C'est ce qu'aide à penser une conception renouvelée du droit.

3. Une troisième conclusion se dégage en effet de l'analyse du débat critique propre à la philosophie contemporaine du droit. La théorie libérale du droit a toujours manqué de construire adéquatement le caractère réfléchissant du jugement juridique. Sur ce point, la position kantienne est paradigmatique : ainsi qu'on a tenté de le montrer ailleurs⁵¹, si Kant a intuitionné le caractère réfléchissant du jugement moral, il a manifestement conçu le jugement juridique comme un jugement déterminant. A nouveau ici une claire perception du statut paradoxal de la Raison et de l'articulation tradition-argumentation qui se joue dans la légitimité de la norme sociale oblige à mettre en lumière le caractère purement réfléchissant du jugement juridique au même titre que celui du jugement politique (distinction "good-right"). C'est la vérité partielle de la critique postmoderne du droit telle qu'elle s'exprime notamment chez S. Fish ou dans le

⁵¹ J. LENOBLE, Droit, Raison pratique et analogie. L'enjeu actuel d'une relecture de Kant, *op. cit.*

mouvement des *Critical Legal Studies* : elle met en évidence la conséquence de la finitude radicale de la Raison humaine dans le jugement juridique. A l'inverse la vérité partielle des reconstructions libérales du jugement juridique telles qu'elles se manifestent chez R. Dworkin, J. Habermas et K. Gunther consiste à pointer la nécessité de conjointre cette finitude avec l'inévitable inscription du jugement juridique dans un horizon d'universalité, aussi paradoxal et vide soit-il. La conjonction de ces deux éléments aide à comprendre en quoi et pourquoi il faut dépasser la conception habermassienne d'un espace public limité au sein de la société civile et repenser la procéduralisation du droit comme une des conditions sur base desquelles redéfinir l'hypothèse procédurale de la légitimité démocratique : cette légitimité ne trouve son fondement que dans une participation des différentes composantes de la société civile à la régulation étatique. Dans cette perspective, l'émergence des autorités administratives indépendantes et la revalorisation en cours de la fonction juridictionnelle sont des amorces de cette procéduralisation nécessaire du droit et de l'Etat. La première annonce l'ouverture de l'action bureaucratique à l'échange argumenté. La seconde amène le juge à contrôler les pouvoirs exécutif et législatif en vue d'assurer le respect des principes fondamentaux des libertés publiques réinterprétées sur base du respect nécessaire des conditions procédurales de la régulation sociale.